

O Ministério Público na Defesa da Probidade Administrativa



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

EXPEDIENTE

© 2019, Conselho Nacional do Ministério Público
Permitida a reprodução mediante citação da fonte

Composição do CNMP

Raquel Elias Ferreira Dodge (Presidente)
Orlando Rochadel Moreira (Corregedor Nacional)
Gustavo do Vale Rocha
Fábio Bastos Stica
Valter Shuenquener de Araújo
Luciano Nunes Maia Freire
Marcelo Weitzel Rabello de Souza
Sebastião Vieira Caixeta
Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior
Dermeval Farias Gomes Filho
Lauro Machado Nogueira
Leonardo Accioly da Silva
Erick Venâncio Lima do Nascimento
Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

Secretaria-Geral

Adriana Zawada Melo (Secretária-Geral)
Roberto Fuina Versiani (Secretário-Geral Adjunto)

Unidade Nacional de Capacitação

Conselheiro: Lauro Machado Nogueira

Comissão de Enfrentamento à Corrupção

Presidente: Silvio Roberto de Oliveira de Amorim Junior

Projeto Gráfico e Revisão

Assessoria de Comunicação do CNMP

SUMÁRIO

Apresentação	5
A improbidade administrativa no contexto das parcerias públicas com o terceiro setor <i>Cláudio Smirne Diniz</i>	6
Aplicação da teoria da cegueira deliberada na análise da ocorrência de atos de improbidade administrativa <i>Edson Azambuja; Rogério Rodrigo Ferreira Mota</i>	28
A distribuição dinâmica do ônus da prova na ação de improbidade administrativa <i>Fabiana Lemes Zamalloa do Prado</i>	46
Da possibilidade de formalização de compromisso de ajustamento de conduta pelo Ministério Público em investigações de atos de improbidade administrativa <i>Fernando Henrique de Moraes Araújo</i>	76
O princípio da moralidade administrativa na prevenção e repressão à corrupção: a atualidade do contraponto filosófico entre Maquiavel e Erasmo de Rotterdam <i>Igor Pereira Pinheiro</i>	92
Atuação preventiva do Ministério Público – um olhar sobre as aquisições públicas <i>Daniel Azevedo; Janylle Hanna Mansur</i>	113
Elevação do risco à prática do ato ímprobo como meio de combate à impunidade e o direito consensual <i>Júlia Flores Schütt</i>	136
Cautelas na aplicação da teoria da cegueira deliberada nas ações de improbidade administrativa <i>Juliana Goulart Ferreira</i>	163
O ato de improbidade por desvio ético do agente público e a jurisprudência do STJ <i>Luiz Antonio Miranda Amorim Silva</i>	181
Os quatro pilares da tutela preventivo-resolutiva da probidade fiscal pelo Ministério Público na era digital: informação, transparência, tecnologia e integridade pública <i>Marco Antonio Santos Reis</i>	202
As características que habilitam o compliance como um novo instrumento de uma política pública capaz de enfrentar a corrupção <i>Renee do Ó Souza</i>	230

**A celebração de acordos em ações de improbidade
administrativa como forma de evitar a proteção deficiente do
interesse público**

Rodrigo Monteiro da Silva ————— 262

**Corrupção: uma perspectiva da filosofia da linguagem para o
seu enfrentamento**

Rodrigo Leite Ferreira Cabral ————— 290

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que a Unidade Nacional de Capacitação do Ministério Público (UNCMP) e a Comissão de Enfrentamento à Corrupção (CEC/CNMP) vem apresentar a revista *O Ministério Público na Defesa da Probidade Administrativa*, fruto do Encontro Nacional da Probidade Administrativa, realizado nos dias 30 e 31 de agosto de 2018, no CNMP.

O objetivo principal da publicação é convidar o Ministério Público brasileiro à produção de uma crítica reflexão acadêmica e científica na defesa da probidade administrativa, de modo a fomentar proposições de mecanismos legais, judiciais e administrativos disponíveis para o adequado enfrentamento à corrupção no País.

Os artigos escolhidos foram submetidos ao crivo da comissão editorial da UNCMP que procurou manter uma pertinência temática com aquele evento, elevada qualidade técnica e relevância prática e teórica.

A questão da corrupção ocupa, cada vez mais, o centro das atenções no Brasil de modo que a atuação de nossa instituição deve ser a melhor possível. É este o grande mote deste trabalho, que conta com valiosos artigos que procuram transmitir uma perspectiva atual e útil para o enfrentamento da chaga da corrupção em nosso país.

Boa leitura e estudo a todos.

A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO CONTEXTO DAS PARCERIAS PÚBLICAS COM O TERCEIRO SETOR

Cláudio Smirne Diniz¹

Resumo: As entidades que compõem o Terceiro Setor ocupam-se do exercício de atividades sociais da mais alta relevância e, dada a convergência de interesses, celebram parcerias com a Administração Pública, prática que vem sendo intensificada, em razão das recentes reformas que se operaram no Estado brasileiro. Após longo período de discussão acerca do modelo, definindo o Supremo Tribunal Federal pela sua constitucionalidade (AD 1.923), parece que o momento se volta para o fortalecimento do controle de tais parcerias, inclusive no que diz respeito ao regime de responsabilização, considerando, sobretudo, a relevância das funções desempenhadas e o montante de recursos públicos (materiais e humanos) que são canalizados para tal segmento.

Palavras-chave: Terceiro Setor. Controle. Responsabilização. Improbidade Administrativa.

Abstract: The entities that make up the Third Sector are engaged in the exercise of social activities of the highest relevance and, given the convergence of interests, enter into partnerships with the Public Administration, a practice that has been intensifying, due to the recent reforms that have taken place in the Brazilian State. After a long period of discussion about the model, defining the Federal Supreme Court by its constitutionality (ADI 1.923), it seems that the moment is for strengthening the control of such partnerships, including what concerns the regime of accountability, especially considering the relevance of the functions performed and the amount of public resources (material and human) that are channeled to this segment.

Keywords: Third sector. Control. Accountability. Morality.

Sumário: 1. Introdução. 2. Justificativa do tema. 3. O Terceiro Setor no contexto das reformas do Estado. 4. Instrumentos de parcerias. 4.1. Convênios. 4.2. Contratos de gestão. 4.3. Termos de parceria. 4.4. Termos de colaboração e termos de fomento. 5. Foco de desvios. 6. Parâmetros para o controle. 6.1. Procedimentos de qualificação. 6.2. Controle prévio. 6.3. Transparência. 6.4. Prestação de contas. 6.5. Das contratações realizadas pelas entidades

¹ Promotor de Justiça. Doutor em Direito. Professor de Direito Administrativo. Coordenador do Grupo de Pesquisas em Direito Administrativo do Ministério Público do Estado do Paraná.

do Terceiro Setor. 7. Responsabilização. 8. O papel do Ministério Público. 9. Conclusão. 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Terceiro Setor é composto por entidades privadas, sem vínculo orgânico com a Administração Pública, com objetivos sociais e sem qualquer escopo de lucro. Presta-se a cooperar com o Estado em atividades não exclusivas deste, mediante algum incentivo, como subvenções sociais ou isenções. Em razão do interesse público que encerram, são destinatárias do fomento estatal, mediante a observância de certos requisitos legais².

Em síntese, são pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços de utilidade pública. No entanto, embora preservem suas características privadas originais, passam a dispor de tratamento diferenciado, a partir do momento em que celebram relações jurídicas com a Administração Pública.

Importa mencionar que ao lado da disciplina dos serviços públicos, de incumbência estatal (CF, art. 175) e das atividades econômicas em sentido estrito, onde prevalece a liberdade de iniciativa (CF, art. 170), a Constituição Federal prevê os denominados serviços públicos sociais, atividades que são do senhorio estatal, ainda que não exclusivas, a exemplo das atividades de saúde pública, educação, cultura, previdência social, meio ambiente, ciência, tecnologia e assistência social.

É nesse último campo que atuam as entidades do Terceiro Setor, ocupando-se da execução de atividades muito próprias do Poder Público. O exercício dessas atividades por pessoas privadas, assumindo tarefas que historicamente foram prestadas diretamente pelo Poder Público, inaugura no cenário nacional conceitos propiciadores de indiscutível inquietude.

De fato, as parcerias entre a Administração Pública e o denominado Terceiro Setor constituem-se em modelo recentemente intensificado de prestação de serviços de relevância social, sendo necessário, entretanto, rigoroso controle em relação aos recursos públicos transferidos às pessoas privadas, assim como sobre as atividades finalísticas por elas desenvolvidas.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 555.

2. JUSTIFICATIVA DO TEMA

Alguns aspectos justificam o desenvolvimento do tema.

Primeiramente, as denominadas “*transferências a instituições privadas sem fins lucrativos*” importam em montante bastante significativo. Em 2010, havia o cadastro de 300.000 Organizações Não Governamentais, que empregavam cerca de 2.000.000 de empregados³. No mesmo ano, a União transferiu ao Terceiro Setor cerca de R\$ 3,5 bilhões. Segundo dados do Tribunal de Contas da União, entre 2009 e 2013, foram repassados cerca de R\$ 15 bilhões ao Terceiro Setor.

Em segundo lugar, as parcerias com o Terceiro Setor tendem a ser intensificadas em razão da Lei 13.429, de 31 de março de 2017, que ampliou a admissibilidade das terceirizações, inovando em relação à Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que permitia a terceirização apenas em relação às atividades-meio.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, mostrou-se receptivo ao modelo, na medida em que sinalizou que as parcerias de que se está a tratar estariam dentro de um espaço legítimo de conformação da atividade administrativa. Assim, caberia aos agentes eleitos a definição de qual modelo de intervenção, direta ou indireta, seria mais eficaz no atingimento das metas coletivas conclamadas pela sociedade brasileira, definindo o modelo de atuação que se mostre mais consentâneo com o projeto político vencedor do pleito eleitoral.

No Recurso Extraordinário nº 581.488/RS (DJU 08.04.2016), o eminente Relator Min. Dias Toffoli, ao tratar das parcerias no setor da saúde, consignou que:

A ação complementar não implica que o privado se torne público ou que o público se torne privado. Cuida-se de um processo político e administrativo em que o Estado agrega novos parceiros com os particulares, ou seja, com a sociedade civil, buscando ampliar, completar ou intensificar as ações na área da saúde. Não significa, sob o espectro constitucional, que somente o poder público deva executar diretamente os serviços de saúde – por meio de uma rede própria dos entes federativos -, tampouco que o poder público só possa contratar

³ Mapa das Organizações da Sociedade Civil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: <<https://mapaosoc.ipea.gov.br/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

instituições privadas para prestar atividade meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnicos especializados, como os inerentes aos hemocentros, como sustentado por parte da doutrina.

A questão do modelo parece superada, de certa forma, em razão dos contornos legislativos e jurisprudenciais acima mencionados. Nessa medida, desloca-se a preocupação para a necessidade de fortalecimento dos mecanismos de controle. Segundo Ronaldo Porto Macedo Júnior:

Assim, cada vez mais é necessária a criação de mecanismos que garantam a transparência e *accountability* do Terceiro Setor, não somente em razão da origem pública de parcela significativa de seus recursos como também, e principalmente, em razão da finalidade social de seus investimentos e ações. É importante notar que a questão da *accountability* não se refere apenas ao controle contra a malversação do dinheiro das ONGs e Fundações, mas também a garantia de padrões mínimos de eficácia⁴.

O presente ensaio versa, especificamente, sobre o controle desenvolvido pelo Ministério Público em relação às mencionadas parcerias, destacando-se a vertente da responsabilização de tais entidades e respectivos dirigentes.

3. O TERCEIRO SETOR NO CONTEXTO DAS REFORMAS DO ESTADO

O tema proposto deve ser analisado no contexto das recentes reformas administrativas ocorridas na Administração Pública brasileira⁵, conferindo-lhe novos paradigmas, notadamente quanto às relações jurídico-administrativas que estabelece com o setor privado. Essas relações, além de intensificadas, superando o momento

⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O Quarto Poder e o Terceiro Setor. O Ministério Público e as Organizações Não Governamentais sem Fins Lucrativos – Estratégias para o Futuro. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coordenadores). *Ministério Público II Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 258.

⁵ A Constituição da República de 1988, em seu texto original, ao dispor sobre a ordem econômica, consagrou a continuidade do intervencionismo estatal, em nítida alusão aos preceitos do Estado do Bem-Estar Social e às formulações teóricas de Keynes. Essas influências podem ser observadas na previsão do planejamento econômico pelo Estado (CF, art. 174) e na menção à lei federal de diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual deverá incorporar e compatibilizar os planos nacionais e regionais de desenvolvimento (CF, art. 174, § 1º). Portanto, para as reformas a que se refere, foram necessárias emendas constitucionais.

histórico da hegemonia estatal sobre quaisquer outros entes, passaram a ser estabelecidas em patamares de relativa horizontalidade.

Tais reformas encontram inspiração nas críticas dirigidas ao modelo do Estado Social, deflagradas na segunda metade do século XX, defendendo a tese de que seus contornos resultavam na ineficiência da gestão e, conseqüentemente, dos serviços que prestava. Foi-lhe imputada a responsabilidade pelas adversidades econômicas, sobretudo em razão de se mostrar incapaz de promover investimentos e ofertar serviços públicos de qualidade. Além disso, associou-se o custo exagerado de sua manutenção à origem dos vultosos endividamentos do setor público que resultaram em grave crise fiscal⁶.

Essa corrente teórica sustenta que as prioridades estatais no campo econômico deveriam ser o combate ao *deficit* público, a intensificação dos processos de privatização e a desregulação da economia. Diante disso, defende a necessidade de a sociedade ser estimulada em suas próprias iniciativas ou, caso contrário, chegar-se-ia ao ponto em que o Estado seria absolutamente insuficiente para atender às demandas sociais. Minimiza-se, pois, a atuação do Estado, privilegiando-se a liberdade de mercado e a autonomia da sociedade civil.

Nesse contexto, ganham importância as propostas de privatização, fomento e parcerias com o setor privado, criando-se um espaço público não estatal, proliferando-se entes intermediários entre os setores público e privado. Essas bases se refletem na Administração Pública, exigindo-se dela maior flexibilidade para o exercício de funções de controle normativo e regulador.

Reporta-se ao Programa Nacional de Desestatização (PND)⁷, instrumento do processo de reforma do Estado, estabelecido com o propósito de reordenar a posição estratégica do Estado na economia e, por conseguinte, a convivência entre os espaços público e privado. Com esse propósito, transfere à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público.

A partir da reforma do Estado, surge o delineamento de três setores distintos, porém inter-relacionados. Um primeiro, consistente em um núcleo estratégico estatal,

⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 65.

⁷ Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, sucedida pela Lei nº 9.491, de 10 de setembro de 1997.

incumbido do desenvolvimento de atividades privativas do Estado e, portanto, indelegáveis. Outra esfera, composta pelas atividades econômicas desenvolvidas pelos particulares com o propósito de obtenção de lucro. E, por fim, um terceiro conjunto de atividades, dotadas de relevância social, porém desenvolvidas por entidades particulares, paralelamente ao Estado (portanto, sem vinculação orgânica com a Administração Pública), sem interesse lucrativo.

Nesse aspecto, pondera-se que o ordenamento jurídico admite que os particulares desempenhem atividades que também correspondem a deveres do Estado, porém não são exclusivamente públicas. Trata-se, portanto, de atividades que ensejam a atuação conjunta entre o Estado e a sociedade civil e permitem, inclusive, a posição estritamente subsidiária do Estado. Por essa razão, são passíveis de recebimento de incentivos públicos.

Tais entidades passaram a ser estimuladas pelo Poder Público, sobretudo em decorrência das recentes reformas administrativas, acima mencionadas. Na esteira dos preceitos da Administração Pública Gerencial, privilegia-se o controle dos resultados (metas) a serem atingidos, em detrimento do controle dos meios (licitações, concursos públicos, etc.).

Por força dessa remodelação, assumiram significativas funções no implemento das políticas públicas estatais. Dentre tais entidades, destacam-se as Organizações Sociais (OSs), as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) e as Organizações da Sociedade Civil (OSCs).

É justamente para esse Terceiro Setor, situado próximo ao Estado, mas sem integrar suas estruturas, que converge a análise, especialmente quanto ao controle e à responsabilização, sobretudo no campo da improbidade administrativa.

4. INSTRUMENTOS DE PARCERIAS

A legislação aplicável à espécie contempla alguns instrumentos jurídicos que disciplinam as relações jurídicas estabelecidas entre a Administração Pública e o Terceiro Setor. É do que se passa a tratar.

4.1. Convênios

Historicamente, o convênio foi concebido para disciplinar as relações entre entes federais e entes estaduais e municipais. Volta-se, portanto, ao desempenho de competências administrativas e, assim, envolve a realização de projetos, atividades, serviços, aquisições de bens ou eventos de interesse recíproco.

Todavia, os convênios, por certo período, foram utilizados para orientar as relações público-privadas e, nesse sentido, um dos avanços da Lei nº 13.019/14 foi a extinção da figura dos convênios. O convênio passa, portanto, tal como em sua concepção original, a estar restrito às relações voluntárias de cooperação interfederativa (art. 84, parágrafo único, e art. 84-A).

4.2. Contratos de gestão

As Organizações Sociais⁸ são entidades privadas, sem fins lucrativos⁹, declaradas como tais pelo Poder Executivo, cujas atividades dirigem-se ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (Lei nº 9.637/1998, art. 1º). Importam aqui, duas observações.

A primeira, a de que a qualificação pressupõe o preenchimento pela entidade dos requisitos objetivos previstos nos artigos 2º a 4º da Lei nº 9.637/1998. Dentre estes requisitos, destaca-se a previsão de representação do Poder Público e da comunidade no órgão de deliberação superior da entidade (Lei nº 9.637/1998, art. 2º, I, d, c/c art. 3º).

A segunda, a de que a qualificação, em relação à qual a Lei previa a discricionariedade em sua aferição, pelo órgão competente (Lei nº 9.637/1998, art. 2º, II), recebeu interpretação conforme, pelo Supremo Tribunal Federal, para que o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com

⁸ A Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais.

⁹ Consequentemente, há a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades.

observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98 (STF. ADI 1923-DF. Rel. Min. Ayres Britto. Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux. J. 16.04.2015).

Uma vez certificada a entidade, haverá a possibilidade de celebração do denominado contrato de gestão com a Administração Pública que a certificou como organização social. Trata-se de instrumento de formação de parceria para o fomento e a execução de atividades de interesse público, firmada mediante acordo mútuo (Lei nº 9.637/1998, art. 5º).

O contrato de gestão conterá a especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho. Além disso, estipulará os limites e os critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados (Lei nº 9.637/1998, art. 7º).

Assim, com a celebração do contrato de gestão, concretiza-se o fomento, por meio da cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, por meio da inserção de metas e de resultados a serem alcançados.

O Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente ação direta de inconstitucionalidade, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, inc. XXIV, da Lei nº 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF¹⁰. O mesmo deve ocorrer em relação às hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei

¹⁰ Nesse sentido já decidia o Superior Tribunal de Justiça: “O ato discutido nos autos evidencia-se como viciado, flagrantemente, pela ilegalidade. O contrato de gestão, por resultar benefícios patrimoniais, deve, obrigatoriamente, ser precedido de licitação. O fato de já ter sido celebrado e consumado não afasta a possibilidade da decretação de sua nulidade, com efeitos *ex-tunc*. A Administração Pública tem compromisso maior com os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade, eficiência e transparência. O procedimento licitatório só pode ser dispensado ou inexigível nas situações previstas na Lei nº 8.666/93. Impossível ampliar as situações nela previstas. O descumprimento ou inobservância de princípios legais e constitucionais que norteiam a atuação estatal presume o risco do dano” (STJ. Resp. 623.197/RS. Rel. Min. José Delgado. P. 08.11.2004).

nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º).

Definiu, ainda, que os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade. Por fim, que a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade (STF. ADI 1923-DF. Rel. Min. Ayres Britto. Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux. J. 16.04.2015).

4.3. Termos de parceria

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs)¹¹ são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos¹², cujo estatuto e objetivos sociais atendam aos requisitos legais (Lei nº 9.790/1999, art. 1º). Para os fins de qualificação, consideram-se as seguintes atividades sociais de interesse público: assistência social, educação e cultura, saúde e segurança alimentar, preservação do meio ambiente e desenvolvimento sustentável, trabalho voluntário, combate à pobreza, desenvolvimento de modelos socioprodutivos alternativos e fomento ao esporte, defesa da cidadania, dos direitos humanos e dos valores universais (Lei nº 9.790/1999, art. 3º). A qualificação terá abrangência nacional e será concedida pelo Ministério da Justiça, não havendo discricionariedade quanto a tal avaliação (Lei nº 9.790/1990, arts. 5º e 6º).

Uma vez qualificado, o particular passa a ter legitimidade para firmar Termo de Parceria com a Administração. Vale dizer, essa qualificação apenas possibilita que as

¹¹ A Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.

¹² Considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social (Lei nº 9.790/1999, art. 1º, § 1º).

entidades se relacionem com o Estado, porém o simples fato de serem qualificadas não lhes assegura a celebração do Termo. Para tanto, faz-se necessário que seja a proposta submetida a concurso de projetos, por meio do qual se identifica a entidade que melhor se ajusta aos objetivos a que se pretende (Decreto nº 3.100/1999, arts. 23 e ss.).

Constitui-se o Termo de Parceria em instrumento destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público, vinculadas a metas, sob a fiscalização e o acompanhamento do parceiro público (Lei nº 9.790/1999, art. 9º).

No Termo de Parceria consta a discriminação dos direitos e das obrigações das partes, a previsão de receitas e despesas, o programa de trabalho e especificações técnicas do projeto a ser executado, as metas e os resultados, bem como os respectivos critérios e indicadores de avaliação de desempenho (Lei nº 9.790/1999, art. 10).

Ao término de cada exercício, deve ser elaborado relatório sobre a execução, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, assim como prestação de contas dos gastos e das receitas efetivamente realizadas, das remunerações pagas aos diretores e trabalhadores com relação direta ou indireta com o objeto do Termo de Parceria¹³.

4.4. Termos de colaboração e Termos de fomento

A Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, disciplina **o regime jurídico das parcerias voluntárias, estabelecidas entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em quaisquer das esferas da Federação** e respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias.

Entende-se por **Organização da Sociedade Civil** a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que não distribui eventuais resultados e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social. O conceito é extraído do inciso I do art. 2º da Lei nº 13.019/14, alterado pela Lei nº 13.204/15:

¹³ A não prestação de contas configura a prática de improbidade administrativa (TRF-5. AC 522.432. Des. Francisco Wildo. J. 10.04.2012. P. 19.04.2012).

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - organização da sociedade civil:

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

b) as sociedades cooperativas previstas na [Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999](#); as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social.

c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos;

A referida Lei não atinge: i) as organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos de sua lei regulamentadora; ii) da mesma forma, os termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos de sua lei regulamentadora; e iii) as parcerias com os serviços sociais autônomos.

O regime jurídico dos termos de colaboração ou de fomento pauta-se pelos seguintes fundamentos: i) gestão pública democrática; ii) participação social; iii) fortalecimento da sociedade civil; iv) transparência na aplicação dos recursos públicos; e v) princípios do regime jurídico-administrativo.

Tem por diretrizes fundamentais: i) a promoção, o fortalecimento institucional, a capacitação e o incentivo à organização da sociedade civil para a cooperação com o poder público; ii) a priorização do controle de resultados; iii) o incentivo ao uso de recursos atualizados de tecnologias de informação e comunicação; iv) o

fortalecimento das ações de cooperação institucional entre os entes federados nas relações com as organizações da sociedade civil; v) o estabelecimento de mecanismos que ampliem a gestão de informação, transparência e publicidade; v) a ação integrada, complementar e descentralizada, de recursos e ações, entre os entes da Federação, evitando sobreposição de iniciativas e fragmentação de recursos; vi) a sensibilização, a capacitação, o aprofundamento e o aperfeiçoamento do trabalho de gestores públicos, na implementação de atividades e projetos de interesse público e relevância social com organizações da sociedade civil; vii) a adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidas, em decorrência da participação no respectivo processo decisório ou ocupação de posições estratégicas; e viii) a promoção de soluções derivadas da aplicação de conhecimentos, da ciência e tecnologia e da inovação para atender necessidades e demandas de maior qualidade de vida da população em situação de desigualdade social.

As disposições da Lei buscam **conferir maior segurança e transparência às aludidas parcerias, disciplinando, de forma bastante detalhada, todo processo de celebração, execução e prestação de contas atinentes às referidas relações jurídicas.** São aplicáveis ainda que não haja transferência de **recursos financeiros.**

A Lei prevê dois instrumentos para a formalização da parceria entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil: i) o Termo de colaboração, instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias para a consecução de finalidades de interesse público, propostas pela Administração Pública; e ii) o Termo de fomento, para a consecução de planos de trabalho propostos pelas Organizações da Sociedade Civil¹⁴. É vedada a criação de outras modalidades de parceria ou a combinação das previstas na Lei (Lei nº 13.019/2014, art. 41). O instrumento conterá as cláusulas essenciais previstas no art. 42 da Lei nº 13.019/2014.

¹⁴ CRUZ, Maury J. V. Reflexões sobre o Marco Regulatório de acesso a recursos públicos pelas Organizações da Sociedade Civil Brasileira. In: BORDIN, Erica; Maciel, Ana Lúcia Suárez. *A face privada na gestão das políticas públicas*. Porto Alegre: Fundação Irmão José Otão, 2014, p. 121-136.

5. FOCO DE DESVIOS

Ainda que não se pretenda dirigir nenhuma crítica generalizada às entidades do Terceiro Setor, nem tão pouco insurgir-se contra esta sistemática ínsita à recente Reforma do Estado, é notório que grande parte dessas entidades não goza de credibilidade perante a sociedade. Isto se deve, dentre outros fatores, à insuficiência do controle e do sistema de responsabilização dos agentes envolvidos.

Em consequência disso, observa-se, ainda que em segmentos específicos, o desvio de recursos repassados, o aumento do custo dos serviços, a ausência de prestação de contas, o não atingimento das metas pactuadas, a falta de transparência, o direcionamento na escolha do parceiro privado, a distribuição de lucros por meio da remuneração de dirigentes e da contratação de empresas prestadoras de serviços.

Di Pietro, ao comentar a Lei das Organizações Sociais (Lei nº 9.637/1998), destacava que:

Em primeiro lugar, fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fugir ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. E a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio.

Por outras palavras, a ideia é que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercerem a mesma atividade que antes exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém sem a submissão aquilo que se costuma chamar de “amarras” da Administração Pública¹⁵.

Aborda-se esses pontos para o fim específico de sustentar que o Terceiro Setor necessita de controle, quer sob o prisma patrimonial, quer sob o viés finalístico,

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 203.

ressaltando, quanto a este ponto, a orientação do Supremo Tribunal Federal, ao tratar das mencionadas parcerias, no sentido de afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas, da aplicação de verbas públicas (STF. ADI 1923-DF. Rel. Min. Ayres Britto. Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux. J. 16.04.2015).

6. PARÂMETROS PARA O CONTROLE

A partir dos balizamentos normativos e jurisprudenciais acima sintetizados, é possível enumerar os parâmetros a serem observados para o controle sobre o Terceiro Setor. É o que se passa a desenvolver.

6.1. Procedimento de qualificação

Para os fins de controle, o primeiro aspecto a ser observado, nos termos do quanto definido no julgamento da ADI 1.923, é a forma pública, objetiva e impessoal, a ser observada no procedimento de qualificação, na celebração dos instrumentos que materializam as respectivas relações jurídicas e no recrutamento de pessoal pela entidade privada.

6.2. Escolha objetiva

Ao analisar o caso das Organizações Sociais, em que há previsão de contratação direta, conforme inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93¹⁶, o Supremo Tribunal Federal, na referida ação de controle da constitucionalidade, definiu a interpretação conforme, no sentido de ser estabelecida a forma pública, objetiva e impessoal de contratação.

A Lei nº 13.019/2014 prevê o procedimento de manifestação de interesse social. Trata-se de instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos podem apresentar propostas ao poder público para que

¹⁶ “É dispensável a licitação: [...] para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

este avalie a possibilidade de realização de chamamento público, objetivando a celebração de parceria.

Igualmente, prevê o chamamento público (Lei nº 13.019/2014, art. 23), procedimento destinado a selecionar a organização da sociedade civil que torne mais eficaz a execução do objeto (Lei nº 13.019/2004, art. 24). A Administração Pública deverá adotar procedimentos claros, objetivos, simplificados e, sempre que possível, padronizados, que orientem os interessados e facilitem o acesso direto aos órgãos públicos.

O procedimento deve observar os princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O edital desse procedimento deverá ser amplamente divulgado na internet, com antecedência mínima de trinta dias (art. 26), observando-se requisitos do § 1º do art. 24, sendo vedada a utilização de cláusulas ou condições que restrinjam o caráter competitivo do certame (Lei nº 13.019/2004, art. 24, § 2º).

Dentre os requisitos, destaca-se a exigência de que a organização da sociedade civil possua: a) no mínimo, três anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ; b) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante; c) capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades previstas e o cumprimento das metas estabelecidas (Lei nº 13.019/2004, art. 24, § 1º, VII).

A Administração Pública poderá dispensar a realização do chamamento público, nas hipóteses do art. 30 da Lei nº 13.019/2004. Será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto do plano de trabalho ou quando as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica (Lei nº 13.019/2004, art. 31).

A ausência de realização de processo seletivo será detalhadamente justificada pelo administrador público, sob pena de nulidade do ato de formalização de parceria, hipótese em que será imediatamente iniciado o procedimento para a realização do chamamento público, conforme o caso (Lei nº 13.019/2004, art. 32).

6.3. Controle prévio

Outro aspecto a ser considerado diz respeito ao controle prévio à celebração da relação jurídica (Lei nº 13.019/2014, art. 8º). Nesse sentido, deve haver a designação de gestores habilitados a controlar e a fiscalizar a execução e a apreciação de contas dessas entidades. Nessa medida, não se pode assumir mais do que se pode fiscalizar e aprovar contas.

Deve-se cuidar da análise da adequação da proposta aos objetivos específicos do programa. Faz-se necessário o plano de trabalho, incorporando-se ao modelo a ideia de planejamento. É indispensável o parecer jurídico do órgão de assessoria ou consultoria jurídica da Administração Pública acerca da possibilidade de celebração da parceria (Lei nº 13.019/2014, art. 35, VI).

A celebração do termo de colaboração e do termo de fomento dependerão da adoção, pela Administração Pública, das providências indicadas no art. 35 da Lei nº 13.019/2014, dentre as quais se destacam a demonstração de que os objetivos e finalidades institucionais e a capacidade técnica e operacional da organização da sociedade civil tenham sido avaliados e constatada a compatibilidade com o objeto. Deve haver, também, a aprovação do plano de trabalho.

6.4. Transparência

A Administração Pública deverá manter, em seu sítio oficial na internet (Lei nº 13.019/2014, art. 65), a relação das parcerias celebradas¹⁷, em ordem alfabética, pelo nome da organização da sociedade civil, por prazo não inferior a cinco anos, contado da apreciação da prestação de contas final da parceria. Deverá divulgar, também pela internet, os meios para apresentação de denúncia sobre a aplicação irregular dos recursos transferidos.

¹⁷ As informações deverão incluir, no mínimo: I - data de assinatura e identificação do instrumento de parceria e do órgão da administração pública responsável; II - nome da organização da sociedade civil e seu número de inscrição no CNPJ; III - descrição do objeto da parceria; IV - valor total da parceria e valores liberados; V - situação da prestação de contas da parceria, que deverá informar a data prevista para a sua apresentação, a data em que foi apresentada, o prazo para a sua análise e o resultado conclusivo.

A organização da sociedade civil deverá divulgar, em seu sítio na internet, caso mantenha, e em locais visíveis de suas sedes sociais e dos estabelecimentos em que exerça suas ações, todas as parcerias celebradas com o poder público. As entidades do Terceiro Setor submetem-se à Lei de Acesso à Informação, exceto se não receber recursos públicos (LAI, art. 2º).

6.5. Prestação de contas

O dever de prestação de contas deverá ser visto em uma perspectiva de *accountability*. Há uma primeira fase, da responsabilidade da Organização da Sociedade Civil, na qual deve ser demonstrada a execução do objeto, com a indicação dos resultados alcançados (Lei nº 13.019/2014, art. 66, I), a execução financeira, com a descrição das receitas e das despesas (art. 66, II), observando-se, sempre, as Normas Brasileiras de Contabilidade (art. 33, IV, a).

Há outra fase do controle externo da Administração Pública, quando deve ser realizada a análise e a manifestação conclusiva sobre as contas apresentadas.

É de ser destacada a ênfase no controle de resultados (Lei nº 13.019/14, art. 6º, II), por meio do monitoramento e da avaliação (art. 58), para o que se prevê a elaboração de relatório técnico de monitoramento e avaliação de parceria, para submetê-lo à comissão de monitoramento e avaliação designada (art. 59).

Há, ainda, a previsão de pesquisa de satisfação com os usuários e o acompanhamento e fiscalização pelos conselhos de políticas públicas das áreas correspondentes de atuação existentes em cada esfera de governo (art. 60).

6.6. Das Contratações Realizadas pelas entidades do Terceiro Setor

As contratações de bens e serviços pelas entidades do Terceiro Setor, feitas com o uso de recursos transferidos pela Administração Pública, deverão observar os princípios da legalidade, da moralidade, da boa-fé, da probidade, da impessoalidade, da economicidade, da eficiência, da isonomia, da publicidade, da razoabilidade e do julgamento objetivo, e a busca permanente de qualidade e durabilidade, de acordo

com o regulamento de compras e contratações aprovado para a consecução do objeto da parceria (Lei nº 13.019/2014, art. 43).

7. RESPONSABILIZAÇÃO

O exercício do controle sobre as entidades do Terceiro Setor, de acordo com os parâmetros acima indicados, poderá levar à responsabilização das pessoas jurídicas e de seus dirigentes, inclusive com base na Lei de Improbidade Administrativa.

O art. 1º da Lei nº 8.429/1992 considera sujeito passivo da improbidade administrativa os atos praticados por agentes públicos contra a Administração ou

contra o patrimônio de entidade que receba subvenção¹⁸, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Excluem-se, da hipótese, os benefícios, incentivos e subvenções concedidos em caráter genérico. Ao contrário, é preciso que o fomento estatal empreendido esteja associado à consecução de determinado fim específico. Por outro lado, os repasses a título de convênios e outros ajustes não caracterizam “*subvenção, incentivo ou benefício, fiscal ou creditício*” ou mesmo “*receita anual*”. Na verdade, recebem recursos públicos para a execução de políticas públicas e programas governamentais.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, tem afastado a incidência da Lei de Improbidade Administrativa, nas hipóteses em que não há o envolvimento de agente público no ilícito (REsp 1.405.748/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 17.08.2015; AgRg no AREsp 574.500/PA, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 10.06.2015; REsp 1.282.445/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 21.10.2014).

¹⁸ Lei nº 4.320/1964, art. 12, § 3º: “Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como: I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; II - subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril”.

Entretanto, a hipótese tratada é a de particular que, no exercício da direção da entidade do Terceiro Setor, gere recursos públicos, pois executa convênios, recebe fomento estatal, além de verbas públicas para executar projetos de natureza social.

Portanto, tais dirigentes são sujeitos ativos, por força do art. 2º da Lei de Improbidade e não do art. 3º, considerando que aquele que assume a condição de gestor de políticas públicas enquadra-se na condição de agente público para os efeitos da Lei de Improbidade Administrativa, diferenciando-se do particular a que se refere o art. 3º da Lei.

Assim, são sujeitos ativos da improbidade aqueles que mantenham vínculo com as entidades destinatárias de recursos públicos, quer o montante correspondente supere cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, quer não, e, ainda, com as entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.

Destaca-se que o art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa define o sujeito ativo, sendo ele servidor ou não. De igual modo, o § 1º do art. 327 do Código Penal conceitua o agente público, para os fins de responsabilização criminal, como aquele que exerce funções públicas, inclusive junto às entidades paraestatais. Assim, seriam sujeitos ativos da improbidade administrativa o médico conveniado do Sistema Único de Saúde (SUS) e, da mesma maneira, o advogado particular que atua na assistência jurídica.

O marco regulatório do Terceiro Setor mostra-se mais eficiente, em termos de controle, na medida em que apresenta novos atores sujeitos à responsabilização.

É o caso dos dirigentes, conceituados como as pessoas que detêm poderes de administração, gestão ou controle da organização da social civil. Do gestor da parceria, conceituado como o agente público com poderes de controle e fiscalização. Dos membros do Conselho de Política Pública, órgão criado pelo poder público para, dentre outras coisas, acompanhar e monitorar a avaliação de políticas públicas.

De igual forma, os membros da Comissão de Seleção, órgão colegiado destinado a processar e julgar chamamentos públicos, composto por agentes públicos, designados por ato publicado em meio oficial de comunicação, sendo, pelo menos, 2/3 (dois terços) de seus membros servidores ocupantes de cargos permanentes do quadro de pessoal da Administração Pública realizadora do chamamento público.

Ainda, os membros da Comissão de Monitoramento e Avaliação, órgão colegiado destinado a monitorar e avaliar as parcerias celebradas com organizações da sociedade civil, composta por agentes públicos, designados por ato publicado em meio oficial de comunicação, sendo, pelo menos, 2/3 (dois terços) de seus membros servidores ocupantes de cargos permanentes do quadro de pessoal da Administração Pública realizadora do chamamento público.

Sucedo que a Administração Pública, sem prejuízo da fiscalização pelos conselhos de políticas públicas e dos mecanismos de controle social (Lei nº 13.019/2014, art. 60), está incumbida de realizar procedimentos de fiscalização das parcerias celebradas antes do término da sua vigência, inclusive por meio de visitas *in loco*, para fins de monitoramento e avaliação do cumprimento do objeto (Lei nº 13.019/2014, art. 58).

Aplica-se às entidades integrantes do Terceiro Setor o quanto disposto na Lei Anticorrupção, sujeitando-as, portanto, à desconsideração da personalidade jurídica; às medidas preventivas de *compliance* (LAC, art. 7º, VIII); à responsabilidade solidária da entidade que recebe transferências voluntárias, juntamente com seus dirigentes (TCU, Súm. 286); à responsabilidade objetiva pelo ato lesivo (LAC, art. 2º); às sanções administrativas de multa e de publicação compulsória da decisão condenatória (LAC, art. 6º, I e II), destacando-se, em relação a esta última sanção, a severidade da medida, pois atinge a reputação da entidade, elemento indispensável à sua própria reputação social; às sanções judiciais, como a suspensão das atividades e a dissolução compulsória da pessoa jurídica (LAC, art. 18, II e III).

8. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público está legitimado ao controle do Terceiro Setor, não somente em razão dos recursos públicos transferidos, como também em razão da incumbência constitucional de zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição.

No julgamento da ADI 1.923, o Supremo Tribunal Federal afastou qualquer interpretação que restrinja o controle do Ministério Público e do Tribunal de Contas, em relação às entidades integrantes do Terceiro Setor.

Na Lei das Organizações Sociais (art. 10) e na Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (art. 12), há previsão de representação ao Ministério Público no caso de indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, ou qualquer ilegalidade ou irregularidade na utilização de recursos ou bens de origem pública, respectivamente.

9. CONCLUSÃO

A intensificação dos mecanismos de controle é indispensável para o êxito das parcerias públicas com o Terceiro Setor. Tal controle deve ser exercido, também, com base na Lei nº 13.019/2014, o que passa pela observância das práticas de gestão administrativa, definidas no inciso VIII do art. 6º da mesma Lei, com o fim de coibir a obtenção de benefícios ou vantagens indevidas. O descumprimento de tais parâmetros enseja a responsabilização no campo da Lei de Improbidade Administrativa.

10. REFERÊNCIAS

CARRIJO, Cesar Dutra. Mudança de paradigma na Administração Pública: o controle de resultado e o MROSC. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 11, n. 22, p. 49-76, jul./dez. 2017.

CRUZ, Maury J. V. Reflexões sobre o Marco Regulatório de acesso a recursos públicos pelas Organizações da Sociedade Civil Brasileira. In: BORDIN, Erica; Maciel, Ana Lúcia Suárez. *A face privada na gestão das políticas públicas*. Porto Alegre: Fundação Irmão José Otão, 2014, p. 121-136.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1999.
_____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O Quarto Poder e o Terceiro Setor. O Ministério Público e as Organizações Não Governamentais sem Fins Lucrativos – Estratégias para o Futuro. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo

Porto (Coordenadores). *Ministério Público II Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 248-263.

MELO, Leonardo Augusto Santos. Improbidade, convênios e terceiro setor: o particular que gere recursos públicos e sua responsabilização por improbidade administrativa. In: BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 5. Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa / 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. – Brasília: MPF, 2018. Disponível em: <<http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes>> e <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes>>.

PESSOA, Robertonio Santos. Marcos regulatórios do terceiro setor – avanços, retrocessos e contradições. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 131-143, abr./jun. 2017.

APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA ANÁLISE DA OCORRÊNCIA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA¹

APPLICATION OF THE THEORY OF WILLFUL BLINDNESS DOCTRINE IN ADMINISTRATIVE IMPROBITY

Edson Azambuja²

Rogério Rodrigo Ferreira Mota³

Resumo: O presente texto aborda a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada nos atos de improbidade administrativa. Para tanto, trabalhou-se com aspectos teóricos do Direito Penal que possuem pontos de convergência com a tutela da probidade administrativa. A realização deste artigo baseou-se em uma perspectiva da pesquisa qualitativa, utilizando-se também de levantamento bibliográfico originário da doutrina e jurisprudência brasileiras e direito comparado, bem como de autores contemporâneos que trazem a temática como objeto de estudo. Resgataram-se aspectos históricos originários da teoria da cegueira deliberada da *common law*, de tradição anglossaxônica, bem como a jurisprudência nacional por meio de julgados dos Tribunais brasileiros. Concluiu-se que a teoria da cegueira deliberada pode ser aplicada aos atos de improbidade administrativa, uma vez que o elemento subjetivo na tutela da probidade guarda similitude com o direito penal.

Palavras-chave: Teoria da cegueira deliberada. Direito Penal. Improbidade. Justiça. Elemento subjetivo.

¹ Artigo publicado no livro *O combate à corrupção no Brasil: novas estratégias de prevenção e enfrentamento*. 1. ed. Palmas: Esmat, 2018.

² Graduado em Direito pelas Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso. Pós-graduado *Lato Sensu* em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Promotor de Justiça no Estado do Tocantins. Promotor de Justiça da Tutela do Patrimônio Público e Probidade Administrativa da Capital. Email: edsonazambuja@mpto.mp.br

³ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. Pós-graduado *Lato Sensu* em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) Promotor de Justiça no Estado do Tocantins. Promotor de Justiça atuante na 4ª Promotoria de Justiça de Paraíso do Tocantins. Email: rogeriomota@mpto.mp.br

Abstract: The present text approaches the possibility of applying the theory of willfull blindness in administrative improbity acts. Therefore it was used some theoretical aspects of Criminal Law that have convergence points with probity guardianship. The development of this article was based on a perspective of the qualitative research, also approaching bibliographical data collection from the general doctrine and Brazilian and internacional jurisprudences, as contemporary authors that discuss the subject. To do so, were analyzed original historical aspects of the willfull blindness theory in the Common Law, Anglo-Saxon tradition, as well as in the national jurisprudence, by judgments of the Brazilian Courts. The conclusion is that the willfull blindness theory can be applied to administrative improbity acts, since the subjective element in the protection of administrative probity is similar to criminal guardianship.

Keywords: Willfull blindness doctrine. Criminal Law. Improbity. Justice. Subjective element.

INTRODUÇÃO

A corrupção tem sido atualmente o tema mais recorrente no Brasil, ocupando praticamente todos os espaços dos debates e das notícias na imprensa brasileira. Os escândalos de corrupção nas esferas dos poderes constituídos têm sido amplamente divulgados e, sem sombra de dúvida, o alto índice de corrupção nos órgãos públicos brasileiros é a tônica.

A consequência do aumento da corrupção para uma sociedade é extremamente deletéria, passando pelos altos custos para a saúde, educação e segurança pública, ao ponto de chegar a ameaçar a própria democracia de um país.

No espectro da corrupção, encontram-se presentes vários atos ilícitos, os quais podem acarretar a responsabilidade civil, penal e administrativa, cada qual a ser apurada e responsabilizada na sua respectiva instância, as quais são independentes entre si.

Um dos instrumentos de suma importância para o combate à corrupção é a Lei nº 8.429/92, também conhecida como Lei de Improbidade Administrativa. Trata-se de

uma verdadeira lei anticorrupção relativa aos atos e/ou às omissões de agentes públicos.

Os atos de improbidade administrativa estão descritos na Lei nº 8.429/92, em seu Capítulo II, e dividem-se em três grupos, quais sejam: atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, tipificados no artigo 9º; atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, descritos no artigo 10; e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração, previstos no artigo 11.

O tema a ser abordado no presente trabalho diz respeito à possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada nos atos de improbidade administrativa, motivo pelo qual se faz necessária a abordagem do elemento subjetivo na improbidade e os elementos caracterizadores da cegueira deliberada. Para a realização deste estudo, utilizou-se de levantamento bibliográfico originário da doutrina e jurisprudência, bem como de autores atuais que têm se debruçado sobre a temática.

O artigo está subdividido em três partes, as quais buscam abarcar um entendimento prévio sobre a teoria da cegueira deliberada, o elemento subjetivo na improbidade administrativa e a aplicação da teoria da cegueira deliberada na improbidade administrativa.

1. DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E BREVES CONCEITOS PARA SEU ENTENDIMENTO

A teoria da cegueira deliberada tem sua origem na *common law*, de tradição inglesa, com base no direito anglo-saxão, em contraposição ao modelo adotado no Brasil, que segue o sistema europeu-continental. Ao longo de várias décadas, vêm sendo admitidas as denominadas teoria da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*), teoria da evitação da consciência (*conscious avoidance doctrine*) ou das instruções do avestruz (*ostrich instructions doctrine*) (DAVI, 1996).

Moro (2010, p. 63-64) aborda alguns aspectos históricos e requisitos da teoria:

A doutrina da cegueira deliberada é uma construção da *common law* e não está restrita ao crime de lavagem de dinheiro. Alguns apontam como precedente remoto sentença inglesa de 1861 no caso *Regina*

vs. Sleep. No Direito norte-americano, o *leading case* da Suprema Corte é apontado como *Spurr vs. US*, 174 US 728 (1899). A partir da década de 70 do século XX, a doutrina passou a ser utilizada em casos de tráfico de drogas, particularmente naqueles nos quais o acusado negava conhecimento da natureza da droga que transportava. Dois casos são apontados como precedentes dessa tendência: *Turner vs. United States*, 174 U. S 728 (1899), da Suprema Corte, e *United States, vs. Jewell*, 532 F 2.d. 697, 70, da 9ª Corte de Apelações Federais.

E prossegue o autor, asseverando que a ignorância deliberada e o conhecimento positivo são reprováveis:

[...] a regra é que ignorância deliberada e conhecimento positivo são igualmente culpáveis. A justificativa textual é que, segundo o entendimento comum, alguém ‘conhece’ fatos mesmo quando ele está menos do que absolutamente certo sobre eles. Agir ‘com conhecimento’, portanto, não é necessariamente agir apenas com conhecimento positivo, mas também agir com indiferença quanto à elevada probabilidade da existência do fato em questão. Quando essa indiferença está presente, o conhecimento ‘positivo’ não é exigido (trecho do caso *United States, vs. Jewell*, 1976) (MORO, 2010, p. 63-64).

A teoria da cegueira deliberada tem sido aceita, pelas Cortes norte-americanas quando há prova de: a) que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime; e b) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento (MORO, 2010, p. 63-64).

Salienta-se, também para esse texto reflexivo, a fundamentação apresentada por Prado (2011, p. 295-296) sobre a teoria da cegueira deliberada em Carla de Carli (2011):

Em suma, a teoria fundamenta-se na seguinte premissa: aquele que, suspeitando que pode vir a atuar de forma criminosa, prefere, como meio de angariar algum benefício, não aperfeiçoar sua representação sobre a presença do tipo objetivo em um caso concreto, demonstra um grau de indiferença em face do bem jurídico tutelado pela norma

penal tão alto quanto o de quem age com dolo eventual, razão pela qual ambos merecem a mesma reprimenda.

Um dos principais campos de aplicação da teoria é precisamente o crime de branqueamento. Embora as cortes dos Estados Unidos adotem posições díspares sobre os requisitos para o fornecimento de instruções de cegueira deliberada a um júri – ora exigindo prova de que o agente tinha ciência da grande probabilidade de que o ativo envolvido constituía proveito de crime, ora contentando-se com a mera suspeita, ora bradando que o Estado deve demonstrar a atuação deliberada do réu para manter o déficit cognitivo sobre a origem dos bens – o cabimento da *willful blindness doctrine* em face desse delito constitui questão pacificada nos doze circuitos da Justiça Federal daquele país.

O tema também foi objeto de apreciação e deliberação na Suprema Corte da Espanha, que tradicionalmente adota o sistema *civil law*.

Ragués i Vallés citado por Prado (2013, p. 297) assinala que:

Reagindo à multiplicidade de critérios com que a doutrina tem sido aplicada, especialmente na Espanha, *Ragués i Vallés* sugere que seu raio de aplicação seja restrito aos casos nos quais concorram os seguintes fatores: a) ausência de representação, apta à configuração do dolo, dos elementos do tipo; b) capacidade de obter a informação ignorada por meios ordinários; c) dever de evitar o risco decorrente da prática da conduta; d) falta de perigo próprio; e) decisão de não conhecer; e f) motivação de obter um benefício, como a supressão de um conflito moral ou a elisão de responsabilidade relativa a persecução penal futura.

Sobreleva anotar ainda que o Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional, preceitua em seu art. 28, II, inciso “b”, no que tange aos crimes contra a humanidade, que o superior hierárquico responde pelos crimes imputáveis a seus subordinados se “[...] deliberadamente não levou em consideração a notícia de que seriam cometidos, após ter-se colocado em posição na qual tal informação jamais chegaria a seus ouvidos”⁴ (17 de julho de 1998, em Roma, na Itália).

⁴ Ratificado pelo Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, e promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

O Brasil se tornou signatário do Estatuto de Roma, o qual incorporou premissa importante da teoria da cegueira deliberada, ressaltando que o Decreto Legislativo que ratifica tratados internacionais guarda o mesmo nível de hierarquia com a lei ordinária federal ou, se o tratado ou convenção versar sobre direitos humanos e se aprovado pelo Congresso Nacional com o mesmo procedimento previsto para as emendas, serão equivalentes a elas⁵.

No Brasil, a teoria da cegueira deliberada foi sendo adotada aos poucos, remontando o primeiro caso às repercussões e ao desdobramento do furto qualificado ocorrido no Banco Central do Brasil em Fortaleza, Ceará, entre os dias 6 e 7 de agosto de 2005, exatamente por crime de lavagem dinheiro. Naquela ocasião, o voto condutor do acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região assinalou que: “[...] a aplicação da teoria da cegueira deliberada depende da sua adequação ao ordenamento jurídico nacional [...]; pode ser perfeitamente adotada, desde que o tipo legal admita a punição a título de dolo eventual”⁶.

O Supremo Tribunal Federal também adotou a teoria da cegueira deliberada ao julgar o célebre caso denominado de “Mensalão”, na ação penal nº 470/MG. O Ministro Celso de Mello considerou que os acusados preferiram deliberadamente fechar os olhos para aquilo que seria óbvio, agindo com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada. Eis trecho do voto:

O Direito Comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo Direito anglo-saxão (*willful blindness doctrine*) [...].

Pode-se identificar na conduta dos acusados-beneficiários, especialmente dos parlamentares beneficiários, a postura típica daqueles que escolhem deliberadamente fechar os olhos para que, de

⁵ Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que é preciso avançar no debate, eis que os direitos fundamentais estão acima de qualquer norma legal (direito positivo), todavia ressalta que, no direito brasileiro, há duas posições sobre o tema: i) tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos têm o mesmo nível de emenda constitucional; ii) hierarquia supralegal, aplicável aos tratados de direitos humanos ratificados pelo sistema convencional, por meio de Decreto Legislativo aprovado com maioria simples. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-27/direitos-fundamentais-integracao-tratados-direitos-humanos-ordenamento-juridico>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

⁶ ACr nº 5520/CE, 2ª Turma, Rel. Rogério Fialho Moreira, julgada em 9.9.2008, in DJU de 22.10.2008.

outra maneira, lhes seria óbvio, ou seja, o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada.

[...] Em termos gerais, a doutrina estabelece que age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas igualmente aquele que age com indiferença quanto ao resultado de sua conduta”⁷.

Ao longo dos últimos anos, surgiram inúmeros outros casos em que se adotou a teoria da cegueira deliberada em crimes de corrupção eleitoral, os quais constam em acórdãos dos Tribunais Regionais Eleitorais de Rondônia e Rio Grande do Norte⁸.

A teoria da cegueira deliberada passou a ser utilizada em dezenas de casos de crimes de lavagem de dinheiro, notadamente nos delitos objeto da Operação Lava-Jato composta por força-tarefa do Ministério Público Federal, Polícia Federal, Receita Federal e outros órgãos de controle, ainda em andamento no País.

O tema, entretanto, não se encontra pacificado, seja no direito brasileiro, seja no direito comparado. Para alguns juristas, a teoria da cegueira deliberada não pode ser aplicada aos crimes de lavagem de dinheiro, eis que não há possibilidade de aplicação do dolo eventual para esse delito. Para essa corrente, há uma grande dificuldade ou até mesmo impossibilidade de se aferir a procedência ilícita dos bens.

Conforme esses juristas, haveria violação ao direito de ampla defesa ou do *due process off law*, eis que não há previsão expressa do dolo eventual no tipo dessas condutas, aliada à grande dificuldade ou impossibilidade de se aferir a noção de alta probabilidade com a ideia de risco. Os limites da cegueira deliberada não estariam presentes no dolo, tese sustentada pelo mencionado jurista Ragués i Vallès.

Por outro lado, há estudiosos brasileiros que sustentam que a teoria da cegueira deliberada pode ser aplicada à luz do art. 18, I, do CP, que assim prescreve:

⁷ Ação penal 470/MG, Rel. Min Joaquim Barbosa, Tribunal pleno, Brasília, julgado em 17.12.2012, DJE - 074 de 19.04.2013.

⁸ RECURSO CRIMINAL nº 872351148, ACÓRDÃO nº 525/2010 de 30/11/2010, Relator ÉLCIO ARRUDA, Publicação: DJE/TRE-RO - Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral, Data 6/12/2010.

RECURSO CRIMINAL nº 89, ACÓRDÃO nº 506/2010 de 23/11/2010, Relator ÉLCIO ARRUDA, Publicação: DJE/TRE-RO - Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral, Data 30/11/2010.

RECURSO CRIMINAL nº 1457668, ACÓRDÃO nº 1457668 de 28/6/2011, Relator MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 5/7/2011, Página 3.

“Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Ponto pacífico que o dolo eventual estará presente quando o agente assumir o risco de produzir o resultado. A teoria da cegueira deliberada ocorrerá quando o agente escolhe permanecer alheio ao conhecimento pleno dos fatos e fingir que nada enxerga, e o resultado do ilícito, se atingido, será indiferente para ele.

Moro (2010, p. 69) destaca a utilização de teses já sedimentadas no sistema *common law*, sustentando que a teoria da cegueira se assemelha ao dolo eventual do Código Penal brasileiro:

Tais construções em torno da cegueira deliberada assemelham-se, de certa forma ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira. Por isso e considerando a previsão genérica do art. 18, I, do CP, e a falta de disposição legal específica na lei de lavagem contra a admissão do dolo eventual, podem ela ser trazidas para a nossa prática jurídica.

[...] Aquele que habitualmente se dedica à lavagem de dinheiro de forma autônoma, o profissional da lavagem, é usualmente indiferente à origem e natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos. O conhecimento pleno da origem e natureza criminosas é até mesmo indesejável porque pode prejudicar a alegação de desconhecimento em futura e eventual persecução penal.

[...] Desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina da “ignorância deliberada”, ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens, direitos e valores envolvidos, e quiçá, de que ele escolheu permanecer alheio do conhecimento pleno desses fatos, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo [...].

No sistema no qual surgiu a teoria (*common law*), a doutrina da cegueira deliberada é utilizada até mesmo em casos comuns de natureza cível, em que é necessário labor jurídico para caracterização do elemento subjetivo da conduta. Como exemplo, cita-se o caso de aplicação da referida teoria no âmbito cível nas cortes

americanas, qual seja *GLOBAL-TECH APPLIANCES, INC., ET AL. v. SEB S. A.*, em que se discutiam questões de propriedade intelectual⁹.

2. O ELEMENTO SUBJETIVO NO ATO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A repressão aos atos de improbidade administrativa tem assento constitucional. O art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 preceitua que toda e qualquer forma de violação à probidade administrativa terá efeitos graves para o infrator, nos seguintes termos: “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”.

O artigo 37, § 4º, da Constituição consagra a honestidade no exercício das funções públicas como um dos cânones a ser seguido por todos os agentes públicos, obviamente em consonância com o princípio da moralidade administrativa. O sistema constitucional consagrou os princípios regentes da administração pública como um dos pilares da administração pública e encontra no princípio da moralidade administrativa um dos esteios da democracia brasileira.

Por essa razão, quis o constituinte originário que os atos de improbidade administrativa fossem punidos com todo o rigor, cujas sanções foram previstas com o advento da Lei nº 8.429/92 (art. 12). Estabelecidas essas premissas, deve-se perquirir o elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa.

Os atos de improbidade administrativa encontram-se tipificados nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, e os ilícitos descritos nos artigos 9º e 11 são punidos a título de dolo, ao passo que os tipos previstos no artigo 10 são punidos a título de dolo e culpa, como se verá a seguir.

Para que se tenha caracterizado o elemento subjetivo, há necessidade da presença da vontade, da conduta e do resultado. É no direito penal que irá se buscar,

⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States of America. *GLOBAL-TECH APPLIANCES, INC., ET AL. v. SEB S. A.* Nº. 10–6. Defendido em 23 de fevereiro, 2011 - Acordado em 31 de maio, 2011. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

sucintamente, a fonte do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa, eis que há similitude entre a tutela de probidade e a tutela penal.

Tema de muitas classificações e conceituações na doutrina nacional e internacional, utilizar-se-á aquela exposta por Jesus (1998, p. 245). O referido autor, no que tange ao dolo, preleciona que:

O dolo, de acordo com a teoria finalista da ação, que passamos a adotar, é elemento subjetivo do tipo. Integra a conduta, pelo que a ação e omissão não constituem simples formas naturalísticas de comportamento, mas ações ou omissões dolosas. Dolo é a vontade de concretizar as características objetivas do tipo. Constitui elemento subjetivo do tipo (implícito).

O jurista ainda preleciona que:

Presentes os requisitos da consciência e da vontade, o dolo possui os seguintes elementos: a) consciência da conduta e do resultado; b) consciência da relação causal objetiva entre a conduta e o resultado; c) vontade de realizar a conduta e produzir o resultado.

É necessário que o agente tenha consciência do comportamento positivo ou negativo que está praticando e do resultado típico. Em segundo lugar, é preciso que sua mente perceba que da conduta pode derivar o resultado, que há ligação de causa e efeito entre eles. Por último, o dolo requer vontade de praticar o comportamento e causar o resultado. Isso nos crimes materiais e formais. Nos de mera conduta é suficiente que o sujeito tenha a representação e a vontade de realizá-la (JESUS, 1998, p. 246-47).

No que tange à culpa, Barros (2006, p. 235) a conceitua da seguinte forma: “Diz-se o crime culposo quando o agente, deixando de observar o cuidado necessário, realiza conduta que produz resultado, não previsto nem querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto e querido, que podia, com a atenção devida, ter evitado”.

Doutrina e jurisprudência têm entendido que, para a caracterização da improbidade dos ilícitos descritos nos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/92, exige-se a presença do dolo na conduta do agente público. Trata-se de dolo genérico, direto ou eventual.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que “é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10”¹⁰.

Na análise do dolo na improbidade administrativa, o Superior Tribunal de Justiça assentou que, nas hipóteses do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, “não se exige, ademais, o dolo específico para configuração da improbidade por violação aos princípios administrativos, bastando o dolo genérico”¹¹.

Assim, percebe-se claramente que se exige a comprovação de que o agente tenha agido voluntariamente, almejando o resultado lesivo, nas hipóteses dos ilícitos descritos nos artigos 9º e 11, ambos da Lei de Improbidade Administrativa, isso porque a reprovabilidade depende do elemento anímico.

Por seu turno, o artigo 10 admite as duas hipóteses de conduta, seja dolosa, seja culposa. No caso de culpa, o agente pratica um ato de forma voluntária e sem atenção ou cuidado normalmente empregados para prever ou evitar o resultado ilícito.

Garcia (2013, p. 405), a propósito da culpa, assevera que:

O art. 10 da Lei nº 8.429/92 não distingue entre os denominados graus da culpa. Assim, quer seja leve, grave ou gravíssima, tal será, em princípio, desinfluyente à configuração da tipologia legal. Situando-se a essência da culpa na previsibilidade do efeito danoso, neste elemento haverá de residir o critério de valoração dos graus da culpa. [...]

Em que pese inexistir normativa expressa, os graus da culpa podem ser úteis por ocasião da verificação do grau de proporcionalidade que deve existir entre ato e sanção, bem como para fins de dosimetria desta última.

Os ilícitos descritos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa são meramente exemplificativos, isso porque o *caput* dos três artigos utiliza a expressão “notadamente”, o que de acordo com a boa técnica legislativa leva à conclusão inarredável de que se tratam de rol *numerus apertus*.

¹⁰ REsp 1130198/RR, rel. Ministro Luiz Fux, Primeira turma, DJe 15/12/2010 ; EREsp 479.812/SP rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira sessão, DJe 27/9/2010; REsp 1149427/SC, rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9/9/2010; EREsp 875.163/RS, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção DJe 30/6/2010; REsp 414.697/RO rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/9/2010; REsp 1.193.160/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 17/2/2011, DJ de 24/2/2011.

¹¹ EREsp 654.721/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, j. em 25/8/2010, DJ de 1º/9/2010; AGRG no AGRG 1.331.116/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j em 1º/3/2011, DJ de 16/3/2011.

3. DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Todo agente público deve se comportar, no exercício da função, com honestidade, lealdade e imparcialidade às instituições, motivo pelo qual se pode afirmar que o princípio da moralidade é um dos mais relevantes do sistema constitucional.

Outro aspecto importante é o dever da boa administração por parte do agente público, na medida em que deve agir e gerir a administração pública sempre para o interesse público. Deve o agente público agir nos estritos limites da lei. Qualquer desvio dessa forma de agir implica violação aos princípios constitucionais, que, para a doutrina e jurisprudência, são tão graves quanto se violar uma regra.

O agente público deve também agir, no trato com a coisa, pautando sua conduta sempre na boa-fé, boa administração e na moralidade administrativa, os quais, sem sombra de dúvida, são pressupostos da atividade administrativa.

Seguindo essa esteira de raciocínio e considerando que os atos de improbidade administrativa, notadamente as tipologias dos artigos 9º e 11 descritos na Lei nº 8.429/92, exigem o dolo para a sua caracterização, não há óbice nenhum para que seja adotada a teoria da cegueira deliberada.

As hipóteses dos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92, que tratam do enriquecimento ilícito do agente público e da violação a princípios da administração pública, podem ocorrer na medida em que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que a sua conduta poderia não estar em consonância com o interesse público, bem assim agiu de modo indiferente a esse conhecimento.

A aplicação dessas hipóteses, no âmbito da improbidade administrativa, é possível, notadamente porque o agente público não pode alegar que agiu sob o pálio do desconhecimento.

Na administração pública, o agente não pode alegar a ausência de capacidade de obter a informação ignorada por meios ordinários. Também não pode, por exemplo, sustentar que não tinha o dever de evitar o risco decorrente da prática da conduta, dado que é vedado ao agente assim se comportar. E ainda também não pode alegar a ausência de decisão de não conhecer determinada conduta.

Assim, o agente público pode agir deliberadamente e fingir que não percebe determinada situação de ilicitude para alcançar a vantagem pretendida ou até mesmo para que terceiro seja beneficiado ilicitamente. O agente, em casos tais, escolhe permanecer alheio ao conhecimento pleno dos fatos e ao resultado do ilícito. Nesses casos, cabe, sem dúvida, a aplicação da teoria da cegueira deliberada na improbidade administrativa.

Se no âmbito penal a teoria vem sendo fortemente aceita pelos tribunais pátrios, no âmbito da improbidade administrativa aos poucos essa teoria também vem ganhando adeptos.

Exemplificando, o Tribunal de Justiça de São Paulo admitiu a aplicação da teoria da cegueira deliberada em sede de ação civil por ato de improbidade administrativa, na qual o ex-prefeito do Município de Avaré (exercício 2005/2008) como também a empresa IBDPH – Instituto Brasileiro de Desenvolvimento da Pessoa Humana foram condenados nas sanções legais. A condenação ocorreu ante a ofensa aos artigos 10, *caput*, VIII, e 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92 em razão da contratação indevida da empresa ré, com nítido caráter de evitar a sujeição a procedimento licitatório imprescindível para o caso, além de identificar superfaturamento na prestação dos serviços de plantões médicos junto ao Pronto Socorro Municipal de Avaré.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio de sua 9ª Câmara de Direito Público, nos autos de Apelação Cível nº 0009252-56.2010.8.26.0073, julgada em data de 9 de abril de 2014, no voto do Relator Rebouças de Carvalho, assim decidiu:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA Prejuízo ao erário devidamente confirmado pelas provas produzidas Contratação de serviços de plantões médicos junto ao Pronto Socorro de Avaré por intermédio de Termo de Parceria, em valor muito superior ao contrato anterior, e sem a realização de licitação – Superfaturamento constatado – Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada – Ato de improbidade administrativa devidamente comprovado, ante a constatada cavilosidade dos corréus Procedência da ação mantida Diferimento do recolhimento das custas

deferido Apelação do réu Joselyr não provida e provida em parte a da ré IBDPH¹².

Sustentou o relator do recurso naquela Corte de Justiça o seguinte:

Por outro lado, é, em relação ao ilícito administrativo praticado neste caso concreto, perfeitamente adequada a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, na medida em que os corréus fingiram não perceber o superfaturamento praticado com a nova contratação por intermédio de Termo de Parceria, com objetivo único de lesar o patrimônio público, não havendo agora como se beneficiarem da própria torpeza¹³.

Em outro julgado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a aplicação da *willful blindness doctrine* em sede de improbidade administrativa, consistente na violação aos artigos 10, *caput*, VIII, e 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92 em razão da contratação indevida de locação, por valor acima do de mercado e sem licitação.

O acórdão restou assim ementado:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA Prejuízo ao erário devidamente confirmado pelas provas produzidas. Contrato de locação firmado para beneficiamento de negócio particular entre o ex-Prefeito e o corréu Júlio, cujo locatício restou comprovado por prova técnica ter sido firmado em valor superior ao de mercado, decorrendo daí o prejuízo ao erário Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada – Ato de improbidade administrativa devidamente comprovado Procedência da ação mantida, com reforma em relação à adequação das penalidades administrativas nos termos do art. 12, II, da Lei nº 8.429/92 Recurso do corréu Gilson provido em parte¹⁴.

¹² Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7487515&cdForo=0>>. Acesso em: 23 out. 2017.

¹³ Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7487515&cdForo=0>>. Acesso em: 23 out. 2017.

¹⁴ Disponível em:

<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=7742786&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_3f26fb33ae6f411c85902df5f230885f&viCaptcha=qxzwf&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 23 out. 2017

O Relator dessa Apelação Cível, Des. Rebouças de Carvalho, ponderou, de relevante, o seguinte:

Como se pode perceber, aparentava que a Administração Pública, formalmente, tivesse atingido o desiderato legal, qual seja, promover a locação de imóvel sem licitação, contudo, o plano estava a baralhar a real intenção dos envolvidos, cuja perspicácia dos membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, longe de se imiscuir pelo engodo míope das aparências, procedeu a sua legítima e constitucional missão de investigar a fundo a realidade dos fatos, o que culminou com superação do véu de fumaça que turvava o intento ímprobo.

[...] Ainda que esta teoria tenha sua incidência e aplicação na prática de ilícitos penais, mais especificamente em relação ao crime de lavagem de dinheiro, tal como fez o eminente Ministro CELSO DE MELLO em recentíssimo julgamento acima mencionado, já foi ela também reconhecida em relação aos crimes eleitorais, bem como naquele famoso caso do furto ao Banco Central em Fortaleza. Por outro lado, é, em relação ao ilícito administrativo praticado neste caso concreto, perfeitamente adequada a sua incidência, na medida em que os corréus fingiram não perceber que por trás do contrato de locação havia um pagamento de locatício superior ao de mercado, como também acobertada relação negocial privada com conluio evidente, não havendo agora como se beneficiarem da própria torpeza.

Ainda sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao apreciar Apelação Cível na qual se abordavam ilícitos na contratação de empresa de venda de ar-condicionado e prestação de serviços de instalação dos equipamentos pelo Município de Sales, com identificação de fraudes e direcionamento no processo licitatório, decidiu da seguinte forma:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA Licitação (Carta-Convite) Empresas vencedoras beneficiadas por manobras fraudulentas, cujo direcionamento da licitação restou comprovado Prejuízo ao erário não identificado, nem superfaturamento em relação aos equipamentos adquiridos (ar-condicionado) e ao serviço de instalação – Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada – Ato de improbidade administrativa devidamente comprovado, porém com ofensa aos princípios da

Administração Pública, nos termos do art. 11, da Lei nº 8.429/92 – Procedência da ação mantida por outro fundamento, com subsunção a infração administrativa menos grave da que condenados os corréus pelo Juízo 'a quo' Reforma parcial da r. sentença Dosimetria das penalidades fixadas com base no art. 12, III, da Lei nº 8.429/92 – Apelações dos réus providas em parte¹⁵.

Dessa maneira, a jurisprudência brasileira vem se inclinando a adotar a teoria da cegueira deliberada na improbidade administrativa, notadamente porque há pontos de convergência entre a tutela da probidade administrativa e o direito penal.

É preciso que, pautado pela boa técnica e hermenêutica ampla dos institutos jurídicos, o intérprete não restrinja a teoria da cegueira deliberada unicamente ao âmbito penal tão somente porque esta nasceu na seara penal, devendo ser aplicada em outras instâncias, até mesmo porque a sociedade caminha, a longos passos, em busca de soluções, obviamente dentro do ordenamento positivo, que visem à obtenção da paz social.

CONCLUSÃO

A corrupção tem sido atualmente o tema mais recorrente no Brasil e merece dos órgãos de controle preventivo e repressivo todo o rigor no sentido de combatê-la. As consequências da corrupção, na atual quadra da história brasileira, têm sido deletérias, retirando direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, notadamente a saúde, a educação e a segurança pública.

Um dos instrumentos de suma importância para o combate à corrupção é a Lei nº 8.429/92, também conhecida como Lei de Improbidade Administrativa. Trata-se de uma verdadeira lei anticorrupção relativa aos atos e/ou às omissões de agentes públicos.

¹⁵ Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8409186&cdForo=0>>. Acesso em: 23 out. 2017.

Os atos de improbidade administrativa encontram-se tipificados nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, e os tipos descritos nos arts. 9º e 11 são punidos a título de dolo, ao passo que os tipos previstos no art. 10 são punidos a título de dolo e culpa.

Doutrina e jurisprudência têm entendido que, para a caracterização da improbidade dos ilícitos descritos nos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92, exige-se a presença do dolo na conduta do agente público. Trata-se de dolo genérico, direto ou eventual.

A teoria da cegueira deliberada tem sua origem na *Common Law*, de tradição inglesa. Ao longo de várias décadas, vêm sendo admitidas as denominadas teoria da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*), teoria da evitação da consciência (*conscious avoidance doctrine*) ou das instruções do avestruz (*ostrich instructions doctrine*).

No Brasil, a teoria da cegueira deliberada foi sendo adotada aos poucos, remontando o primeiro caso ao furto qualificado ocorrido no Banco Central do Brasil em Fortaleza, Ceará, por crime de lavagem de dinheiro e, posteriormente, em crimes de corrupção eleitoral, até se chegar aos crimes apurados e julgados na Operação Lava-Jato, dentre outros.

No âmbito da improbidade administrativa, o agente público pode agir deliberadamente e fingir que não percebe determinada situação de ilicitude para alcançar a vantagem pretendida ou até mesmo para que terceiro seja beneficiado ilicitamente. O agente, em casos tais, escolhe permanecer alheio ao conhecimento pleno dos fatos e ao resultado do ilícito.

Os requisitos da teoria da cegueira deliberada podem ser aplicados aos atos de improbidade administrativa, eis que a tutela da probidade administrativa guarda similitude, no que tange ao dolo, com a tutela penal.

O intérprete não pode restringir a teoria da cegueira deliberada unicamente ao âmbito penal tão somente porque esta nasceu na seara penal, devendo ser aplicada em outras instâncias, até mesmo porque a sociedade caminha, a longos passos, em busca de soluções, obviamente dentro do ordenamento positivo, que visem à obtenção da paz social.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal, parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARLI, Carla Veríssimo de; MENDONÇA, Andrey Borges de Mendonça (Coord.) *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte geral*, Vol. I. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PRADO, Rodrigo Leite. O controle penal da lavagem de dinheiro – Dos crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- _____. Dos crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; OLIVEIRA, Tarsis Barreto (Coord). *O combate à corrupção no Brasil: novas estratégias de prevenção e enfrentamento*. Palmas: ESMAT, 2018.

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

THE DYNAMICS DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF PROOF IN THE ADMINISTRATIVE IMPROBITY ACTION

Fabiana Lemes Zamalloa do Prado¹

Resumo: Na ação de improbidade administrativa, o conflito que se estabelece é entre o direito de liberdade, em sentido amplo, e a defesa do patrimônio público, bem constitucionalmente protegido. O direito de liberdade, como os demais direitos inscritos no catálogo de direitos fundamentais, não é absoluto e sujeita-se a ponderações, com base no princípio da proporcionalidade, quando em rota de colisão com outro direito fundamental ou bem constitucionalmente protegido. Apesar do conteúdo sancionatório da ação de improbidade administrativa, os princípios penais, que irradiam do direito de liberdade, não têm aplicação absoluta na ação de improbidade administrativa. Nesse contexto, o direito fundamental à presunção de não culpa, consectário lógico do direito fundamental de liberdade, do qual decorre a regra processual probatória que impõe ao autor da ação de improbidade o ônus da prova do ato de improbidade, pode sofrer restrições adequadas, necessárias e proporcionais, a partir do princípio da proporcionalidade. A distribuição dinâmica do ônus da prova, autorizada no artigo 373, § 1º, do CPC constitui mecanismo de maximização dos direitos em conflito no processo e, por essa razão, sua aplicação no âmbito da ação de improbidade administrativa encontra compatibilidade constitucional e representa, num cenário de corrupção institucionalizada, importante ferramenta para a efetividade da defesa do patrimônio público.

Palavras-chave: Ação de improbidade administrativa. Ônus da prova. Distribuição dinâmica. Princípio da proporcionalidade.

¹ Promotora de Justiça em Goiânia/GO. Mestre em Direito – área de concentração – Ciências Penais – pela Universidade Federal de Goiás.

Abstract: The conflict of rights in the administrative improbity action is between the right of liberty, in the broad sense, and the public patrimony defense, asset protect by the constitution. The right of liberty, like the other rights included in the fundamental rights catalog, is not absolute and it is submited to weightings, wich are based on the principle of proportionality, when it is in conflict whith another fundamental right or assets protect by the constitution. In spite of the sanctioning content of administrative improbity action, the criminal principles extracted from the right of liberty are not applied absolutely in the administrative improbity action. In this context, the fundamental procedural right to presumption of non-fault, logical consequence of the right of liberty, from wich derives the procedural rule of the evidence that impose to the plaintiff of the administrative improbity action the burden of proof of the administrative improbity act, may have suffer appropriate, necessary and proportional restrictions, based on the principle of proportionality. The dynamics distribution of the burden of proof, authorized by the article 373, § 1º, of CPC, is a mecanism to maximization the rights in conflict, in the process, and for that, its aplication on the administrative improbity action is constitutionally compatible, besides being a important device to defense of public patrimony, in a scenery of institutionalized corruption

Keywords: Administrative improbity action. Burden of proof. Dynamics distribution. Principle of proportionality.

Sumário: Introdução. 1. Uma necessária incursão no princípio da proporcionalidade como fundamento para a ponderação de bens. 2. O conflito de interesses subjacente à ação de improbidade administrativa. 3. A distribuição do ônus da prova como concretização do direito à tutela jurisdicional. 4. A distribuição do ônus da prova no processo de improbidade administrativa. 5. Algumas considerações sobre o artigo 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429/92. 6. Ainda sobre a presunção de dano do artigo 10, inciso VIII, da Lei 8.429/92 e seus reflexos na distribuição do ônus da prova. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Muito tem se discutido sobre a possibilidade de “inversão do ônus da prova” no âmbito da ação por improbidade administrativa.

As primeiras posições favoráveis a esse entendimento basearam-se na possibilidade de aplicação do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, a partir do microssistema de tutela coletiva. Posteriormente, com o advento do novo Código de Processo Civil (CPC), que em seu artigo 373 previu, expressamente, a distribuição dinâmica do ônus da prova, novo fôlego conquistou a tese da possibilidade de sua aplicação às ações de improbidade administrativa.

Eis o que estabelece o artigo 373 do CPC de 2015:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor

§ 1º. Nos casos previstos em lei ou diante das peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar a parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, instado a se manifestar sobre a questão, no final do ano de 2017, pronunciou-se sobre a impossibilidade de inversão do ônus da prova no âmbito da ação de improbidade administrativa. Segundo o Tribunal da Cidadania, diante da gravidade das sanções a serem aplicadas no processo por improbidade administrativa, deve prevalecer o princípio da presunção de inocência, o que impõe ao Ministério Público o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito, qual seja a prática efetiva do ato de improbidade administrativa, nos termos do que estabelece o artigo 333² do CPC. Eis excerto do voto do relator:

[...] Muito embora espoquem pela doutrina alguns arroubos a

² A referência é ao Código de Processo Civil de 1973. Entretanto a disposição foi reproduzida no artigo 373, § 1º, do CPC/2015.

proclamar a possibilidade de inversão do ônus da prova em ações relativas a improbidade administrativa, por se tratarem de ações coletivas, sujeitas a expansão do sistema do CDC, a mim não restam dúvidas que, inclusive em virtude das penalidades de mencionadas ações, tendentes a imposição de severas consequências aos demandados, deve prevalecer o princípio constitucional da presunção de inocência (Art. 5º, LVII da CF), e, de consequência, ser o ônus da prova distribuído nos moldes do artigo 333 do C.P.C., ou seja, cumprindo ao autor a demonstração do fato constitutivo de seu direito, no caso, a efetiva prática de ato de improbidade administrativa por parte do demandado (STJ, REsp 1.640.227/GO, Rel. Min. Og Fernandes, j. 20/11/2017).

Referida posição tem como pano de fundo o entendimento consagrado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a partir do que estabelece o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal³, de que a ação de improbidade administrativa, em razão de seu caráter sancionatório, tem natureza mista, razão por que a ela são aplicáveis as regras processuais civis com observância dos princípios penais (REsp 721.190/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 696; REsp 761.972/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27/03/2007, DJ 03/05/2007, p. 219).

A partir desse entendimento, e de uma suposta prevalência do princípio da inocência sobre o direito à prova, consectário lógico do direito de ação, do devido processo legal e do direito à tutela jurisdicional justa, tem-se afastado a possibilidade de aplicação, no âmbito do processo por improbidade administrativa, do disposto no artigo 373, § 1º, do CPC, que autoriza a distribuição dinâmica do ônus da prova, ou como alguns preferem nominar “inversão do ônus da prova”.

Entretanto, conforme se verá, tal posição desconsidera o conflito de interesses subjacente à ação de improbidade administrativa e, negando aplicação ao princípio da proporcionalidade, recusa uma eficácia ótima aos direitos fundamentais e a bens constitucionalmente protegidos, em rota de colisão.

³ Art. 37. [...] § 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.

Eis o que se pretende discutir no presente artigo: à luz do princípio da proporcionalidade e do conflito de interesses subjacente ao processo por improbidade administrativa, a abrangência e os limites da aplicação dos princípios penais na ação de improbidade administrativa, a fim de demonstrar a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova na referida ação, com base no que estabelece o artigo 373, § 1º, do CPC.

1. UMA NECESSÁRIA INCURSÃO NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO PARA A PONDERAÇÃO DE BENS

Do ponto de vista fenomenológico-existencial, a existência humana caracteriza-se pela coexistência. Não é possível conceber a existência humana senão inserida no âmbito de um processo histórico-social. Se os homens coexistem, também os direitos coexistem, codeterminam-se e se colimitam⁴, razão por que é possível afirmar que os limites aos direitos fundamentais decorrem da sociabilidade humana.

Do ponto de vista dogmático-constitucional, os direitos fundamentais são, também, relativos e limitáveis, porquanto constitucionalizados. A limitação aos direitos fundamentais, pois, decorre da própria positivação dos direitos em uma ordem constitucional, a qual, além de não atribuir ao arbítrio do titular a determinação do âmbito e do grau de satisfação do direito, liga-os a uma ideia de responsabilidade social e integra-os ao conjunto de valores comunitários. Segundo Miranda⁵, as limitações reconduzem-se “1º) à conjugação dos direitos, liberdades e garantias entre si e com outros direitos fundamentais e 2º) à conjugação com princípios objetivos, institutos, interesses ou valores constitucionais de outra natureza”.

Foi, portanto, a partir da inserção, nos textos constitucionais, de direitos universais, ou seja, garantidos em igualdade de condições a todos os integrantes da sociedade, heterogêneos, por traduzirem pretensões diversas, muitas vezes incompatíveis entre si, por meio de normas principiológicas e da necessidade de resolver casos de tensão entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente

⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, t. IV: direitos fundamentais.

protegidos que se desenvolveu a ideia de ponderação e, com ela, o princípio da proporcionalidade.

Falar em ponderação de bens pressupõe, necessariamente, a verificação de uma colisão entre bens ou direitos constitucionalmente protegidos. Segundo Canotilho⁶, as colisões podem ser autênticas, também denominadas próprias, ou inautênticas, também denominadas impróprias:

[...] considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. [...] A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos.

Steinmetz⁷, partindo da conceituação de Alexy, sobre colisão de direitos fundamentais em sentido estrito (que se manifesta entre direitos fundamentais) e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo (que se manifesta entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos), conclui cuidar-se de um mesmo fenômeno: colisão de direitos fundamentais.

Com razão o autor, pois bens constitucionalmente protegidos que, em rota de colisão com direitos fundamentais, estão sujeitos à ponderação, são aqueles que, direta ou indiretamente, concretizam a dignidade da pessoa humana, valor esse que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente.

Evidenciada uma situação real de colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, a ponderação exsurge como técnica de otimização dos direitos constitucionais, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas.

A noção de ponderação, segundo Canotilho⁸, baseia-se na inexistência de uma hierarquia abstrata de bens constitucionais, o que exige uma norma de decisão que

⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

considere as circunstâncias do caso, bem como na natureza principal das normas que conferem direitos fundamentais, que as caracterizam como mandados de otimização, a serem realizados dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

Nessa linha de intelecção, é importante pontuar que as restrições a direitos fundamentais que se fazem por meio da ponderação de bens, em aplicação do princípio da proporcionalidade, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o meio utilizado deve ser racional, não excessivo, não arbitrário e proporcional ao fim almejado.

Conforme adverte Canotilho⁹, o princípio exige que na relação meio-fim haja uma reciprocidade razoável, racional: “[...] meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”.

A partir daquilo que Alexy¹⁰ denomina “lei de colisão” é possível perquirir qual dos direitos constitucionais em rota de colisão precede ao outro, é dizer, tem maior peso, no caso concreto. Estabelecida a precedência do direito no caso concreto e verificada a legitimidade constitucional do fim que se pretende alcançar, as máximas da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) estabelecerão os limites de otimização dos direitos contrapostos.

A máxima da adequação impõe que a restrição a um dos direitos constitucionais em colisão seja apta à realização do direito contraposto. O subprincípio da necessidade impõe a análise da imprescindibilidade do meio adequado para a realização do direito contraposto. Já a proporcionalidade em sentido estrito consubstancia a ponderação propriamente dita e impõe uma relação de reciprocidade entre a restrição imposta e o fim alcançado. A restrição imposta deve guardar uma relação de proporcionalidade com a realização do direito contraposto. Quanto maior a restrição, maior deve ser o grau de realização do direito em colisão.

A restrição resultará ilegítima e, portanto, não fundamentada do ponto de vista constitucional, se o conteúdo essencial do direito fundamental for afetado.

Para os adeptos das teorias relativas, o conteúdo essencial do direito

⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

fundamental é afetado sempre que não houver, a partir das máximas da proporcionalidade, motivo ou justificação suficiente para a limitação ou quando o direito fundamental deixar de ter eficácia na vida social¹¹. O conteúdo essencial não é fixado de uma vez por todas, mas no caso concreto, e se refere àquela parte do direito atingido pelo limite desproporcional.

Segundo as teorias absolutas, os direitos fundamentais têm sempre um núcleo duro, que exclui por completo a ingerência dos poderes públicos e que não pode ser afetado, ainda que se persiga um fim legítimo e mesmo que a restrição seja adequada, necessária e proporcional, o que, para alguns, identificar-se-ia com a dignidade humana.

Se é certo que, em alguns casos, a identificação do núcleo intangível revela-se fácil tarefa, outros haverá em que esse limite não resultará tão claro. Por essa razão, para os fins da presente explanação, adere-se ao entendimento de que ilegítima será a restrição, por afetar o núcleo essencial do direito fundamental, sempre que for desproporcional ou retirar a sua eficácia na vida social.

2. O CONFLITO DE INTERESSES SUBJACENTE NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A discussão acerca dos limites de aplicação dos princípios penais na ação de improbidade administrativa, ante o seu caráter sancionatório, perpassa, necessariamente, por uma breve análise do conflito penal e dos discursos legitimantes do exercício do poder punitivo, na esfera penal.

Esse delineamento revela-se importante, porquanto é a partir dele que se poderá vislumbrar semelhanças e dessemelhanças no conflito subjacente ao processo penal e no conflito subjacente ao processo por improbidade administrativa, para, na sequência, aferir até que ponto as restrições, especialmente dos direitos fundamentais que se expressam por meio dos princípios penais, são legítimas no processo por improbidade administrativa.

A partir do momento em que o Estado confiscou o conflito penal da vítima, por

¹¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998. Tradução da 20a. edição alemã.

volta do século XIII, e assumiu o exercício do poder de punir, necessário foi desenvolver um discurso justificador da legitimação do Estado para impor a sanção em razão do crime. O discurso de defesa social surgiu, inicialmente, baseado na ideia de sociedade como organismo e da superioridade dos inquisidores e sua imunidade ao mal¹². Com a Revolução Industrial, quando a ideologia de justificação da sociedade passou a ser elaborada a partir da ideia de contrato social, o discurso de defesa social foi retomado: o direito de defesa, a partir do momento em que cada homem o transfere para a sociedade pelo contrato, torna-se irrenunciável por esta. O dano causado pelo infrator gera uma obrigação não só para com a vítima, mas para com a sociedade, que tem o dever de castigá-lo.

Com base na premissa da defesa social, foram desenvolvidos os discursos jurídico-penais que se encontram na base do sistema penal brasileiro e sustentam a concepção de que o conflito que se estabelece em razão do crime é entre o direito de liberdade do agressor e a segurança da sociedade, ofendida com a conduta delituosa. Esses discursos, na atualidade, assumiram o enfoque da “segurança pública”, “segurança cidadã” ou “segurança urbana”.

É dizer: a compressão ao direito de liberdade do infrator justificar-se-ia para a realização do direito contraposto: a segurança social.

Entretanto, a operatividade real do sistema penal (sua seletividade, violência, degradação a que submete o indivíduo) em conjunto com a incapacidade da pena de cumprir os fins propostos (prevenção geral negativa, pela dissuasão da prática delitiva no corpo social, prevenção geral positiva, pelo incentivo a adesão do grupo ao cumprimento das leis e prevenção especial, pela ressocialização) pôs em discussão a ilegitimidade das compressões decorrentes da aplicação do princípio da proporcionalidade na seara penal.

O princípio da proporcionalidade, segundo Santos¹³, sem dúvida, integra o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, uma vez que a ideia de proporcionalidade é inerente a qualquer conceito jurídico possível de poder em um Estado Democrático de Direito.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, vol. I.

¹³ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

De fato, conforme sustentou-se no item anterior, num sistema de direitos fundamentais, a compressão de um direito fundamental em rota de colisão com outro ou com bens constitucionalmente protegidos somente se justifica à medida que possibilita a maximização do direito contraposto, sem que essa compressão atinja o núcleo essencial do direito. Se houver desproporção entre a restrição imposta e a realização do direito ou ainda se a restrição for tal que afaste por completo a eficácia social do direito, atingido estará o núcleo essencial e ilegítima também resultará a compressão¹⁴.

Em um sistema penal em que a pena privativa de liberdade assume protagonismo e em que a operatividade desse sistema revela-se extremamente degradante, a compressão do direito de liberdade que se dá com a aplicação da pena atinge o núcleo essencial do direito. Isso porque, além de a sanção privativa de liberdade retirar toda e qualquer capacidade de autodeterminação do indivíduo, submete-o a toda forma de degradação, diante da operatividade real do sistema, sem que se realize, com um mínimo de eficácia, o direito contraposto, qual seja a segurança pública.

E foi a partir dessa constatação que os tribunais pátrios conferiram aos princípios penais um peso quase que absoluto no processo penal, apesar de não existirem, no sistema constitucional brasileiro, direitos absolutos.

Diversa é a situação no âmbito do conflito que se insere na seara da improbidade administrativa. Nesse âmbito, o conflito de interesses que se instaura é entre o direito de liberdade, em sentido amplo, do agente ímprobo e o patrimônio público. Não um patrimônio qualquer, mas um patrimônio material e moral, vinculado à realização de uma gama de direitos fundamentais e cuja proteção foi delineada constitucionalmente.

No âmbito desse conflito, restrições ao direito de liberdade em sentido amplo do agente ímprobo podem, no caso concreto, levar à realização do direito contraposto, qual seja a defesa do patrimônio público. As restrições que se efetivam ao direito de liberdade, em decorrência da aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa são, pois, aptas à realização do direito contraposto na mesma ou em

¹⁴ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

superior medida da restrição imposta.

Isso porque, como já pontuado, além de a liberdade não ser um direito absoluto no sistema de direitos fundamentais¹⁵, como nenhum outro direito o é, os direitos de liberdade que são restringidos com a aplicação das sanções por improbidade são manifestações em 2º grau da dignidade¹⁶, e sua compressão tem aptidão para realizar o direito contraposto. Exemplifica-se: no momento em que se impede o agente público de exercer cargo público, seja pela perda do cargo ou pela suspensão dos direitos políticos, ou de contratar com o poder público, faz-se cessar a conduta ilegal sem atingir o núcleo essencial do direito de liberdade, porquanto remanesce com ele a capacidade de autodeterminação, de participação na vida social, de exercício da mesma ou de outras atividades em âmbito privado. No momento em que se obtém o ressarcimento ao erário, possibilita-se a realização dos direitos fundamentais vinculados ao patrimônio público.

Assim, o estabelecimento de uma precedência absoluta do direito de liberdade e dos princípios penais que o concretizam, no âmbito do processo por improbidade administrativa, além de ir de encontro ao sistema de direitos fundamentais, compromete a eficácia normativa das normas constitucionais, razão por que não encontra amparo constitucional.

3. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL

A Constituição Federal de 1988 consagra, como garantia fundamental, o

¹⁵ Em el caso de los principios absolutos, se trata de principios sumamente fuertes, es decir, de principios que, en ningún caso, pueden ser desplazados por otros. Si existen principios absolutos, hay que modificar la definición del concepto de principio, pues el hecho de que exista un principio que, en caso de colisión, tiene que preceder a todos los otros principios, es decir también a aquél que dice que las reglas estatuidas tienen que ser obedecidas, significa que su realización no conoce límites jurídicos. (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002)

¹⁶ Sarlet fala da necessidade de reconhecer graus de vinculação dos direitos fundamentais com o princípio da dignidade da pessoa humana, invocando lição de Vieira de Andrade, para quem 'alguns direitos fundamentais constituem explicitações de 1º grau da ideia de dignidade da pessoa humana (vida, liberdade física e de consciência etc.), ao passo que outros se revelam apenas uma decorrência desses direitos básicos, completando-os como explicitações de 2º grau, de acordo com as circunstâncias sociais, econômicas, políticas, ideológicas concretas de cada ordem constitucional', (ANDRADE apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001).

acesso à Justiça, em seu artigo 5º, inciso XXXV, nos seguintes termos:

Art. 5º. [...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito;

[...].

A referida disposição constitucional, porquanto inserta no catálogo de direitos fundamentais, confere um direito a tutela jurisdicional em seu sentido formal e material.

Em sua acepção formal, a garantia abrange o acesso ao Poder Judiciário e todos os mecanismos para o referido acesso. Do ponto de vista material, a garantia constitucional à tutela jurisdicional traduz o direito fundamental à tutela jurisdicional justa e de todos os mecanismos para a obtenção dessa tutela¹⁷.

O processo exsurge, assim, como instrumento para a efetivação da garantia constitucional à tutela jurisdicional em seu sentido material que, em última análise, reconduz-se à garantia de efetividade dos direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos. No âmbito de um sistema de direitos fundamentais, o processo tem a função de maximizar os interesses em conflito e propiciar, assim, uma eficácia ótima a referidos direitos, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, razão por que deve ser orientado, em seu desenrolar, pelo princípio da proporcionalidade.

A existência de um real conflito de interesses subjacente ao processo por improbidade administrativa erige-o ao *locus* constitucionalmente adequado para a “solução” do conflito.

Nesse contexto, o direito à prova, como consectário lógico do direito de ação, do direito à ampla defesa e ao contraditório, assume especial importância na obtenção da tutela jurisdicional em seu sentido material e à efetivação dos direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos em rota de colisão.

As regras de distribuição do ônus da prova estabelecidas pelo legislador consubstanciam, assim, ponderações realizadas, pelo legislador, de princípios e bens constitucionalmente protegidos, que se busca realizar por meio do processo, como instrumento de efetivação do direito à tutela jurisdicional, em seu sentido material.

No âmbito da legislação ordinária várias são as disposições processuais que,

¹⁷ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Jus Podivm, 10. ed., 2015, Vol. 2.

a partir de ponderações de interesses, objetivam dar concretude ao direito a tutela jurisdicional e, em consequência, aos direitos fundamentais em rota de colisão.

É o que se extrai do artigo 373 do CPC:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º-Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º-A decisão prevista no § 1º-deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

A distribuição do ônus da prova feita pelo legislador ordinário no artigo 373 do CPC almeja, à luz do direito à igualdade, que se irradia para o processo, a partir de uma ponderação, atribuir de modo isonômico o ônus probatório às partes litigantes no processo, concretizando assim a igualdade processual necessária à efetividade dos direitos fundamentais em rota de colisão, cuja otimização se dá pelo processo.

Entretanto, o próprio legislador, nos §§ 1º e 2º do artigo 373 do CPC, em razão da complexidade das relações sociais, autorizou o julgador a, nas circunstâncias expressamente definidas em lei, distribuir de modo diverso o ônus da prova, também a partir de uma ponderação de interesses e com o objetivo de garantir a igualdade processual e a máxima efetividade dos direitos fundamentais em conflito, diante de situações concretas que, de alguma forma, comprometam a isonomia processual e, em consequência, a máxima efetividade do direito à tutela jurisdicional e os direitos fundamentais que por meio desta se concretizam.

Essa possibilidade não é nova no direito brasileiro. No âmbito da relação consumerista, onde primeiro se manifestou a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, o legislador ordinário, atento às peculiaridades dos direitos em

conflito, bem como à hipossuficiência do consumidor, estabeleceu:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...];

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;

[...].

Outras disposições específicas, também baseadas em ponderações de interesses, são estabelecidas pelo legislador com o objetivo de maximizar o direito à tutela jurisdicional, em seu sentido material, e os direitos fundamentais que, no processo, se encontram em colisão.

É o que se verifica pelo disposto no artigo 17, § 6º, da Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa – ao estabelecer:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

[...];

§6º. **A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas**, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

Diferentemente do regramento estabelecido na legislação processual civil, exigiu o legislador, na ação de improbidade administrativa, que seja ela exercitada com “indícios suficientes da existência do ato de improbidade administrativa” ou “com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas”.

A imposição desse ônus ao autor da ação – Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada – consubstancia, de igual forma, uma ponderação de interesses, feita pelo legislador, diante do ônus decorrente do processo por improbidade administrativa e da possibilidade de ações infundadas e objetiva preservar, neste momento da relação processual, o direito de liberdade do cidadão contra o arbítrio

estatal.

Diante desse quadro normativo, tem-se que, no âmbito da ação por improbidade administrativa, são aplicáveis as regras de distribuição do ônus da prova, inclusive a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, as quais atendem ao princípio constitucional da isonomia, que se irradia para o processo, e à maximização do direito fundamental à tutela jurisdicional que, em última análise, volta-se à concretização dos direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos em rota de colisão – o direito de liberdade e o patrimônio público –, com observância de normas específicas, estabelecidas na Lei nº 8.429/92.

4. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como já foi dito anteriormente, não existem, no sistema de direitos fundamentais, direitos absolutos, porquanto isso contraria a própria lógica do sistema. Nessa perspectiva, o direito de liberdade, em sentido amplo, e todos os seus consectários, em especial o direito fundamental à presunção de não culpa, que se põem em rota de colisão com o patrimônio público no processo por improbidade administrativa, podem, a partir de ponderações legítimas, sofrer compressões na relação processual, a fim de maximizar o direito contraposto, qual seja a defesa do patrimônio público, sem que tal compressão, em razão mesmo de sua legitimidade, atinja o conteúdo essencial do direito fundamental de liberdade.

Isso porque, conforme já exposto, a existência de um real conflito de interesses, no âmbito do processo por improbidade administrativa, legitima as compressões que se fizerem aptas, adequadas e necessárias à maximização dos direitos e bens constitucionalmente protegidos em conflito, ainda que o direito sujeito à compressão seja o direito de liberdade.

Dessa forma, a conclusão do Tribunal da Cidadania sobre a impossibilidade de “inversão do ônus da prova” na ação por improbidade administrativa pela necessidade de prevalência do princípio da inocência esbarra na eficácia ótima do sistema de direitos fundamentais.

Importante rememorar que, apesar da confusão terminológica para a

designação do princípio inscrito no artigo 5º, inciso LVII, da CF – princípio da inocência ou princípio da não culpa – certo é que a referida garantia constitucional, no sistema constitucional brasileiro, não confere a todos os cidadãos uma condição de inocência. Isso porque, conforme afirma Zakia¹⁸,

[...] há uma diferença fundamental, reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio, entre o postulado de presunção de inocência e de presunção de não culpa. Enquanto o primeiro pressupõe que todos são inocentes, portanto, um estado positivo idealizado pelo Estado de forma arbitrária, pois inexistem elementos racionais para construção de tal pressuposto, ou seja, um dogma ou axioma; o segundo, pressupõe um juízo neutro, um pressuposto racional e lógico que se justifica porque inexistem elementos quaisquer para se concluir pela inocência ou pela culpa de alguém. Sob ambos os postulados, o acusado será absolvido em caso de não restar formada a culpa no bojo do devido processo legal, fato que, no entanto, não autoriza equiparar as duas situações, pois elas guardam entre si, suas diferenças que, por sua vez, irradiam diferentes consequências.

Ainda segundo a autora¹⁹,

[...] o direito fundamental da presunção de não culpa, tal como posto pela norma constitucional pátria, encerra em favor de qualquer pessoa sob persecução penal, o reconhecimento de uma verdade provisória: de que não é culpado, com caráter probatório que repele juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha, no caso da Constituição Federal Brasileira, o trânsito em julgado da condenação penal.

Dessa forma, a garantia constitucional de presunção de não culpa, inscrita no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, não confere um estado de inocência ao cidadão, mas um estado processual inicial de neutralidade e encerra um direito de dimensão processual, de âmbito negativo, que se concretiza por meio da regra processual probatória, que impõe, ao órgão acusador, o ônus da prova do fato ilícito

¹⁸ ZAKIA, Maria Lúcia Perez Ferres. O ato de enriquecimento ilícito do servidor público (art. 9º, inciso VII, da Lei 8.429/92) à luz do direito fundamental de presunção de não culpa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública* – RBEFP. Belo Horizonte, ano 5, n. 14, p. 141-172, maio/ago. 2016.

¹⁹ ZAKIA, Maria Lúcia Perez Ferres. O ato de enriquecimento ilícito do servidor público (art. 9º, inciso VII, da Lei 8.429/92) à luz do direito fundamental de presunção de não culpa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública* – RBEFP. Belo Horizonte, ano 5, n. 14, p. 141-172, maio/ago. 2016.

definido pelo legislador e não ao réu a prova da inocência, e por uma regra de julgamento, consubstanciada nas consequências advindas do descumprimento do ônus probatório.

Esse direito de dimensão processual, como os demais direitos inseridos no catálogo de direitos fundamentais, não é absoluto e deve conviver com outros direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, razão por que está sujeito, diante das colisões inevitáveis do sistema, a ponderações que, no processo por improbidade administrativa concretizam-se, inclusive, pela distribuição dinâmica do ônus da prova.

Nessa perspectiva, a distribuição dinâmica do ônus da prova autorizada pelo artigo 373, § 1º, do CPC constitui mecanismo de maximização dos direitos contrapostos na ação de improbidade administrativa, quais sejam o direito de liberdade com todos os seus consectários lógicos e a defesa do patrimônio público.

Partindo dessas premissas, propõem-se algumas balizas para a distribuição dinâmica do ônus da prova na ação por improbidade administrativa.

Em primeiro, o estabelecimento de um ônus “qualificado” ao autor, para o exercício da ação, conforme disposto no artigo 17, § 6º, da Lei nº 8.429/92, por meio da necessidade de apresentação de indícios suficientes da existência do ato de improbidade administrativa, atende à necessidade de garantia mínima do direito de liberdade do investigado contra o arbítrio estatal, de forma que não se revela legítimo o afastamento dessa garantia, pelo magistrado, em ponderações de interesses, afastando esse dever do Ministério Público e da pessoa jurídica interessada, para atribuí-lo ao investigado, fora da hipótese delineada pelo próprio legislador (impossibilidade de apresentação das provas, devidamente justificada). A inversão do ônus de apresentar o arcabouço “suficiente” para a deflagração da ação de improbidade administrativa (mediante prova do fato ou do fato contrário), por ser desproporcional, não pode ser objeto de “ponderações”.

A exigência de exercício da ação com elementos suficientes da prática do ato de improbidade administrativa reduz o campo de possibilidade de inversão do ônus da prova no processo por improbidade administrativa, de forma que será aplicado na produção de elementos que “corroboem” os elementos já apresentados pelo autor, na busca da certeza necessária à decisão de procedência.

Ainda, somente será possível a inversão do ônus probatório naqueles casos em que for extremamente difícil ou impossível a produção da prova pelo autor (prova diabólica) e for ela possível de ser realizada pelo investigado (artigo 373, 1º, primeira parte) e não em situação em que seja mais cômoda a produção da prova pelo réu (artigo 373, 2ª parte). Ademais, deve ela ter aptidão de esclarecer fatos e proporcionar a certeza necessária. A compressão da garantia do direito à presunção de não culpa e do direito de não produzir prova contra si mesmo, que decorrem do direito de liberdade, deve ser apta a realizar o direito contraposto.

A desincumbência do ônus pode ocorrer pela produção da prova do fato probando ou do fato contrário.

Também não deve ser admitida a inversão do ônus da prova se houver possibilidade de reflexos da prova no campo penal, diante do que se disse em linhas pretéritas sobre o conflito penal. Essa conclusão poderá ser revisitada à medida que o processo penal assumira uma feição mais restaurativa e menos punitiva, como de fato já vem ocorrendo, com a introdução, na seara penal, de instrumentos consensuais para a resolução dos conflitos.

A propósito, o Fórum Permanente de Processualistas Civis, em seu Enunciado 51, propõe a seguinte interpretação ao artigo 378 e 379 do CPC: “(art. 378 e art. 379) A compatibilização do disposto nestes dispositivos com o art. 5º, LXIII, da CF/1988 (direito ao silêncio), assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si em razão de reflexos no ambiente penal” (*Grupo: Direito Probatório*).

De outro lado, considerando a natureza eminentemente cível da reparação do dano (relembre-se que na ação de improbidade administrativa há uma cumulação de pedidos – ressarcitório e sancionatório)²⁰, é possível a inversão do ônus da prova relativamente a aspectos que não digam respeito à conduta ilícita em si, mas exclusivamente à reparação do dano (*exempli gratia* o *quantum* da reparação), quando esse pedido for cumulado com aplicação e sanções.

²⁰ Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o ressarcimento ao erário não é pena, assim compreendida a retribuição pelo ilícito perpetrado, mas consequência imediata e necessária de reparação do ato ímprobo, razão pela qual não pode figurar isoladamente como penalidade. Nesse sentido: AgRg no AREsp 173.860/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04/02/2016, DJe 18/05/2016; STJ, REsp 1.184.897/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 27/4/2011; REsp 1315528/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/08/2012, DJe 09/05/2013 AgRg no Agravo em Recurso Especial 606.352-SP, Relatora Ministra Assusete Magalhães, 2ª Turma, julgado 15/12/2015).

Acrescente-se que, na hipótese de a ação de improbidade administrativa ser exercitada exclusivamente para a reparação do dano ao erário, possível será a inversão sem as limitações até agora apontadas, em razão da natureza exclusivamente cível e patrimonial da ação.

Diante do restrito campo de incidência probatória em que pode recair a inversão do ônus (elementos probatórios que vão corroborar os elementos já produzidos pelo autor com o exercício da ação), mas necessários à busca da certeza indispensável à decisão de procedência, a não desincumbência do ônus pelo réu poderá servir como regra de julgamento²¹ para corroborar aquilo que já foi produzido. Ressalta-se que essa “regra de julgamento” somente poderá incidir diante da possibilidade da produção da prova pelo réu e de sua não produção.

Se a prova também não puder ser produzida pelo réu (situação de inesclarecibilidade²²) em razão de sua própria conduta, essa circunstância incidirá como regra de julgamento para corroborar os elementos produzidos pelo autor, com o exercício da ação. É o que ocorre naquelas situações em que o agente público, que detém os controles da Administração, forja situações ou burla os controles para maquiar o ilícito. A adoção de uma regra de julgamento, em desfavor do réu, nessas circunstâncias, além de atender ao ideal de justiça, privilegia a boa-fé processual e poderá contribuir para coibir a inviabilização da prova, por agentes públicos, no âmbito da Administração Pública.

A distribuição dinâmica do ônus da prova, ou como preferem alguns a “inversão

²¹ Segundo Didier, as regras de distribuição do ônus da prova têm duas dimensões: subjetiva e objetiva. Na sua dimensão subjetiva, as regras de distribuição do ônus da prova têm a função de dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato (regra processual). Na sua dimensão objetiva, as regras de distribuição do ônus da prova têm a função de indicar qual das partes deverá suportar as consequências negativas advindas da ausência da prova. Segundo o autor, nessa dimensão, as regras de distribuição do ônus da prova constituem uma “regra de julgamento” dirigida ao juiz, na solução do caso, diante da ausência da prova, uma vez que lhe é vedado o *non liquet*. (DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Jus Podivm, 10. ed., 2015, Vol. 2).

²² Didier, invocando lição de Marinoni, identifica a situação de inesclarecibilidade com a impossibilidade de produção da prova para ambas as partes. Nessa situação, propõe o autor que aquele que assumiu o risco da inesclarecibilidade, ainda que originariamente a ele não coubesse o ônus probatório, deve arcar com o risco da impossibilidade da produção da prova, observado, o contraditório. (DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Jus Podivm, 10. ed., 2015, Vol. 2).

do ônus da prova”, com os limites acima propostos compatibiliza-se com a relatividade ínsita a todos os direitos fundamentais, inclusive o princípio da presunção de não culpa (ou o princípio da presunção de inocência, como impropriamente nominam alguns), uma vez que a Constituição Federal não garante, por meio do artigo 5º, inciso LVII, um estado de inocência aos cidadãos, mas uma situação inicial de neutralidade²³, que afasta a atribuição do ônus da prova quanto à sua inocência. Da mesma forma que os demais direitos insertos no catálogo de direitos fundamentais, também o princípio da presunção de não culpa, quando em rota de colisão com outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos está sujeito a ponderações, a partir do princípio da proporcionalidade. A restrição a referido direito decorrente da inversão do ônus autorizada pelo legislador no artigo 373, § 1º, do CPC é resultado de ponderações de interesses fundadas nas máximas da proporcionalidade.

Importante ressaltar que o reconhecimento da culpa dar-se-á com a decisão final, fundada em elementos suficientes a conferir a certeza necessária para a condenação. Se mesmo diante da aplicação das regras de julgamento acima indicadas (decorrente do não cumprimento do ônus) não for alcançada a certeza necessária, o julgamento de improcedência impor-se-á.

Se o princípio da presunção de não culpa assumiu, ao longo dos anos, uma feição absoluta no processo penal²⁴, a impedir, nesse âmbito, a inversão do ônus da prova, isso se deu não por uma natureza absoluta do direito, incompatível, como já enfatizado, com o sistema de direitos fundamentais, mas pela ausência de um real conflito de interesses e por uma inaptidão do processo penal, diante de sua feição pouco restaurativa, de “solucionar”, a partir de uma legítima ponderação de interesses, fundada no princípio da proporcionalidade, o conflito subjacente, o que não ocorre no processo por improbidade administrativa, conforme sustentou-se ao longo do presente estudo.

Alfim, a distribuição dinâmica do ônus da prova na ação de improbidade

²³ ZAKIA, Maria Lúcia Perez Ferres. O ato de enriquecimento ilícito do servidor público (art. 9º, inciso VII, da Lei 8.429/92) à luz do direito fundamental de presunção de não culpa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*. Belo Horizonte, ano 5, n. 14, p. 141-172, maio/ago. 2016.

²⁴ Esse entendimento, entretanto, foi revisitado pelo STF no julgamento do HC 126.292/SP, quando, ao decidir pela possibilidade de execução da pena após a decisão de 2ª instância, admitiu-se a possibilidade de restrição gradual do princípio da presunção de não culpa à medida que as instâncias evoluem.

administrativa somente se legitima à medida que alcançar o equilíbrio entre o direito de liberdade do réu contra o arbítrio estatal e a defesa do patrimônio público, vilipendiado em razão da conduta ímproba. As compressões ao direito individual somente se justificarão à medida que houver efetiva possibilidade de realização do direito contraposto – a defesa do patrimônio público.

5. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARTIGO 9º, INCISO VII, DA LEI Nº 8.429/92

A Lei nº 8.429/92 estabelece em seu artigo 9º, inciso VII:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...];

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

[...].

Muito discute-se, em doutrina e jurisprudência, se o artigo 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429/92 encerra uma presunção legal de improbidade administrativa e se uma presunção nesse sentido tem compatibilidade constitucional, diante do que estabelece o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

No âmbito da ação de improbidade administrativa, a existência real de um conflito de interesses entre o direito de liberdade em sentido amplo e o patrimônio público legitima a ponderação de interesses a partir do princípio da proporcionalidade. Nessa perspectiva, os mandados de otimização de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos em rota de colisão dirigem-se também ao legislador que pode, a partir de ponderações de interesses, estabelecer uma precedência de interesses em situação de conflito. É o que ocorre com o artigo 17, § 6º, da Lei nº 8.429/92.

Como já dito alhures, quando o legislador impõe ao autor da ação de improbidade administrativa o ônus de exercitar a ação com “elementos suficientes” acerca da prática do ato de improbidade administrativa, realiza uma ponderação de interesses entre o direito de liberdade e todos os seus consectários e a defesa do patrimônio público e confere, naquele momento processual, uma precedência do direito de liberdade sobre a defesa do patrimônio público, que reflete diretamente na distribuição do ônus da prova.

Da mesma forma, quando o legislador define como ilícita a conduta do servidor público de adquirir bens incompatíveis com a renda auferida estabelece uma presunção da origem ilícita dos recursos, em juízo de ponderação, em que a defesa do patrimônio público ganha precedência, em detrimento do direito fundamental de não culpa. Em decorrência dessa ponderação, a regra processual probatória impõe ao autor da ação de improbidade administrativa o ônus de provar o fato definido como ilícito, qual seja a desproporção entre o patrimônio e a renda, em juízo provisório de culpa, que poderá ser afastado pela prova em sentido contrário, acerca da origem lícita dos bens, a ser produzida pelo réu.

Essa possibilidade de ponderação de interesses no âmbito da ação de improbidade administrativa decorre, como já sustentado, do próprio sistema de direitos fundamentais e da efetiva existência de um conflito de interesses. Entretanto, no julgamento do HC 126.292/SP, no qual se discutiram os limites e abrangência da garantia inscrita no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no âmbito penal, o Supremo Tribunal Federal, ao admitir a possibilidade de execução da pena após decisão da 2ª instância, cristalizou o entendimento acerca da possibilidade de restrição gradual do direito à presunção de não culpa, por meio de uma progressiva demonstração de culpa não só a medida que as instâncias evoluem, como um tratamento diferenciado para o acusado (com maior ou menor presunção de não culpa), efetivado pelo próprio legislador no bojo da legislação ordinária, para os casos que registrem uma conjuntura de elementos que indiquem maiores indícios contra o acusado, ou seja, uma maior probabilidade de o acusado ter cometido o ilícito.

Isso não é novidade no direito processual penal. Conforme bem apontado por Zazia²⁵, quando o legislador atribui, no artigo 156 do CPP, o ônus da prova ao réu

²⁵ ZAKIA, Maria Lúcia Perez Ferres. O ato de enriquecimento ilícito do servidor público (art. 9º, inciso

quanto às causas excludentes da ilicitude, previstas no artigo 23 do Código Penal, concretiza, a partir de uma ponderação de interesses, a restrição do direito fundamental processual de presunção de não culpa, em razão de um juízo provisório de culpa, formado pela conjuntura de indícios existentes. A prova da autoria e da materialidade do fato produzida pelo Ministério Público no processo penal, por consubstanciar maiores indícios de que o réu cometeu o ilícito, reduz o campo de aplicação da garantia fundamental da não culpa e transfere, por determinação legislativa, o ônus da prova acerca da excludente da ilicitude ao acusado.

A compatibilidade de restrições graduais do direito fundamental a presunção de não culpa foi reconhecida também pelo Supremo Tribunal Federal, quando, declarando a constitucionalidade da LC nº 135/2010 – Lei da Ficha Limpa – admitiu a inelegibilidade a partir da decisão condenatória penal ou no âmbito da improbidade administrativa proferida pela 2ª instância.

É dizer: admite-se, mesmo no âmbito penal, a possibilidade de restrição gradual do direito fundamental à presunção de não culpa, a partir de uma progressiva demonstração da culpa. Essa restrição gradual do direito fundamental inscrito no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal somente se compatibiliza com um direito fundamental processual à presunção de não culpa e não com um absoluto “estado de inocência” que, como sustentado, não é garantido pelo referido dispositivo constitucional.

O artigo 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429/92 traduz um juízo de ponderação do legislador, entre o direito fundamental à presunção de não culpa e a proteção do patrimônio público, a partir de conjunturas que envolvem o exercício da função pública e, em especial, a dificuldade do exercício do direito à prova pelo autor da ação de improbidade administrativa (que reflete, diretamente, no direito à tutela jurisdicional justa), que permitem reconhecer, com base em um juízo de proporcionalidade, a possibilidade de definir, como ilícita, a aquisição de bens, pelo servidor público, de forma incompatível com a renda auferida, com presunção da ilicitude da origem dos recursos, num juízo provisório de formação de culpa, passível de afastamento diante da produção de prova em sentido contrário, pelo réu.

VII, da Lei nº 8.429/92) à luz do direito fundamental de presunção de não culpa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública* – RBEFP. Belo Horizonte, ano 5, n. 14, p. 141-172, maio/ago. 2016.

Dessa presunção decorre a regra processual probatória de que ao autor da ação de improbidade administrativa compete a prova do incremento significativo ao patrimônio, de forma incompatível com a renda e, ao réu, a prova da licitude da aquisição patrimonial.

Nesse sentido tem se sedimentado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, em vários julgados, a exemplo do AgRg no AREsp 548.901/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016, tem se pronunciado no sentido de que, em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor, e ao servidor acusado o ônus da prova acerca da licitude da evolução patrimonial constatada pela Administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito.

Essa decisão legislativa, esculpida no artigo 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429/92, além de estar de acordo com o sistema de direitos fundamentais, materializa os compromissos assumidos pelo Brasil, no âmbito internacional, de adoção de medidas efetivas de combate à corrupção, por meio do Decreto nº 4.410/2002, que ratificou a Convenção Interamericana contra a Corrupção e pelo Decreto nº 5.687/2006, por meio do qual o Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Ambas as convenções impõem, aos Estados Partes, a obrigação de adotar as medidas necessárias para tipificar como delito, em sua legislação, o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda durante o exercício de suas funções sem que possa justificar, razoavelmente.

6. AINDA SOBRE A PRESUNÇÃO DE DANO DO ARTIGO 10, INCISO VIII, DA LEI Nº 8.429/92 E SEUS REFLEXOS NA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Os mesmos fundamentos que sustentam a possibilidade de uma “presunção de improbidade” a partir da presunção de elementos constitutivos do tipo de improbidade administrativa, fundada em ponderações de interesses, no âmbito legislativo (artigo 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429/92), entre o direito fundamental à presunção de não culpa e o patrimônio público, sustentam, também, a possibilidade de uma presunção de dano nos tipos de improbidade administrativa que causam dano

ao erário, delineados no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, em especial no artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92, que assim dispõe:

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 de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

[...].

Nessa perspectiva, e em total consonância com o sistema de direitos fundamentais, que não se coaduna com a existência de direitos absolutos, a presunção de dano extraída do disposto no artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92 decorre de uma ponderação de interesses, em âmbito legislativo, entre o direito fundamental à presunção de não culpa e a defesa do patrimônio público, a estabelecer, no processo por improbidade administrativa, um juízo provisório de culpa, por meio de uma regra probatória que impõe ao autor da ação de improbidade o ônus da prova da conduta ilícita, da qual, uma vez provada, decorre a presunção do dano ao erário, a ser afastado pelo réu, mediante prova da não ocorrência do dano ou da sua ocorrência em patamares diversos daqueles decorrentes da presunção.

Essa ponderação de interesses realizada pelo legislador busca o equilíbrio entre o direito fundamental à presunção de não culpa e a defesa do patrimônio público, diante do rigor probatório a que estaria sujeito o autor da ação de improbidade administrativa, em confronto com a dificuldade da produção da prova do dano causado, com a transferência, em razão da presunção legal, do ônus da prova da não ocorrência do dano ao réu.

Estabelece-se, portanto, um juízo provisório de culpa, pela prática de ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário, com a presunção do resultado, e somente deste, a partir da efetiva demonstração da conduta ilícita, resultado esse que poderá ser afastado pela demonstração da sua não ocorrência, pelo próprio réu.

Essa restrição gradual do direito fundamental à presunção de não culpa não encontra óbice no sistema de direitos fundamentais, especialmente diante da existência de um conflito real de interesses, no âmbito da ação de improbidade administrativa, a permitir ponderações de interesses, com base no princípio da proporcionalidade. Ademais, a restrição gradual incide sobre o resultado patrimonial da conduta, que, se afastado, não obstará a aplicação das sanções, por força do que estabelece o artigo 11 da Lei nº 8.429/92, razão por que não atinge o conteúdo essencial do direito fundamental.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de suas turmas, não tem entendimento consolidado acerca da questão. No âmbito da Segunda Turma, prevalece o entendimento de que o artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92 carrega uma presunção legal de dano ao erário (REsp 1280321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012; REsp 1685214/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017; REsp 1624224/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 01/03/2018, DJe 06/03/2018). De outro lado, a Primeira Turma bate na necessidade de prova do dano ao erário pelo autor da ação de improbidade administrativa (REsp 1206741/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 14/04/2015, DJe 24/04/2015; AgRg no REsp 1406949/AL, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 09/02/2017).

Ou seja: para a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça o dano não é presumido pelo legislador, o que impõe ao autor da ação de improbidade administrativa o ônus da prova quanto à sua efetiva ocorrência para a configuração do ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92. Para a Segunda Turma, o dano ao erário é presumido pelo legislador, do que decorre a regra processual probatória que impõe ao réu o ônus da não ocorrência do dano.

A divergência jurisprudencial, além de trazer insegurança jurídica, provoca sérios inconvenientes acerca da definição prévia do ônus probatório de cada uma das partes durante o trâmite processual, como pressuposto para o efetivo exercício do direito de ação, de defesa e de contraditório, a partir do delineamento inicial que é

feito pelo legislador em matéria de distribuição do ônus da prova, com base em ponderações de interesses.

Ou seja, a definição da configuração legislativa acaba sendo fixada ao fim do processo, com grande margem de indefinição, por conta dos posicionamentos diametralmente divergentes adotados pelo Superior Tribunal de Justiça, com graves prejuízos às partes que, a depender do posicionamento adotado pelo magistrado da instância singular (especialmente se divergente da decisão final), terão de arcar com as consequências da regra de julgamento (pelo não cumprimento do ônus da prova) conforme a posição final adotada, sem que tivessem tido a oportunidade de se desincumbirem do ônus da prova em momento oportuno, o que, por certo, viola flagrantemente o direito de ação, de defesa e o direito ao contraditório.

É premente, portanto, a necessidade de o Superior Tribunal de Justiça definir, com força vinculante, essa questão.

Mas ainda que se entenda que o artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92 não contém uma presunção de dano ao erário e que a ocorrência do dano e seu montante devem ser provadas pelo autor da ação de improbidade administrativa, plenamente aplicável se faz o artigo 373, § 1º, do CPC, que prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova nas hipóteses ali expressamente elencadas.

Isso porque, como já dito em linhas volvidas, o artigo 373, § 1º, do CPC contém uma autorização do legislador ao Poder Judiciário para que, no caso concreto e presentes as hipóteses legais fixadas a partir de ponderações de interesses realizadas também pelo próprio legislador, redistribua o ônus da prova de forma diversa, a fim de garantir eficácia a direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, em rota de colisão, no processo.

A experiência tem revelado que a prova do dano ao erário, no tipo de improbidade administrativa definido no artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92, constitui prova diabólica para o autor da ação de improbidade administrativa. Isso porque é praticamente impossível demonstrar que, se a licitação houvesse sido realizada ou não houvesse sido fraudada, a Administração obteria uma contratação mais vantajosa e, mais, o *quantum* dessa “vantagem”. Essa circunstância, num contexto de efetiva colisão entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, permite a restrição de direitos fundamentais na relação processual, em

especial do direito fundamental à presunção de não culpa, a partir da ponderação de interesses autorizada pelo legislador, com a redistribuição do ônus da prova, a fim de atribuir ao réu a prova do dano causado ao erário ou da sua não ocorrência.

É importante ponderar que, nessas circunstâncias, em regra a prova torna-se diabólica para o autor da ação de improbidade administrativa em razão da conduta do réu que, com consciência e vontade não observou a regra licitatória. Se em razão dessa conduta, a prova for (e em regra será) também diabólica para o réu, a situação de inesclarecibilidade deverá ser afastada pela aplicação da regra de julgamento em favor do autor da ação de improbidade, a fim de atribuir as consequências da não desincumbência do ônus ao réu, relativamente ao valor do dano suportado pelo erário, com afastamento do que estabelece o artigo 373, § 2º, do CPC, em razão da conduta do réu.

Essa solução, além de prestigiar a boa-fé processual, maximiza de forma proporcional os interesses em conflito e possibilita, num contexto de corrupção institucionalizada, uma defesa mais efetiva do patrimônio público.

CONCLUSÃO

Diferentemente do que concluiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp 1.640.227/GO, Rel. Min. Og Fernandes, julgado aos 20/11/2017, a distribuição dinâmica do ônus da prova, agora autorizada de forma geral, no âmbito das relações processuais civis, pelo artigo 373, § 1º, do CPC, no âmbito da ação de improbidade administrativa, não viola o direito fundamental à presunção de não culpa, porquanto, tal direito, no sistema constitucional brasileiro, não confere um estado de inocência aos cidadãos, mas um estado inicial de neutralidade processual que afasta a possibilidade de atribuição do ônus da prova de sua inocência ao réu.

O direito fundamental processual à presunção de não culpa, consectário que é do direito de liberdade, assim como os demais direitos fundamentais inscritos no catálogo de direitos fundamentais, não é absoluto e, quando em rota de colisão com outros direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos estão sujeitos a ponderações, baseadas no princípio da proporcionalidade, ínsito ao sistema de direitos fundamentais

No âmbito da ação de improbidade administrativa há um real conflito de interesses entre o direito de liberdade do cidadão, em sentido amplo, e a defesa do patrimônio público, o qual recebeu uma especial proteção do constituinte originário, a justificar a ponderação de interesses como mecanismo de otimização e efetividade do sistema de direitos fundamentais. Por essa razão, os princípios penais, que se irradiam do direito de liberdade, no âmbito da ação de improbidade administrativa, devem ter sua aplicação condicionada à efetividade do sistema de direitos fundamentais, razão por que, quando em rota de colisão com bens e direitos constitucionalmente protegidos, como a defesa do patrimônio público, estão sujeitos a ponderações de interesses, baseadas no princípio da proporcionalidade.

O direito à prova como consectário lógico que é do direito de ação, do direito à ampla defesa, do direito ao contraditório e, em consequência, do direito à tutela jurisdicional justa, é passível de ponderações de interesses, por decisão legislativa e, nos casos concretos, por decisão judicial, a partir dos balizamentos estabelecidos pelo legislador.

Nesse contexto, a distribuição dinâmica do ônus da prova nas ações de improbidade administrativa revela-se como mecanismo de otimização e efetividade do sistema de direitos fundamentais e, num contexto de corrupção institucionalizada, constitui ferramenta indispensável à efetiva defesa do patrimônio público.

A realidade social condiciona a interpretação constitucional e é condicionada por esta. Assim como a operatividade real do sistema penal, ao longo dos anos, condicionou a aplicação dos princípios penais no processo penal, a realidade da corrupção no Brasil, além de impor uma revisitação da aplicação desses princípios no processo penal, sempre preservando o núcleo essencial dos direitos fundamentais, condiciona a sua aplicação no âmbito da ação de improbidade administrativa, a partir do princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DIDIER JR. Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. *Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Jus Podivm, 10. ed., 2015, Vol. 2.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998. Tradução da 20a. edição alemã.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, t. IV: direitos fundamentais.
- PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do Prado. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, vol. I.
- ZAKIA, Maria Lúcia Perez Ferres. O ato de enriquecimento ilícito do servidor público (art. 9º, inciso VII, da Lei 8.429/92) à luz do direito fundamental de presunção de não culpa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*. Belo Horizonte, ano 5, n. 14, p. 141-172, mai./ago. 2016.

DA POSSIBILIDADE DE FORMALIZAÇÃO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM INVESTIGAÇÕES DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Fernando Henrique de Moraes Araújo¹

Resumo: Tema dos mais relevantes na última década envolvendo o combate à improbidade administrativa tem sido a possibilidade ou não de formalização de compromissos de ajustamento de conduta (conhecidos como termos de ajustamento de conduta). No estudo ora apresentado, a conclusão a que se chega é que houve derrogação tácita do art. 17, par. 1º, da Lei Federal nº 8.429/92 e que a possibilidade de formalização de ajustamento de conduta em tal seara garante evidente efetividade ao microssistema processual coletivo, evitando a continuidade desenfreada de ações civis públicas para responsabilização de agentes públicos por atos ímprobos, primando por obtenção de celeridade na busca por sanções cíveis a seus autores, em plena conformidade com o escopo da Justiça.

Abstract: the most relevant issue in the last decade involving brazilian fight against illegal administrative misconduct has been the possibility of formalizing conduct adjustment commitments (known as conduct adjustment terms). In the study presented here, the conclusion reached is that there was an implicit derogation from art. 17, first paragraph of Federal Law n. 8.429/92, and that the possibility of formalizing a conduct adjustment in such a case guarantees effectiveness to the collective procedural micro-system, avoiding the unrestrained continuity of class actions against public agents that had practiced illegal acts, pushing forward to obtain faster civil penalties than waiting “never ending” court lawsuits, in conformity with the scope of Justice.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Compromisso de ajustamento de conduta. Termo de ajustamento de conduta. Possibilidade. Negócio jurídico processual. Derrogação tácita. Art. 17, par. 1º, da Lei Federal nº 8.429/92.

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direitos Difusos pela PUC-SP. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos jurídicos.

Keywords: Illegal administrative misconduct. Conduct adjustment commitment. Conduct Adjustment Term – Possibility. Procedural legal agreement. Tacit derogation. Art. 17, first paragraph of Federal Law nº 8.429 / 92.

Área do Direito: Direito Público. Improbidade Administrativa. Direitos Difusos e coletivos.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da vedação legal prevista no art. 17, par. 1º, da Lei de Improbidade Administrativa. 3. Das principais mudanças normativas que afetaram a eficácia do art. 17, par. 1º, da Lei de Improbidade Administrativa. 4. Da alteração legislativa promovida pelo “novo” Código de Processo Civil. 5. Da derrogação do art. 17, par. 1º, da Lei de Improbidade Administrativa. 6. Da importância dos precedentes internos dos Ministérios Públicos Federal e do Estado de São Paulo. 7. Da normatização interna do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e Conselhos Superiores dos Ministérios Públicos dos Estados do Paraná e Minas Gerais. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Tema que tem sido objeto de debate na área de tutela coletiva – mais precisamente na área de probidade administrativa – diz respeito à possibilidade ou não de formalização de compromissos de ajustamento de conduta (também conhecidos como Termos de Ajustamento de Conduta – TAC) pelo Ministério Público em investigações relativas a atos de improbidade administrativa. Tão importante o ponto que diversos concursos do Ministério Público têm formulado questões a esse respeito, desde as provas preambulares até a fase oral, o que motivou esta breve análise.

2. DA VEDAÇÃO LEGAL PREVISTA NO ART. 17, PAR. 1º, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É sabido que a Lei Federal nº 8.429/92 (conhecida como Lei de Improbidade Administrativa – LIA) veda, em seu art. 17, par. 1º, a possibilidade de acordos:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

Também é fato notório que tal vedação legal perdurou por pelo menos duas décadas sem confronto mais incisivo.

No entanto, diversas leis aprovadas após a década de 2010 ensejaram uma profunda revisão da hermenêutica na tutela metaindividual.

3. DAS PRINCIPAIS MUDANÇAS NORMATIVAS QUE AFETARAM A EFICÁCIA DO ART. 17, PAR. 1º, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É ponto pacífico que nas últimas décadas a legislação avançou em busca de maior celeridade e efetividade nos casos envolvendo investigações, notadamente sobre corrupção.

Assim, em um primeiro momento foi aprovada a Lei Federal nº 12.846/13 (conhecida como Lei Anticorrupção – LAC) que tratou em seu artigo 16 e parágrafos do acordo de leniência (com possibilidade de isenção das sanções previstas no inciso II, do art. 6º e redução do valor da multa em até dois terços), com a finalidade de permitir acordos de colaboração de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira com o Poder Público.

Nesse sentido a disposição legal:

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

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber;
e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento

§ 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.”

Em seguida, aprovou-se a Lei Federal nº 12.850/13 que disciplinou a colaboração premiada como hipótese permissiva até mesmo de imunidade penal para os casos de crimes relacionados a organizações criminosas.

Importante a transcrição do art. 4º, da Lei nº 12.850/13:

“Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o [art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 \(Código de Processo Penal\)](#)”

Dois anos depois, foi aprovada a Lei Federal nº 13.140/15 que tratou do tema em seu art. 36, par. 4º:

“Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.”

Vê-se, portanto, que a vedação da “transação” prevista na Lei de Improbidade Administrativa foi “derrogada tacitamente” por diversas normas posteriores, isso porque trouxeram relevantes modificações no tocante às investigações relacionadas aos casos envolvendo corrupção e ilícitos (civis e criminais) praticados contra a Administração Pública.

Muito embora referidas normas posteriores não tenham expressamente revogado o art. 17, par. 1º, da LIA, certo é que “trataram” do mesmo ponto ali disposto – a possibilidade de formalização de acordo – e de forma diversa, opondo-se à vedação anteriormente estabelecida.

Está claro que a Lei Federal nº 12.846/13 foi expressa em permitir a realização de “acordos de leniência” de pessoas jurídicas envolvidas em atos ilícitos (incluídos aqui os atos de improbidade) praticados contra a Administração Pública, desde que destinados a permitir a efetividade das investigações, com identificação dos demais envolvidos na infração e houver a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Em razão de tal dispositivo criou-se o seguinte impasse: poderia a pessoa jurídica responsável pelo ato de improbidade administrativa realizar acordo de leniência, mas as pessoas físicas responsáveis pelos mesmos atos estariam impedidas de fazê-lo? Por óbvio que não.

Conquanto a finalidade da Lei nº 12.846/13 tenha sido regulamentar a responsabilidade civil e administrativa de pessoas jurídicas – e não físicas – envolvidas em atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, o tratamento distinto em relação à possibilidade de formalização de acordos não teria sentido.

Mas este não é o único fundamento a sustentar o entendimento de que ocorreu “derrogação tácita” do art. 17, par. 1º, da Lei Federal nº 8.429/92.

É que houve necessidade de considerar os “efeitos civis”, vale dizer, a validade também na área de defesa da probidade administrativa das consequências dos acordos de colaboração firmados na área criminal por pessoas físicas envolvidas em ilícitos, tudo a fim de evitar o enfraquecimento do instituto da colaboração premiada prevista na Lei Federal nº 12.850/13, conforme posição defendida por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.².

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015) arrematou o tema, como a seguir explicitaremos.

² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos. In ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 51.

4. DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PROMOVIDA PELO “NOVO” CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em primeiro lugar, necessária a apresentação do conceito de negócio ou convenção processual. Há duas espécies de negócios jurídicos ou convenções processuais: unilaterais e bilaterais.

Em relação aos negócios jurídicos unilaterais – que são aqueles nos quais apenas a vontade de uma das partes é considerada primordial para sua verificação – a resposta à pergunta é negativa, isso porque são exemplos de tal negócio jurídico a renúncia ao direito de recorrer, a desistência do prazo recursal ou o reconhecimento jurídico do pedido.

Tratando-se de atos relacionados ao direito material e por se tratar o Ministério Público de legitimado considerado por parte da doutrina como *extraordinário autônomo* (Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.), ou seja, condutor do processo em nome de terceiros ou *ordinário autônomo* (posição de Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery), pois age *institucional e objetivamente* em defesa da sociedade, não sendo o titular do direito material posto em causa, em tese não poderia o promotor de Justiça praticar tais negócios jurídicos processuais unilaterais.

A regra inserida na própria Lei da Ação Civil Pública (art. 5º, par. 3º, da Lei nº 7.347/85) é dispositivo que embasa esse entendimento:

“Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”.

Já os negócios jurídicos ou convenções processuais bilaterais exigem o acordo de vontade entre as partes.

A doutrina considera negócios jurídicos processuais típicos todas as hipóteses em que o próprio legislador prevê expressamente determinada conduta ou ato – unilateral ou bilateral – como por exemplo, as previstas nos arts. 313, II, (suspensão do processo por convenção das partes) e 373, par. 3º, ambas do Código de Processo Civil (convenção sobre redistribuição do ônus da prova).

De outro lado, atípicos são aqueles que não possuem exposto tratamento legal.

Os negócios jurídicos bilaterais típicos, além de situados em diversos dispositivos específicos, foram também tratados no art. 190, do Código de Processo Civil, mas de forma mais ampla:

“Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

Referido dispositivo legal é considerado pela doutrina como “cláusula geral de negociação processual³”, pois permite de forma “aberta” que as partes estabeleçam acordos sobre questões processuais e procedimento, contendo aqui, portanto, a classificação de negócios jurídicos atípicos (aqueles que não possuem tratamento específico em lei).

Como o dispositivo traz expressa referência ao “momento” de pactuação – “antes ou durante o processo” – fundamental apresentar breve consideração a respeito dos negócios jurídicos ou convenções pré-processuais.

Nesse passo, relevante afirmar que em sede pré-processual os acordos firmados pelo Ministério Público denominados compromissos de ajustamento de conduta (mais conhecidos como termos de ajustamento de conduta – TACs) são reconhecidamente acordos pré-processuais.

Os compromissos de ajustamento foram instituídos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 211, da Lei Federal nº 8.069/90) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90), que acrescentou o par. 6º no art. 5º, da Lei Federal nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública):

“Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Hugo Mazzili sempre foi defensor de que o compromisso de ajustamento de conduta contivesse determinados limites, não sendo autorizado dispensar, total ou parcialmente, as obrigações reclamadas para a efetiva satisfação do interesse lesado,

³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. único. 9ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017. p. 389.

restrito às “condições de cumprimento das obrigações, como modo, tempo, lugar ou outras semelhantes”⁴.

Na obra *O Inquérito Civil*, referido professor mantém a posição contrária a qualquer e ampla espécie de ajuste, mas com certa razoabilidade, ao sustentar que:

“A lei de Improbidade Administrativa vedou, expressamente, a transação nas ações de responsabilização civil dos agentes públicos em caso de enriquecimento ilícito. Com maior razão, não se há de admitir transação nos inquéritos civis relacionados com a matéria. Entretanto, deve-se ter em conta que o escopo da lei é impedir que o órgão público legitimado *disponha* do direito material controvertido, ou seja, que aceite que se pague menos do que o devido; o escopo é vedar a transigência, ou seja, que o interesse material seja objeto de disposição pelos transigentes. Contudo, a nosso ver não fere a norma, *v.g.*, acordar sobre a concessão de prazo usual para pagamento da dívida, com os juros legais e todos seus encargos. Da mesma forma, a nosso ver, nada impede que, tanto na fase extrajudicial como em juízo, seja em autos de inquérito civil ou de ação civil pública, o causador do dano ao patrimônio público assuma o compromisso formal de ajustar sua conduta às exigências legais, *desde que isso não importe renúncia a direitos nem dispensa de seu exercício da parte de qualquer colegitimado ativo à ação coletiva*, pois estes colegitimados não são titulares do direito material, sobre o qual não podem transigir nem dispor.”⁵

Assim, os mesmos limites dos acordos firmados pelo Ministério Público em termos de ajustamento de conduta (TACs) devem ser observados na ação civil pública, porquanto os interesses envolvidos são os mesmos: os interesses “sociais”, ou seja, relacionados ao “bem comum” ou valores e bens mais elevados.⁶

Por estas razões, para parte da doutrina não seria possível a formalização de todas e quaisquer convenções pré-processuais, ou mesmo processuais pelo Ministério Público.

⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 309.

⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 339.

⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2004, p. 29.

É que certas convenções pré-processuais ou processuais atípicas, tais como o adiantamento e suporte de custas periciais pelo Ministério Público, poderiam ser consideradas até mesmo ilegais (isso porque contrárias à expressa previsão do art. 18, da Lei nº 7.347/85) em prejuízo à própria instituição do Ministério Público.

Contudo, para outros autores como Daniel Amorim Assumpção Neves, a admissão do negócio jurídico processual em processos que envolvam direitos que admitam a autocomposição não se confunde com a indisponibilidade dos interesses ou direitos tutelados, isso porque mesmo nos processos que versam sobre direito indisponível é cabível a autocomposição, que nesse caso não estaria relacionada com o objeto material, mas sim às “formas de exercício desse direito, tais como os modos e momentos de cumprimento da obrigação”⁷.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. também defendem expressamente o cabimento de celebração de negócios processuais atípicos em processos coletivos, pelo Ministério Público, inclusive⁸.

Importante ainda ressaltar que, seguindo esse entendimento que restou sedimentado em Resolução do CNMP, o Fórum Permanente de Processualistas Civis aprovou enunciados favoráveis à possibilidade de o Ministério Público celebrar convenções ou negócios jurídicos processuais e sobre o cabimento de tais negócios em ações coletivas.

O enunciado 253 dispõe sobre a expressa possibilidade de o Ministério Público celebrar negócio jurídico processual:

“O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte”.

O enunciado 255 dispõe sobre a viabilidade de formalização dos negócios jurídicos processuais em ações civis públicas (coletivas):

“É admissível a celebração de convenção processual coletiva”.

Portanto, em que pese haver posições em sentido contrário, de se ver que as recentes alterações legislativas (Leis Federais nº 12.846/13, nº 12.850/13 e nº13.140/15) trataram expressamente da possibilidade de conciliação e também o

⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. único. 9ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017. p. 395.

⁸ JR. Fredie Didier; JR. Hermes Zaneti. *Curso de Direito Processual Civil – vol.4*. 12ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018. p. 338 e 347.

novo Código de Processo Civil passou a prever institutos destinados à autocomposição de conflitos (v. art. 190), superando o modelo demandista, tudo com o escopo de se atingir, de forma mais célere, menos burocrática e mais dinâmica, soluções para conflitos existentes, sem a integral submissão ao Poder Judiciário pela via da “disputa entre partes até a obtenção de uma decisão de mérito, dependente de diversas instâncias e com lapso temporal por vezes superior a décadas”, mas desta vez como mero “chancelador” de acordos formalizados entre partes já “resolvidas” em esfera extrajudicial em períodos equivalentes a alguns meses e não mais décadas, com resultado muito mais útil e efetivo ao interesse social.

5. DA DERROGAÇÃO DO ART. 17, PAR. 1º, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Após a análise de referidas Leis Federais, em especial o Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015) e a Lei Federal nº 13.140/15 mostra-se plenamente possível sustentar a “derrogação tácita” do par. 1º, do art. 17, da Lei de Improbidade Administrativa.

Não houve simples perda de eficácia da vedação contida na Lei de Improbidade Administrativa, mas tratamento incompatível dos institutos anteriormente vedados pelas normas posteriormente promulgadas.

Derrogação, de acordo com o ensinamento de Maria Helena Diniz é espécie do gênero revogação, por meio da qual “*a norma derogada não perderá sua vigência, pois somente os dispositivos atingidos é que não terão mais obrigatoriedade*”.⁹

E, no caso em análise, a derrogação é *tácita*, porque há

incompatibilidade entre a lei nova e a antiga, pelo fato de que a nova passa a regular parcial ou inteiramente a matéria tratada pela anterior, mesmo que nela não conste a expressão “revogam-se as disposições em contrário”, por ser supérflua e por estar proibida legalmente, nem se mencione expressamente a norma revogada.¹⁰

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 13ª ed., Saraiva: São Paulo, 2007, p. 70-71.

¹⁰ Idem. p. 71.

Foi exatamente o que ocorreu com a disposição do art. 17, par. 1º, da Lei de Improbidade Administrativa que vedava a adoção de institutos que passaram a ser expressamente permitidos pelo Novo Código de Processo Civil e – em relação à pessoa jurídica – pela Lei Federal nº 13.140/15 (em frontal oposição à Lei de Improbidade Administrativa).

Portanto, aplicável o art. 2º, par. 1º, primeira parte, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ao caso:

“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

Por tais razões sustentamos a derrogação tácita do dispositivo que outrora impedia o ajustamento de conduta nas investigações e ações de improbidade administrativa.

6. DA IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES INTERNOS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS FEDERAL E DO ESTADO DE SÃO PAULO

Importante registrar que a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal emitiu, em 24 de agosto de 2017, a Orientação nº 07/17, confirmando a possibilidade de “negociações, tratativas e formalização do acordo de leniência em casos envolvendo atos de improbidade administrativa”, desde que realizadas “pelo membro do MPF detentor da atribuição para a propositura da ação de improbidade ou da ação civil pública prevista na Lei 12.846/2013”.

Ainda em 2017, o mesmo colegiado emitiu a Nota Técnica nº 01/17, reforçando o espraiamento dos efeitos da colaboração premiada e do acordo de leniência firmados para a área da tutela do patrimônio público, afastando a vedação contida no artigo 17, da Lei Federal nº 8.429/92.

O fundamento essencial de tal interpretação foi o princípio da *máxima efetividade constitucional do microssistema* coletivo.

Afinal, se os acordos de colaboração podem evitar a pena mais grave do ordenamento – a prisão pela Justiça Criminal – não haveria lógica que se tivesse de

“obrigar” o membro do Ministério Público ao ajuizamento de ações civis de improbidade na área cível quando o fato objeto de acordo de colaboração premiada na esfera criminal já tivesse levado o membro do Ministério Público oficiante em tal área a pleitear a redução de penas ou até mesmo imunidade penal do agente colaborador, consoante previsão do art. 4º, par. 4º, da Lei sobre o Crime Organizado (Lei Federal nº 12.850/13):

“Par. 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.”

Em 15 de março de 2016, o tema também foi objeto de apreciação pelo Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, em razão de Compromisso de ajustamento de conduta (TAC) firmado com base em colaboração premiada pela Promotoria de Justiça do patrimônio público de Osasco no Inquérito Civil 14.0555.113-14. Por 5 votos a 3, o colegiado do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo aprovou o procedimento adotado, acolhendo positivamente a tese.

7. DA NORMATIZAÇÃO INTERNA DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP) E CONSELHOS SUPERIORES DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS DO PARANÁ E MINAS GERAIS

De ressaltar que a força de tais precedentes e de toda a novel legislação – mais eficientes às investigações e respectivos desfechos – levaram o Conselho Nacional do Ministério Público a editar a Resolução nº 179/17, por meio da qual acabou sedimentada a possibilidade expressa de se firmar compromisso de ajustamento de conduta em casos de improbidade administrativa, consoante previsão do artigo 1º, par. 2º, com a seguinte redação:

“É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.”

Já o art. 3º, da referida Resolução nº 179/17 do CNMP encerra o tema:

“Art. 3º O compromisso de ajustamento de conduta será tomado em qualquer fase da investigação, nos autos de inquérito civil ou procedimento correlato, ou no curso da ação judicial, devendo conter obrigações certas, líquidas e exigíveis, salvo peculiaridades do caso concreto, e ser assinado pelo órgão do Ministério Público e pelo compromissário.”

No mesmo sentido, os Ministérios Públicos dos Estados do Paraná e Minas Gerais regulamentaram o tema em seus âmbitos internos, com a edição de normas de seus Conselhos Superiores.

O CSMP-PR editou em 15 de maio de 2017, a Resolução nº 01/17, que previu em seu art. 1º:

“Do objeto da Resolução

Art. 1.º. As tratativas prévias e a celebração de compromisso de ajustamento de conduta e acordo de leniência envolvendo as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa, definidos na Lei 8.429, de 02.06.1992, e aos atos praticados contra a Administração Pública, definidos na Lei 12.846, de 01.08.2013, no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná, deverão observar os parâmetros procedimentais e materiais previstos na presente Resolução.”

O CSMP-MG editou em 23 de novembro de 2017, a Resolução nº 03/17, que previu em seu art. 1º:

“Art. 1º Os órgãos de execução do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no âmbito de suas respectivas atribuições, poderão firmar termo de ajustamento de conduta, com pessoas físicas e/ou jurídicas, nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou de algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.”

8. CONCLUSÃO

1ª) Aplicam-se às investigações e ações relacionadas a atos de improbidade administrativa as normas referentes ao subsistema normativo ou microsistema de tutela coletiva.

2ª) Em decorrência de forma diversa de tratamento que permitiu a utilização de métodos de autocomposição pelas Leis Federais nº 12.846/13, nº 12.850/13, nº 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil) e nº 13.140/15, houve derrogação tácita da vedação de “transação, acordo ou conciliação” nas ações de improbidade e nas respectivas investigações pré-processuais de que trata o art. 17, par. 1º, da Lei Federal nº 8.429/92.

3ª) É possível a formalização de compromissos ou termos de ajustamento de conduta (TACs) pelo Ministério Público em casos envolvendo prática de atos de improbidade administrativa por pessoas físicas ou jurídicas, desde que observadas a Resolução nº 179/17 do CNMP e eventuais Resoluções dos respectivos Conselhos Superiores do Ministério Público de cada uma das unidades ministeriais da Federação, caso existentes.

9. BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas, PELELLA, Eduardo (coord.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Juspodivm, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado*. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos*. In ZANETI JR., Hermes;

CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador:

Juspodivm, 2016.

DIDIER JR. Fredie; ZANET JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – vol.4.* 12ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada.* 13ª ed., Saraiva: São Paulo, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.* 6ª ed., São Paulo: RT, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil.* São Paulo: Saraiva, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* vol. único. 9ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017.

PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal Econômico.* 6ª ed., São Paulo: RT, 2014.

SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade.* 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO À CORRUPÇÃO: A ATUALIDADE DO CONTRAPONTO FILOSÓFICO ENTRE MAQUIAVEL E ERASMO DE ROTTERDAM

Igor Pereira Pinheiro¹

Sumário: 1. Breve introdução e justificativa do tema. 2. O princípio da moralidade administrativa: anotações preliminares sobre a relação entre o direito e a moral. II.1. Origem da moralidade no Direito Administrativo. II.2. A inaplicabilidade da moralidade administrativa à luz do pensamento de Maquiavel. II.3. Erasmo de Rotterdam e a defesa da moralidade administrativa. III. Conclusões. IV. Referências.

1. BREVE INTRODUÇÃO E JUSTIFICATIVA DO TEMA

O fenômeno da corrupção, assim considerado como o uso da potestade pública decorrente de cargo, emprego, função pública ou mandato político para obtenção de vantagens indevidas, é histórico e inerente a todos os tipos de governo, variando apenas o grau de sua prática e a devida resposta dada a esse problema por cada povo, muito embora ele seja visto na atualidade como uma prioridade na agenda global, cuja prevenção e repressão são estimuladas por todos os organismos internacionais², tanto no âmbito público, como no mercado privado, como se vê claramente de dispositivos preambulares ou normativos dos dois principais mecanismos globais referentes ao assunto.

Abaixo, colacionamos os trechos nesse sentido:

¹ Promotor de Justiça do MPCE. Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Professor Convidado de diversas Escolas do Ministério Público Brasileiro (BA, GO, RR, SE). Coordenador das Pós-Graduações em Compliance e Direito Anticorrupção; Direitos Difusos e Coletivos; Direito Político da Faculdade CERS. Autor dos livros “Legislação Criminal Eleitoral Comentada – Aspectos Materiais e Processuais”, pela Editora JusPodivm, e “Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Ano Eleitoral”, pela Editora Fórum.

² Prova disso são os sucessivos instrumentos internacionais voltados para esse fim, tais como: a) Convenção Interamericana de Combate à Corrupção da Organização dos Estados Americanos – OEA, firmada em 1996; b) Convenção Sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, subscrita em 1997; c) Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, subscrita em 2003.

Convenção Interamericana	Convenção de Mérida
<p>"OS ESTADOS MEMBROS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS,</p> <p>CONVENCIDOS da necessidade de adotar o quanto antes um instrumento internacional que promova e facilite a cooperação internacional para combater a corrupção e, de modo especial, para tomar as medidas adequadas contra as pessoas que cometam atos de corrupção no exercício das funções públicas ou especificamente vinculados a esse exercício, bem como a respeito dos bens que sejam fruto desses atos;</p> <p>(...)</p> <p>DECIDIDOS a envidar todos os esforços para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas e nos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício</p>	<p>Artigo 21 - Suborno no setor privado</p> <p>Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais:</p> <p>Artigo 22 - Malversação ou peculato de bens no setor privado</p> <p>Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais, a malversação ou peculato, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de quaisquer bens, fundos ou títulos privados ou de qualquer outra coisa de valor que se tenha confiado a essa pessoa por razão de seu</p>

Ocorre que, não obstante o reconhecimento das graves consequências advindas da corrupção no setor público, dentre as quais destacamos a falta de legitimidade popular dos representantes populares, a violação omissiva permanente e crescente dos direitos fundamentais³ e o enfraquecimento do Estado de Direito, não é muito frequente o estudo dessa temática no âmbito das tradicionais disciplinas do Direito Público (como Constitucional ou Administrativo), reservando-se o mesmo para o Direito Penal, as ciências sociais, econômicas ou filosóficas, salvo no caso de aprofundamento dos juristas quando da realização de cursos pós-graduados, como mestrados ou nos doutorados.

Trata-se de metodologia que precisa ser revista, uma vez que não se pode olvidar que todos os desvios de verbas públicas ultimados por conta da corrupção afetam sensivelmente a força normativa de qualquer Constituição. Aliás, exatamente por conta desse *déficit* de efetividade do Texto Supremo advindo da falta de recursos desviados pela corrupção é que começa a surgir a tese de um novo direito fundamental: o de uma gestão pública livre da corrupção ou um “direito anticorrupção”⁴.

³ Deve-se atentar para o fato de que a corrupção, de acordo com o Fundo Monetário Internacional (FMI), é responsável pelo desvio anual de U\$2 Trilhões. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/05/1770152-custo-global-da-corrupcao-chega-a-r-7-trilhoes-diz-fmi.shtml>.

⁴ “Esses dados pondo à nu os multi-perversos efeitos da corrupção sobre a ordem política e

Trata-se de sedutora tese, da qual não nos ocuparemos agora, embora reafirmemos a necessidade de uma revisão metodológica no estudo tradicional daquelas disciplinas jurídicas para fazer inserir o estudo conectado dos seus institutos tradicionais com a corrupção. É preciso, pois, avançar para debater o assunto vivamente ao longo de todo o estudo das matérias, já que existem inúmeros episódios trazidos pela prática que ainda não encontram consenso exatamente pela insipiência do assunto. Cito um exemplo: uma norma jurídica aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Chefe do Poder Executivo por conta do pagamento de suborno ou financiamento ilícito de campanhas (casos “Mensalão” e “Lava-Jato” do Brasil, respectivamente) são motivos para a declaração de inconstitucionalidade da mesma por violação ao dever de honestidade inerente aos agentes públicos em geral? Cremos que sim⁵, mas a hipótese é raramente tratada pelos estudiosos do Direito Constitucional clássico⁶.

econômica tem dado espaço para que alguns juristas comecem a enxergar um direito humano autônomo, o direito a um poder público livre da corrupção. O primeiro a mencionar esse direito não como decorrência de vulnerações de outros direitos humanos já reconhecidos foi Kofele-Kale. O autor argui que em relação aos grandes esquemas de corrupção, em especial em países em desenvolvimento, em que o ato de corruto representa graves prejuízos para a população e sua riqueza, causando sérias dificuldades para o gozo de inúmeros direitos humanos, haveria, em razão da disseminada prática internacional de não aceitação da corrupção, da existência de inúmeros instrumentos internacionais registrando a preocupação da comunidade internacional com o fenômeno e da colocação em risco dos valores mais elevados da comunidade internacional, a possibilidade de serem tais atos de corrupção enquadrados como crimes internacionais. Ele entende que o modo mais efetivo de se combater a corrupção é elevando sua prática à esfera de crime de interesse universal, de acordo com as normas internacionais, registrando que já há suficiente prática estatal para reclamar a existência de norma consuetudinária universal proibindo a corrupção em todas sociedades, sendo que haveria já o direito fundamental a uma sociedade livre de corrupção, que poderia ser componente do direito à autodeterminação e desenvolvimento ou até mesmo como direito autônomo. Assevera que o direito a uma sociedade livre de corrupção é inerentemente um direito humano porque a vida, a dignidade e outros importantes valores humanos dependem desse direito. Nessa esteira, veio Kumar (2003) em trabalho que, além de explorar as interfaces entre direitos humanos e o problema da corrupção, prega a necessidade do estabelecimento, como direito fundamental positivado na Constituição indiana, de um direito fundamental de um serviço público livre de corrupção, o que geraria o empoderamento da cidadania com a colocação do grave problema no centro do debate político, potencialmente transformando o sistema de governança e fortalecendo a democracia.” (FILHO, André Pimentel. (Uma) Teoria da Corrupção – Corrupção, Estado de Direito e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.110-111).

⁵ Nesse mesmo sentido: *“Em nosso entender, sem dúvida, o comprovado esquema de compra e venda de votos para se conseguir apoio político enseja o por nós denominado vício de decoro parlamentar a caracterizar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pois que maculados a essência do voto e o conceito de representatividade popular.” (LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 20ª edição, 2016, p.298).*

⁶ Nesse tocante e fazendo um humilde juízo de “mea-culpa” inerente aos grandes sábios, é digno de nota a referência feita pelo jurista José Joaquim Gomes Canotilho, no prefácio da obra *“O espectro da corrupção”*, da autoria de José Mouraz Lopes, Editora Almedina, 2011, p.7, *in verbis*: *“Há uns bons*

Assim, como dito, urge que se adote um novo viés metodológico, para, em seguida, realizar uma correlação direta entre determinados institutos constitucionais tradicionais e o fenômeno da corrupção, como é o caso, por exemplo, de alguns princípios constitucionais (Republicano e da Administração Pública), bem como de outras regras específicas (crimes de responsabilidade, imunidades parlamentares, *impeachment* etc).

À todo esse bloco constitucional de princípios e regras espalhados pelo texto constitucional, damos o nome de “mandados constitucionais anticorrupção”. O cerne dos “mandados constitucionais anticorrupção” reside, essencialmente, nos princípios constitucionais da Administração Pública (em especial os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), cuja irradiação dá-se por toda a atividade jurídico-pública (legislativa, administrativa e judicial), não sendo mais aceitável na atualidade a existência de hiatos institucionais imunes a tais postulados quando do exercício de funções estatais⁷.

pares de anos, abeirou-se de nós um aluno do 1º ano da licenciatura em direito. O lugar era uma sala da Faculdade de Direito de Coimbra. A razão da conversa residia no facto de termos dado a última aula, desejando o maior êxito pessoal e académico aos meus alunos. Este aluno que nos procurou no fim da aula nunca mais saiu da minha memória. Confessou ter apreciado o nosso curso, mas era seu dever aproveitar a ocasião para fazer uma crítica. Na sua opinião, eu teria esgotado a dogmática das inconstitucionalidades, das ilegalidades, das justfundamentalidades e das normatividades, mas havia cometido alguns pecados por omissão. Nunca me referi, por exemplo, ao problema da corrupção. Registre a omissão”.

⁷ Nesse mesmo sentido: “Será que a força vinculativa deste grupo de princípios, uma vez que se insere num título referente à Administração Pública, se circunscreve aos órgãos e agentes administrativos? Ou, pelo contrário, dever-se-á entender, à luz dos propósitos limitativos da prepotência e do arbítrio próprios de um Estado de Direito, que todas as estruturas decisórias públicas se encontram vinculadas a respeitar os princípios da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e de boa fé? (...) Nos termos em que equacionada a questão respondemos claramente em sentido afirmativo: os princípios da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé – tal como os princípios da constitucionalidade e da igualdade – vinculam a actuação de todas as estruturas decisórias públicas, pois, apesar de referenciados no artigo 266º, nº2, a propósito da Administração Pública, eles consubstanciam corolários axiológicos de um Estado de Direito. Seria imaginável, pergunta-se, que à luz de um Estado de Direito, o Presidente da República, a Assembleia da República ou os tribunais pudessem agir sem estarem obrigados ao respeito pelos princípios da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé? O Estado de Direito impõe, neste sentido, uma subordinação geral de toda a actividade jurídico-pública, seja ela desenvolvida por estruturas decisórias administrativas, políticas, legislativas ou judiciais, aos princípios do artigo 266º, nº2. Essa vinculação de toda a actividade decisória do Poder aos princípios do artigo 266º, nº2, não se traduz, note-se, numa aplicação analógica ou numa equiparação de tais estruturas decisórias aos órgãos administrativos, antes estamos diante de princípios que, limitando a prepotência e o arbítrio, expressam valores implícitos ou decorrentes do Estado de Direito e, por essa via, exercem uma função subordinante de toda a decisão jurídico-pública: os princípios elencados no artigo 266º, nº2, não são exclusivos da Administração Pública, isto apesar de formulados a propósito da actividade dos órgãos e agentes administrativos, limitando-se o artigo 266º, nº2, a positivar pautas de conduta vinculativa de todas as autoridades públicas e que são diretamente decorrentes do princípio do

Nesse tocante, dois pensadores são de leitura obrigatória: Nicolau Maquiavel e Erasmo de Rotterdam, que, a despeito de contemporâneos, não poderiam ser mais antagônicos sobre o modo de proceder dos príncipes.

O primeiro, em sua célebre obra “*O Príncipe*”, defendeu publicamente, sem pudor e receio algum a manutenção do poder como o objetivo primordial de um governante, um verdadeiro fim em si mesmo contrário à ideia de função pública condicionada à satisfação do interesse público, ainda que para isso tivesse que praticar atos imorais, desonestos e dissimuladores⁸. Já Erasmo, quando escreveu “*Elogio da Loucura*”, foi no sentido diametralmente oposto, chegando mesmo a dizer que “os vícios dos outros não têm tanta importância e a influência deles não vai tão longe; mas o Príncipe ocupa uma posição tal que suas menores faltas espalham o mau exemplo universal”⁹.

Assim, considerando a limitação inerente ao presente trabalho, procuraremos analisar especificamente o princípio da moralidade administrativa como mecanismo preventivo e repressivo à corrupção, procurando demonstrar a atualidade do contraponto filosófico entre Maquiavel e Erasmo de Rotterdam.

2. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: ANOTAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL

Um dos assuntos mais tormentosos da teoria geral e da filosofia do Direito certamente é a relação do Direito com a Moral, assunto sobre o qual já se

Estado de Direito.” (OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português – Volume I (...)*, p.91-92)

⁸ “A um príncipe, portanto, não é necessário ter de fato todas as qualidades supracitadas, mas é bem necessário parecer tê-las. Ao contrário, ousarei dizer isto, que tendo-as e observando-as sempre, são danosas; e parecendo tê-las, são úteis; como parecer piedoso, fiel, humano, íntegro, religioso, e o ser; mas ter a disposição de ânimo para que, precisando não ser, possa e saiba mudar para o contrário. E há que entender isto que um príncipe, sobretudo um príncipe novo, não pode observar todas aquelas coisas pelas quais os homens são tidos como bons, sendo com frequência necessário para manter o estado, operar contra a fé, contra a caridade, contra a humanidade, contra a religião. E, porém, precisa ter um ânimo disposto a mudar segundo o comando dos ventos da fortuna e das variações das coisas e, como disse acima, não se distanciar do bem, se puder, mas saber entrar no mal, se precisar. (...) Trate, pois, um príncipe de vencer e de manter o estado: os meios sempre serão julgados honrados e louvados por todos”. (MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe – Tradução e Notas* Leda Beck. São Paulo: Martin Claret, 2012, p.133).

⁹ ERASMO DE ROTTERDAM. *Elogio da Loucura – Tradução Maria Ermantina Galvão*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.81.

escreveram milhares de livros sem uma conclusão pacífica¹⁰. Não obstante isso, cremos ser indispensável a sua abordagem, ainda que sucinta e objetivamente, sob pena de omissão metodológica. E o início de nossa análise passa necessariamente pela conceituação da moral.

Entende-se por moral o conjunto de regras de condutas comuns entre os indivíduos de determinado grupamento social, baseado nos conceitos de certo/errado, honesto/desonesto¹¹. Essa, aliás, é uma conceituação que deflui do próprio sentido etimológico da palavra moral, que advém do adjetivo latino *moralis*, cujo significado é “relativo aos costumes¹²”.

Pois bem, sendo a moral composta por uma carga axiológica voltada para a prática do bem (aqui, incluindo-se as noções de certo/errado e honesto/desonesto), fundada em normas não coercíveis do ponto de vista estatal, cumpre indagar qual a sua relação com Direito, compreendido este como o conjunto de princípios e regras passíveis de serem aplicadas coercitivamente pelo Estado por intermédio da ameaça das sanções previstas pelo ordenamento jurídico.

Inicialmente, convém destacar que, a despeito do debate em análise encontrar origem e fundamentos na Grécia Antiga¹³, foi em Roma (onde o Direito começou a ser tratado cientificamente – vide o *Corpus Juris Civilis*, que foi o primeiro grande sistema jurídico) que se constatou uma expressa relação normativa de identidade ou complementariedade entre a moral e o Direito.

¹⁰ “Segundo Jhering, a relação entre a Moral e o Direito constituiria o Cabo de Horn ou o Cabo das Tormentas da Filosofia do Direito, tão erizada é de dificuldades. Já mais pessimista, Benedetto Croce chegou a ponto de dizer que se trata propriamente do Cabo dos Naufragos, porquanto teriam falhado todas as doutrinas tendentes a delimitar os dois campos” (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 20ª Edição, 9ª tiragem, 2011, p. 621).

¹¹ No mesmo sentido: “Assim, entende-se por moral o conjunto de valores comuns entre os membros da coletividade em determinada época; ou, sob uma ótica restritiva, o manancial de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo os seus deveres para consigo e sua própria consciência sobre o bem e o mal. No primeiro caso, conforme distinção realizada pelo filósofo Bergson, tem-se o que convencionou chamar de moral fechada; e, no segundo, a moral aberta.” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2013, p.127).

¹² CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 2ª edição, 1986.

¹³ Nesse tocante, merece destaque a célebre passagem da Antígona de Sófocles, em que Antígona, para descumprir as ordens de Creonte no sentido de não enterrar o irmão daquele, usou os seguintes argumentos: “Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou, (as leis de Creonte) nem a justiça com trono entre os deuses dos mortos as estabeleceu para os homens. Nem eu supunha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não-escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal.” (Sófocles, Antígona, trad. de Donald Schuller, Porto Alegre: L&PM, 1999, págs.35 e 36).

E esse nexos verifica-se nos textos de Ulpiano (*Digesto*, 1, 1, 10 e *Institutas* 1,1,3), em que foram proclamados os princípios do *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu). No mesmo sentido, destaca-se a célebre frase do jurisconsulto Paulo (*Digesto* 50, 17, 144) de que “*nem tudo o que é lícito é honesto*”.

Depois da derrocada do império romano e com o início da Idade Média, verificou-se um período de completa confusão entre o Direito, a Moral e a Religião, de modo que era de difícil separação dos conceitos, pois a divindade se expressava e se personificava no humano (reis e eclesiásticos). Ocorre que, no século XVII, o debate foi novamente suscitado cientificamente, merecendo destaque as teorias de Cristian Thommasius e Immanuel Kant¹⁴.

Em seguida, surge a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, que foi um profundo divisor de águas no assunto, pois separou-se claramente os campos da moral e do direito, sendo este último identificável apenas com a norma posta e produzida pelo órgão competente, a despeito de reconhecer que a moral poderia influenciar na produção da norma¹⁵.

A premissa de Kelsen fundava-se no suposto subjetivismo absoluto dos valores, de modo que seria impossível objetivá-los minimamente. O equívoco da premissa kelseniana verificou-se nos idos da 2ª Grande Guerra Mundial, onde o

¹⁴ “(...) No estudo dessas relações, desde logo encontramos o magno problema da distinção entre os dois campos, da Moral e do Direito, e, destacadamente, duas geniais formulações: primeiro, no século XVIII, de Cristian Thommasius, e, depois, já no fim desse mesmo século, de Immanuel Kant. Thommasius delimitou as três disciplinas da conduta humana: a Moral (caracterizada pela ideia do *honestum*), a Política (caracterizada pela ideia do *decorum*) e o Direito (caracterizada pela ideia do *iustum*), para demonstrar que os deveres morais são do ‘foro íntimo’ e insujeitáveis, portanto, à coerção, enquanto que os deveres jurídicos são externos e, por isso, coercíveis. Immanuel Kant, sem, de todo, abandonar essa linha, ao dividir a metafísica dos costumes em dois campos, distinguiu o da teoria do direito e o da teoria da virtude (moral); as regras morais visam a garantir a liberdade interna dos indivíduos, ao passo que as regras jurídicas asseguram-lhes a liberdade externa na convivência social” (MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação*. São Paulo: Revista de Direito Administrativo nº190/1, 1992).

¹⁵ “Princípios jurídicos nunca podem ser pressupostos por uma ordem jurídica; eles apenas podem ser criados por essa ordem. Pois eles são ‘jurídicos’ única e exclusivamente porque, e na medida em que, são estabelecidos por uma ordem jurídica positiva. Certamente, a criação do direito positivo não é uma criação a partir do nada. O legislador, assim como o costume, é dirigido por alguns princípios gerais. Mas esses princípios são morais ou políticos, e não jurídicos; conseqüentemente, não podem impor deveres jurídicos ou conferir direitos jurídicos a homens ou Estados, na medida em que esses princípios não são estipulados por legislação ou costume. Como princípios jurídicos, ele não são a fonte ou a base da ordem jurídica pela qual são estipulados; pelo contrário, a ordem jurídica positiva é a sua fonte ou base.” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.356).

campo estritamente legal legitimou e autorizou práticas de barbárie humana sem precedentes na história¹⁶.

Desde então, o que se tem verificado, tanto no plano internacional quanto na ordem jurídica individual dos países democráticos, é uma profunda preocupação com os valores da ética e da humanização do direito, que não pode se resumir apenas ao que foi positivado. Senão, vejamos.

À nível global, destacamos as seguintes referências:

1 - A aprovação, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo XXIX, nº 2), de cláusula no sentido de que *“todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”*;

2 – A expressa possibilidade consignada, tanto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica – vide artigos 12, nº 3; 13, nº 2, “b’; 13, nº 4; 15; 16, nº 2 e 22, nº 3) como na Convenção Europeia de Direitos Humanos (vide artigos 9º, 10 e 11) de restrições a determinados direitos em nome da proteção à “moral pública” (como o foram os direitos de liberdade religiosa, liberdade de expressão e de pensamento, direito de reunião, liberdade de associação e direito de circulação e residência) ;

3 – A aprovação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), que tem como um de seus fundamentos expressos a preocupação com os graves problemas e repercussões que a corrupção causa na ética, tanto no setor público quanto no setor privado.

Pois bem, não bastassem essas referências internacionais – ratificadas por

¹⁶ “A premissa de Kelsen é outra: além de os valores serem relativos, a própria Moral é relativa, e essa relatividade é absoluta. Ele – pode-se dizer – absolutizou a relatividade dos valores. Além de relativos, os valores seriam todos subjetivos. Para Kelsen, não existe nenhum grau de objetividade valorativa: os valores morais, todos eles, em seu pensamento, dependem do juízo de cada um, variam de pessoa para pessoa; a Moral é, por definição, sempre dependente do pluralismo. Daí – insistiu à exaustão – decidir entre um juízo moral e outro – e sempre há vários a serem escolhidos – é tão-somente uma questão de escolha. Diante disso, agente normativo é livre para escolher ; e, efetuada a escolha, o aplicador do Direito deve, sempre, tão-somente se ater à escolha positivada. Eis a proposta de Kelsen: uma separação radical entre a Moral e o Direito. (...) A partir do nazismo a Humanidade não tolerou mais o equívoco da absolutização do relativismo valorativo: existe uma moral universalizável.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p.31-32).

centenas de países e, por isso mesmo, integrantes dos respectivos blocos de legalidade –, merecem registro as seguintes circunstâncias que comprovam o acerto da tese de que “há mais Direito para além do positivo que é proveniente de fontes formais”¹⁷.

1 – Começamos pelo necessário registro de que, no âmbito do Direito Civil, é de longa tradição – que se mantém na atualidade – a referência normativa aos “bons costumes” como cláusula dotada de eficácia jurídica paralisante ou nulificante dos atos jurídicos que lhe forem contrários. Como exemplo, citamos o artigo 271, nº 1, do Código Civil Português, que estabelece ser “nulo o negócio jurídico subordinado a uma condição contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes”, ou o artigo 280, nº 2, do mesmo *Codex*, que igualmente proclama como “nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes”¹⁸.

2 – Ainda no âmbito do Direito Civil, deve-se destacar também a teoria do abuso do direito, que determina o exercício de um direito nos limites do necessário para o seu titular, desde que aceite social, econômica e juridicamente. Nesse sentido, vide o disposto no artigo 334, do Código Lusitano¹⁹: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”;

3 – Além disso, não se pode ignorar o princípio da boa-fé e suas implicações moralizantes na ordem jurídica (material e processual), como as regras do *venire contra factum proprium*, *tu quoque* e a *supressio*, sem embargo dos deveres de lealdade processual e cooperação dos litigantes;

4 – Também é digno de nota a antiga vedação do estado do *non liquet*, segundo o qual o magistrado deve socorrer-se dos princípios gerais de direito

¹⁷ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*. Volume II. Lisboa: Almedina, 2010, p.155.

¹⁸ No mesmo sentido, segue o Código Civil Brasileiro: “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.

¹⁹ No Brasil, existe disposição similar: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

para a solução do caso concreto ante a falta de norma legal regulamentadora do assunto;

5 – Por fim, cita-se, apenas à título exemplificativo, a menção nos Textos Constitucionais de Portugal, Brasil, Espanha e Alemanha dos compromissos públicos assumidos por essas nações com a promoção da justiça, expressão de inquestionável cunho moralizante²⁰.

Pois bem, à luz do exposto, não compreendemos, muito embora respeitemos as opiniões em contrário, que se possa dissociar por completo o jurídico do moral, reduzindo esse último a um papel apenas de influenciador prévio para a produção da norma ou de mero auxílio interpretativo.

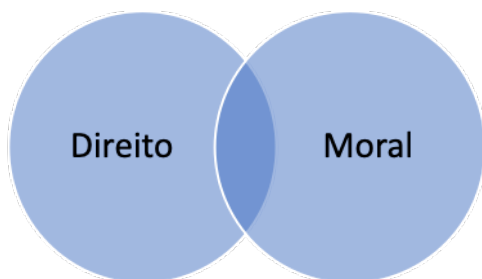
O Direito, certamente, possui uma esfera completamente alheia ao campo da moral, como ocorre, por exemplo, no caso de normas técnicas editadas em regulamentos autônomos. A recíproca também é verdadeira! Porém, é inquestionável que existem pontos de convergência entre essas duas categorias, ainda mais na era “neoconstitucional” com a projeção superlativa dos direitos humanos no pós-guerra, em que um conceito moral (dignidade da pessoa humana²¹) atingiu a centralidade de todo o Direito²².

²⁰ No Direito Português: Art.1º, da CRP (*“Portugal é uma república soberana (...) empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”*); Art.7º, nº5, da CRP (*“Portugal empenha-se no reforço da identidade europeia e no fortalecimento da acção dos Estados europeus a favor da democracia, da paz, do progresso económico e da justiça nas relações entre os povos.”*); Art.23, nº1, da CRP: (*“Os cidadãos podem apresentar queixas por acções ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Justiça, que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças.”*); Art.266, nº2, da CRP (*“Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios (...) da justiça...”*); Art.8º, do CPA (*“A Administração Pública deve tratar de forma justa todos aqueles que com ela entrem em relação, e rejeitar as soluções manifestamente desrazoáveis ou incompatíveis com a ideia de Direito.”*). No Direito Brasileiro: Preâmbulo da CRFB/88 (*“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar (...) a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade (...).”*); No Direito Espanhol: Preâmbulo, da CE (*“A Nação espanhola, desejando estabelecer a justiça, liberdade e segurança e promover o bem de todos os seus membros, no exercício de sua soberania, proclama a sua vontade de:*

Garantir a convivência democrática dentro da Constituição e das leis em uma ordem econômica e social justa”); No Direito Alemão: Art. 56, CFA/49 (*“No ato da posse, o Presidente Federal prestará (...)o seguinte juramento: “Juro dedicar as minhas forças ao bem-estar do povo alemão, promover os seus proveitos, protegê-lo de danos, guardar e defender a Lei Fundamental e as leis da Federação, cumprir conscienciosamente as minhas obrigações e ser justo para com todos”*).

²¹ *“Idéia de valor próprio, supremo e inalienável atribuído à pessoa só pelo fato de o ser, por simples facto da sua humanidade; idéia de respeito, de igual consideração dos interesses de cada pessoa, da sua vida, da sua autonomia, liberdade e bem-estar; a ideia da pessoa como fim e não como mero*

Assim, resumiríamos a questão com a seguinte imagem:



2.1. Origem da moralidade no Direito Administrativo

Superado o obstáculo inicial da relação existente entre o Direito e a Moral, percebe-se que foi no âmbito do Direito Civil que se verificou inicialmente o fenômeno da juridicidade da moral. Isto é, foi nesse setor que se rompeu o dogma da onipotência e suficiência da legalidade estrita²³.

Se no direito civil a moral possui os contornos de sua influência bem definidos e precisos há bastante tempo, no campo do Direito Administrativo, o fenômeno é recente, podendo-se apontar, com apoio na unanimidade da doutrina, o francês Maurice Hauriou como o responsável pela teorização pioneira do assunto²⁴.

Referido autor, ao analisar a jurisprudência do Conselho de Estado na França nos idos do final do século XIX e início do século XX (ápice do positivismo jurídico) e o recurso por excesso de poder, defendeu a sindicabilidade do móvel do ato

meio ou instrumento de outros; a ideia de que é a pessoa individualmente considerada, e não qualquer realidade transpersonalista, que justifica a existência do Estado e do poder político organizado da comunidade” (NOVAIS, Jorge Reis. A Dignidade da Pessoa Humana, Dignidade e Direitos Fundamentais. vol.1, Almedina, 2015, p.59).

²² *“Os princípios jurídicos fundamentais, entendidos estes como decorrências normativas da ‘ideia de Direito’, firmados na centralidade da pessoa humana viva e concreta como razão de ser da sociedade, do Direito e de todas as instituições públicas, traduzem o cerne de uma ordem axiológica fundada na prevalência da justiça e revelada por um consensus comunitário objectivado pela consciência jurídica geral.” (OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública. Lisboa: Almedina, 2011 – 2ª reimpressão da edição de maio de 2003, p.389).*

²³ *“Antônio José Brandão (RDA 25:454) faz um estudo da evolução da moralidade administrativa, mostrando que foi no direito civil que a regra moral primeiro se imiscuiu na esfera jurídica, por meio da doutrina do exercício abusivo dos direitos e, depois, pelas doutrinas do não locupletamento à custa alheia e da obrigação natural.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 24ª edição, 2011, p.77).*

²⁴ HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. 8ª edição. Paris: Recueil Sirey, 1914.

administrativo que estivesse em juízo de compatibilidade formal com a lei, de modo que seria necessário, destarte, proceder também a um juízo de conformidade material com os fins da própria Administração Pública, ou seja, à consecução do bem comum e do interesse público.

Isso significa dizer que Hauriou defendia uma análise concreta dos motivos que ensejaram a prática do ato, concluindo que o desvio de poder “não se reduz à legalidade, como se tem dito, pois o objetivo da função administrativa é determinado muito menos pela lei que pela moralidade administrativa.”²⁵

Muito embora defendesse a moralidade administrativa como parâmetro autônomo para o controle dos atos da Administração Pública, referido autor apenas apresentou uma conceituação na 10ª edição de sua obra, como o “conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da Administração.”

A partir desse conceito, concebeu-se a moralidade administrativa como o complexo normativo explicitador das regras éticas constantes no disciplinamento legal da Administração Pública²⁶, o que fez, posteriormente, o Conselho de Estado Francês alargar o âmbito de aplicação do recurso por excesso de poder para atingir, além do aspecto objetivo de violação à lei, o desvio de finalidade, onde seria necessário imiscuir-se no *animus* do agente público, já que é possível o cumprimento moral ou imoral da lei, a depender das circunstâncias do caso concreto²⁷.

²⁵ HAURIOU, Maurice. *Op. cit.*, p.439.

²⁶ “Insistimos em que a moral administrativa é uma expressão que, fundada por Maurice Hauriou, a princípios do século XX, indicava a existência de regras não escritas no funcionamento da Administração Pública, assim como apontava uma especial valoração ética das normas existentes, remodelando os caminhos hermenêuticos vigentes à época. Desse modo, permitiu-se uma maior profundidade analítica aos julgadores, tanto na avaliação do comportamento objetivo da Administração Pública como no exame de suas intenções, quanto no aprofundamento do juízo de ilicitude inerente às condutas reprováveis, numa dimensão escalonada. Estamos a dizer que a moral administrativa impunha que os agentes públicos devessem observar não só uma legalidade formal, de pura fachada, mas, sobretudo, certas regras éticas que se incorporavam ao ambiente institucional e que se tornavam obrigatórias, juridicamente vinculantes, além de outras normas que, ao lado da legalidade, deveriam funcionar como parâmetros básicos da Administração Pública, integrando, obrigatoriamente, o conteúdo implícito das leis. (...) A moralidade administrativa, como espécie de conjunto de normas de ética institucional, é um princípio jurídico que nasce no final do século XIX, início do século XX, como ferramenta de rompimento do paradigma de um direito esgotado na lei, nos textos e nos dispositivos em seus conteúdos gramaticais escritas.” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 2010, págs.83 e 84).

²⁷ “A lei pode ser cumprida moral ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo:

Ocorre que, mesmo acolhendo os postulados de Hauriou, o órgão francês e a doutrina local nunca aceitaram a moralidade administrativa como categoria jurídica autônoma, enquadrando os vícios dela decorrentes no âmbito da “legalidade interna”²⁸.

Não obstante isso, a famosa teoria dos motivos determinantes (que permite a análise de verificação concreta dos motivos alegados para a produção de determinado ato) é decorrência direta da moralidade administrativa nos moldes propostos por Hauriou, uma vez que exige uma postura ética do administrador ao proibir a camuflagem dos reais motivos ensejadores do ato sindicado.

Pois bem, à luz da conceituação formulada por Hauriou para o princípio da moralidade administrativa, convém registrar as críticas formuladas à sua teoria, no sentido de que, ao conceituá-la como uma simples violação às normas internas da Administração, não apresentaria nada de diferente da legalidade e, por conseguinte, a violação da legalidade representaria, via de regra, violação à moralidade administrativa²⁹. Seria, pois, uma mera redundância.

Não obstante isso, deve-se atentar que os críticos confundem legalidade com juridicidade, entendida esta como o complexo de princípios e regras que influenciam a atuação do Poder Público. Assim, segundo entendemos, os princípios da moralidade e da legalidade possuem campos de incidência bem diversos, não assistindo razão aos críticos.

Destarte, o princípio da moralidade administrativa, em sua concepção original, impõe ao Estado o dever de atuar segundo os parâmetros éticos presentes em determinada sociedade, respeitando-se sempre a salvaguarda do interesse público e vedando-se o uso desviado das faculdades legais conferidas ao Poder Público.

Malheiros, 19ª edição, 2001, p.466).

²⁸ Conferir CHAPUS, René. *Droit Administratif general*, Tomo I. Paris: Montchrestien, 1995, p.941 e seguintes.

²⁹ “Marcel Waline critica a posição de Hauriou, concluindo que a violação à moralidade administrativa permite sancionar as violações ao espírito da lei que respeitem a sua letra; mas, em verdade, a violação ao espírito da lei ainda é uma violação à lei, logo o desvio de poder advindo de um ato imoral também é uma forma de ilegalidade. Em verdade, a imoralidade conduziria à ilegalidade, sendo absorvida por esta. (...) Sob outra ótica, constata-se que os atos dissonantes do princípio da legalidade, regra geral, sempre importarão em violação à moralidade administrativa, concebida como o regramento extraído da disciplina interna da administração.” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Op. cit.*, p.134).

2.2. A inaplicabilidade da moralidade administrativa à luz do pensamento de Maquiavel

Já se disse que Nicolau Maquiavel, em *O Príncipe*, defende abertamente a dispensabilidade da ética no poder³⁰, pois ela seria uma das “qualidades” que são “danosas” aos governantes e que os levam inevitavelmente à ruína, motivo pelo qual “é bem necessário parecer tê-las”, ou seja, é apenas uma maquiagem aceitável ao governante de plantão, já que o importante mesmo é a manutenção do poder.

Aliás, a própria razão de ser do livro já demonstra bem que moralidade não é o forte em Maquiavel. Senão, vejamos: sabe-se que ele era defensor do regime republicano, mas, uma vez afastado do poder à época dos *Médici* em Itália, ele escreveu *O Príncipe* com o propósito claro de retornar a prestar seus serviços. Isso fica muito claro em sua carta de anúncio da obra a Francisco Vettori³¹, que era seu amigo, escritor e diplomata de Florença em Roma à época³².

Trata-se de obra realista, em que ele prefere abordar claramente o que se fazia – e ainda se faz – para a manutenção do poder, ao invés de defender como deveria ser a conduta proba de qualquer homem público.

Assim, após a leitura minuciosa do livro em questão, podemos apresentar algumas características fundamentais do governante à luz de Maquiavel, que representam, sem dúvidas, a adoção de uma amoralidade política e administrativa.

Em primeiro lugar, destacamos o fato de que o príncipe deve praticar as medidas impopulares ou más de uma vez só e conceder os benefícios ao longo do tempo, para que as doses homeopáticas desses últimos apaguem as primeiras³³.

³⁰ “Pela projeção universal que logrou e ainda mantém, Maquiavel dispensa apresentação. Mais político do que filósofo ou doutrinador, simboliza, antes de mais, a ruptura do primado da ética e de uma ideia universal de direito, próprio da Idade Média, e o realçar do dinamismo da vontade dos homens. Se há livro que se afasta do tratadismo escolástico é, decerto, o *Príncipe* de Maquiavel.” VIDEIRA, Susana Antas. *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX – Contributo para a História dos Direitos Sociais*. Lisboa: AADFL, 2016, p.85).

³¹ Datada de 10 de dezembro de 1513, mesmo ano em que escreveu *O Príncipe*.

³² “Ponderei com Felipe sobre este meu opúsculo, se devia dá-lo ou não; e, devendo dá-lo, se devia levá-lo pessoalmente ou enviá-lo a vós. Não o dar preocupa-me, pois não seria lido por Juliano; e esse Ardinghelli poderia honrar-me com este meu último trabalho. Dá-lo vem da necessidade premente, pois eu me acabo, e não posso continuar assim por muito tempo sem me tornar desprezível pela pobreza. Além do desejo de que esses senhores Médici comecem a usar-me, nem que seja para rolar uma pedra.”

³³ “Pois as injúrias devem ser feitas todas juntas, de forma que, saboreando-se-as menos, ofendam também menos; já os benefícios devem ser feitos pouco a pouco, de forma a serem mais bem

Tal conselho lembra bem as políticas assistencialistas de longo prazo implementadas em diversos governos bolivarianos da atualidade, como na Venezuela de Chaves e Maduro, ou mesmo a legitimação popular dos governos petistas no Brasil (Lula e Dilma), em que as “conquistas sociais” são utilizadas como cortina de fumaça para esconder os sucessivos escândalos de corrupção na Administração Pública Federal (casos do “Mensalão” e “Petrolão”).

Em segundo lugar, chama atenção o fato de Maquiavel sugerir ao príncipe que aja como um camaleão político, mutante conforme as necessidades e conveniências do momento, independentemente de estar fazendo o justo, correto e honesto³⁴.

Na sequência, é curiosa a menção feita pelo florentino sobre a necessidade de descontrole financeiro quando se trate de bens alheios aos seus e de seus súditos (isto é, dos territórios conquistados ou das colônias) como sendo uma mera “liberalidade”³⁵, o que, sem dúvidas contribuiu para a formação da cultura da improbidade administrativa na maioria dos povos dominados³⁶ e a sensação ainda

saboreados.” (Capítulo VIII). Também no final do Capítulo IX, encontramos trecho que arremata essa visão, *in verbis*: “E, pois, um príncipe sábio deve pensar num modo pelo qual seus cidadãos tenham, sempre e em qualquer tempo, necessidade do estado e dele; e, depois, lhe serão sempre fiéis.” (Op. cit., p.91 e 96).

³⁴ No capítulo XV, fica muito clara essa concepção, quando ele escreve: “E muitos imaginaram repúblicas e principados que jamais se viram ou cuja existência não se conheceu na realidade; porque é tão distante o modo como se vive do modo como se deveria viver, que aquele que deixa o que faz pelo que deveria fazer, aprende mais a ruína que a preservação de si mesmo: porque um homem que queira professar o bem por toda a parte deve arruinar-se em meio a tantos que não são bons. Donde é necessário a um príncipe, querendo manter-se no poder, aprender a não ser bom, e usar isso, ou não, de acordo com a necessidade. (...) E sei que cada um admitirá que seria louvabilíssimo encontrar-se num príncipe todas as qualidades supracitadas que são consideradas boas; mas, porque não se pode tê-las nem inteiramente as observar, já que as condições humanas não o permitem, é necessário ao príncipe ser tão prudente que saiba escapar da infâmia daqueles vícios que arriscariam seu estado e, se possível, defender-se também daqueles que não o arriscariam; mas, não sendo possível, pode-se, com menos respeito, deixar estar.” (Op. cit., p.121-122).

³⁵ “(...) ou o príncipe gasta do seu e de seus súditos ou gasta do de outrem; no primeiro caso, deve ser parco; no outro, não deve refrear nenhuma liberalidade. E o príncipe que conduz exércitos, que se alimenta de butins, de saques e de resgates, manipula os bens de outrem, é-lhe necessária essa liberalidade; caso contrário, não seria seguido pelos soldados. E daquilo que não é teu, ou de teus súditos, pode-se ser generoso doador, como foram Ciro, César e Alexandre; porque gastar o que é dos outros não diminui teu prestígio, mas o aumenta: só te prejudica o gastar do teu. E não há coisa que se consuma a si mesma como a liberalidade.” (Op. cit., p.125).

³⁶ Sem olvidar que a dominação ou colonização ocorrida com base nessa premissa contribuiu fortemente na institucionalização da corrupção no ambiente público-privado no Brasil, é de se rechaçar a tese simplista de que o atual estado das coisas decorre da “herança maldita portuguesa”. Sem dúvidas, a historiografia não deixa negar a importação de práticas nada republicanas dos colonizadores além-mar. Contudo, já quase lá se vão dois séculos de independência do Brasil de Portugal e não há como se defender a corrupção como um fator hereditário dominante e incólume. O

presente nos dias de hoje, em especial por parte dos políticos de países “em desenvolvimento” como o Brasil, de que a coisa pública não é de ninguém.

Para além disso tudo, Maquiavel propugna o auge da sua imoralidade administrativa no capítulo XVIII (*De que modo manter a fé nas palavras do príncipe*), quando, sem mencionar expressamente o termo “razão de estado” apontado pela doutrina³⁷ como sua tese principal, defende claramente a premissa que o tornou conhecido mundialmente, qual seja: os fins justificam os meios³⁸.

Assim, vale tudo para a manutenção do poder³⁹: mentir, roubar, enganar,

Brasil é um país corrupto muito mais porque a sua população o é e escolhe continuar sendo por conveniências sociais, econômicas e políticas do que por conta da sua forma de colonização. Nesse mesmo sentido, conferir: “*Tendo o Brasil se tornado independente de Portugal em 1822, portanto há quase dois séculos, insistir em atribuir à formação cultural decorrente do período colonial a causa para os elevados índices de corrupção ainda verificados constitui fuga da realidade e tentativa de esconder os verdadeiros motivos e os reais beneficiários dos tão comuns desvios e fraudes praticados ao longo do século XX e que se perpetuam neste início de século XXI. Atribuir, ainda nos dias atuais, à herança portuguesa a culpa pelas deficiências em nossa formação cultural e considerá-la a principal causa da corrupção interessa apenas àqueles que se beneficiam das fraudes e dos desvios dos fundos públicos – entre os quais certamente não mais se incluem a monarquia ou a aristocracia portuguesas.*” (FURTADO, Lucas Rocha. *As Raízes da Corrupção no Brasil – Estudo de Casos e Lições para o Futuro*. 1ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p.18-19).

³⁷ “*Com efeito, a razão de Estado, que o célebre secretário de Florença ajudou a construir, ainda que o conceito não se encontre na sua obra, subscrevendo a autonomia da política, afasta a sujeição obrigatória do poder à religião, à ética e ao direito, trazendo ínsita a negação de qualquer via de controlo, mesmo contencioso, dos actos do detentor do poder político*” (VIDEIRA, Susana Antas. *Op. cit.*, p.88-89).

³⁸ “*É a partir de todos estes elementos que Maquiavel desenvolve, e defende vigorosamente, a chamada ‘razão de estado’, isto é, a doutrina segundo a qual o Estado deve obedecer a regras próprias de acção, diferentes das que tradicionalmente são ensinadas como regra moral aplicável aos indivíduos. Tudo o que for necessário para conquistar ou manter o poder é legítimo e deve ser feito, independentemente de ser ou não condenado pela moral, a qual segundo Maquiavel só pode aplicar-se aos indivíduos na vida privada. (...) Quer dizer: os fins justificam os meios. É esta a primeira face do maquiavelismo.*” (DO AMARAL, Diogo Freitas. *Op. cit.*, p.124).

³⁹ “*Deveis, portanto, saber que há dois meios de combate: um com as leis, outro com a força: o primeiro é próprio do homem, o segundo, das bestas; mas, como o primeiro muitas vezes não basta, convém recorrer ao segundo. Portanto, a um príncipe é necessário saber usar bem a besta e o homem. (...) Não pode, portanto, um senhor prudente, nem deve observar a fidelidade, quando tal observância lhe seja prejudicial e que tenham desaparecido as razões que o fizeram prometer algo. (...) Mas é necessário saber dosar bem esta natureza, e ser um grande simulador e dissimulador: e são tão simples os homens, e obedecem tanto a suas necessidades do presente, que aquele que engana encontrará sempre quem se deixará enganar. (...) A um príncipe, portanto, não é necessário ter de fato todas as qualidades supracitadas, mas é bem necessário parecer tê-las. Ao contrário, usarei dizer isto, que tendo-as e observando-as sempre, são danosas; e parecendo tê-las, são úteis; como parecer piedoso, fiel, humano, íntegro, religioso, e o ser; mas ter a disposição de ânimo para que, precisando não ser, possa e saiba mudar para o contrário. E há que entender isto que um príncipe, sobretudo um príncipe novo, não pode observar todas aquelas coisas pelas quais os homens são tidos como bons, sendo com frequência necessário para manter o estado, operar contra a fé, contra a caridade, contra a humanidade, contra a religião. E, porém, precisa ter um ânimo disposto a mudar segundo o comando dos ventos da fortuna e das variações das coisas e, como disse acima, não se distanciar do bem, se puder, mas saber entrar no mal, se precisar. (...) Trate, pois, um príncipe de vencer e de manter o estado: os meios sempre serão julgados honrados e*

dissimular, trair e, até mesmo, parecer bom, religioso, piedoso, humano e íntegro, já que não é recomendável sê-lo efetivamente, sob pena de ruína.

Esse, portanto, é a síntese do pensamento maquiavélico, totalmente incompatível com a adoção de moralidade administrativa ou qualquer dos seus corolários no que tange à prevenção e repressão à corrupção.

2.3. Erasmo de Rotterdam e a defesa da moralidade administrativa

Como dito inicialmente, Maquiavel e Erasmo são contemporâneos da época renascentista (século XVI), fato que não impediu que os mesmos tivessem pensamentos completamente diferentes no que diz respeito ao agir dos governantes públicos.

Naquilo que o primeiro via algo a ser feito, o segundo enxergava medida a ser evitada, ainda que sob o preço da perda do poder⁴⁰. Enquanto aquele fez um texto direto e claramente dirigido aos monarcas, esse último utilizou-se de técnica literária completamente diferente: a comédia ou o sarcasmo da “loucura”, que é o narrador da sua obra.

Em *Elogio da Loucura*, Erasmo, por meio de discurso em que se passa como sendo a “loucura”, faz menção aos diversos vícios de conduta dos homens de sua época, criticando todos os setores sociais no que cabível.

Especificamente sobre os príncipes, ele não ignora a realidade de que a maioria deles não é bom, que praticam atos ilícitos e criminosos, muito embora recrimine aberta e severamente tais comportamentos⁴¹.

louvados por todos”. (Op. cit. p., 131-134).

⁴⁰ “O Príncipe cristão deve possuir e ser instruído nas melhores virtudes: a distinção do bem e do mal; a honestidade pessoal; a preocupação com o bem-estar do seu povo, mesmo que isso acarrete o sacrifício da sua vida ou dos seus haveres, de necessário. Erasmo exorta o Príncipe cristão: ‘se me perguntas qual a cruz que tens de levar aos ombros, dir-te-ei: segue o Direito; não faças violência nem roubes ninguém; não te deixes corromper por nenhuma forma’. E conclui: ‘se perderes o trono, lembra-te de que ‘é muito melhor ser um homem justo do que um príncipe injusto.’” (DO AMARAL. Diogo Freitas. Op. cit., p.133).

⁴¹ “Crêem cumprir plenamente a função real, indo assiduamente à caça, mantendo belos cavalos, negociando a seu bel-prazer magistraturas e comandos, inventando todo dia novas maneiras de fazer com que o fisco absorva a fortuna dos cidadãos, descobrindo hábeis pretextos que encobrirão com aparência de justiça a pior iniquidade. (...) Imaginaí agora o Príncipe tal como é frequentemente. Ignora as leis, é bastante hostil ao bem comum, pois só tem em vista o seu; entrega-se aos prazeres, odeia o saber, a independência e a verdade, escarnece do interesse público e não tem outras regras além de suas cobiças e seu egoísmo.” (DE ROTTERDAM, Erasmo. Op. cit., p. 81-82).

Revela claramente que o príncipe deve, ao contrário, ter uma postura ética, proba e correta, sempre no intuito de satisfazer o interesse público, deixando claro que o vício de conduta do governante é mau exemplo universal exatamente por ser ele o espelho para a sua comunidade política⁴².

Assim, vê-se que a moralidade administrativa tal qual é concebida na atualidade já era defendida em certa maneira por Erasmo de Rotterdam.

Esse ponto de vista, debutado sob os auspícios de um regime monárquico é de suma importância para a desmistificação de um dogma doutrinário luso-brasileiro: a equivocada associação exclusiva do regime republicano às práticas anticorrupção inerentes à moralidade administrativa, como a separação absoluta entre os interesses privados do detentor do poder político-administrativo⁴³ com os interesses públicos⁴⁴.

Trata-se de corrente doutrinária amplamente majoritária que precisa ser desmistificada, pois a ética no poder (a chamada “ética republicana”) não é um atributo exclusivo da república⁴⁵, não sendo desconhecidas várias monarquias cujos

⁴² “Assim que toma o poder, já deve pensar apenas nos negócios políticos e não nos seus, só visar ao bem geral, não se afastar uma polegada da observação das leis que promulgou e fazer executar, exigir integridade de todos na administração e nas magistraturas. Todos os olhares voltam-se para ele, pois ele pode ser, por suas virtudes, o astro benfazejo que garante a salvação dos homens ou o cometa mortal que lhes traz o desastre. Os vícios dos outros não têm tanta importância e a influência deles não vai tão longe; mas o Príncipe ocupa uma posição tal que suas menores faltas espalham o mau exemplo universal.” (DE ROTTERDAM, Erasmo. *Op. cit.*, p.81).

⁴³ “A República Portuguesa incorpora aquilo que sempre se considerou como um princípio republicano por excelência: a concepção de função pública e cargos públicos estritamente vinculados à prossecução dos interesses públicos (art.269º) e do bem comum (*res publica*) e radicalmente diferenciados dos assuntos ou negócios privados dos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes dos poderes públicos (*res privata*).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 7ª edição, 2003, p.227 e 228).

⁴⁴ “O interesse público constitucionalmente referenciado como medida de vinculação da actividade administrativa encontra apoio no próprio princípio democrático republicano. Este exige que os titulares de órgãos, funcionários ou agentes da administração pública exerçam as suas competências e desempenhem as suas atribuições para a satisfação dos interesses da colectividade (‘do povo’, dos ‘cidadãos’) e não para a satisfação de interesses privados ou interesses das apócrifas máquinas burocráticas públicas” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II. Lisboa: Coimbra, 4ª edição, 2010, p.796).

⁴⁵ “A consagração da forma republicana de governo como limite material de revisão constitucional (artigo 288º, alínea b) e, por outro lado, uma alegada tradição republicana, permitindo descortinar um possível princípio republicano, tem levado a que se fale na existência de uma ‘ética republicana’, vinculativa da conduta dos titulares de cargos públicos, especialmente ao nível de todos aqueles que assumem natureza política (...). Sucede, porém, que, ao invés do invocado, nenhuma relação directa existe entre tais normas de cunho ético no exercício do Poder e a forma republicana de governo: a designada ‘ética republicana’ é um mito, pois tanto conhecemos formas republicanas de governo sem respeito por alguns titulares de cargos políticos de qualquer ética republicana, como sabemos da existência de formas monárquicas de governo em que os governantes têm uma componente ética no exercício das suas funções políticas (v.g., Reino Unido, Suécia).” (OTERO, Paulo. *Direito*

governantes são bem mais éticos do que alguns representantes republicanos (basta comparar o Reino Unido com a República de Angola, por exemplo).

Assim sendo, não nos parece correta a associação entre o regime republicano e a necessária prática de atos éticos, já que a probidade no exercício da função pública é algo inerente ao *múnus* estatal, independente da forma de governo adotada.

3. CONCLUSÕES

À luz de tudo o que foi exposto no presente trabalho, percebe-se que o fenômeno da corrupção é recorrente em todos os tipos de governo e de Estado, cuja origem remonta aos tempos mais antigos e nunca será eliminada por completo, haja vista a natureza humana.

Nesse tocante, viu-se também que um dos postulados fundamentais na prevenção e repressão à corrupção é o da moralidade administrativa, cujas premissas da honestidade, decoro, probidade, justiça e lealdade às instituições encontrou em Nicolau Maquiavel e Erasmo de Rotterdam dois pensadores extremamente antagônicos, apesar de contemporâneos (início do século XVI).

O primeiro defendeu não só a separação da moral com os assuntos do príncipe, chegando mesmo a incentivar e justificar a prática de atos imorais do monarca em nome da manutenção do poder, que era o único fim válido. Já Erasmo, apesar de reconhecer os vícios recorrentes dos monarcas de sua época, rechaçou os comportamentos imorais e defendeu a ética no agir estatal, mesmo em um regime monárquico.

Aliás, esse contraponto renascentista também serve para demonstrar que ética na política não é exclusividade de repúblicas, mas deve ser um preceito a ser adotado em qualquer tipo de Estado e forma de governo, pois o bem comum só será atingido à luz das balizas da moralidade administrativa.

4. REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição. Lisboa: Almedina, 2003;
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, Lisboa: Coimbra, 2010.
- CHAPUS, René. *Droit Administratif general*, Tomo I. Paris: Montchrestien, 1995.
- CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2ª edição, 1986.
- DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Princípio da Moralidade Administrativa. *Revista de Direito Tributário nº69*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 24ª edição, 2011.
- DO AMARAL, Diogo Feitas. *História do Pensamento Político Ocidental*. Lisboa: Almedina. 1ª edição, 2016.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Atlas, 4ª edição, 2016.
- FURTADO, Lucas Rocha. *As Raízes da Corrupção no Brasil – Estudo de Casos e Lições para o Futuro*. 1ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2013.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. 8ª edição. Paris: Recueil Sirey, 1914.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O Princípio da Moralidade Pública e o Direito Tributário*. RTDP, Malheiros, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe – Tradução e Notas Leda Beck*. São Paulo: Martin Claret Editora, 2012.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª

edição, Lisboa: Coimbra, 2010.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Tomo II, Volume 2, Lisboa: Coimbra, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação*. *Revista de Direito Administrativo* nº190/1, 1992.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 37ª edição, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*. Volume I. Lisboa: Almedina, 2014 – reimpressão da edição de 2010.

_____. *Direito Constitucional Português*. Volume II. Lisboa: Almedina, 2010.

_____. *Direito do Procedimento Administrativo*. Vol. I. 1ª Edição. Lisboa: Almedina, 2016.

_____. *Legalidade e Administração Pública*. Lisboa: Almedina, 2011 – 2ª reimpressão da edição de maio de 2003.

PIMENTEL FILHO, André. *(Uma) Teoria da Corrupção – Corrupção, Estado de Direito e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2015.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª Edição, 9ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROTTERDAM, Erasmo de. *Elogio da Loucura* – Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*, Tomo I – Introdução e Princípios Fundamentais. 5ª edição. Lisboa: D. Quixote, 2014.

ATUAÇÃO PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – UM OLHAR SOBRE AS AQUISIÇÕES PÚBLICAS

PREVENTIVE ACTION BY THE PUBLIC MINISTRY – A LOOK AT PUBLIC ACQUISITIONS

Daniel Azevedo¹

Jamylle Hanna Mansur²

*“O que me preocupa não é nem o grito dos corruptos, dos violentos, dos desonestos, dos sem caráter, dos sem ética... O que me preocupa é o silêncio dos bons”.*³

Sumário: 1. Introdução. 2. Do princípio da publicidade e a conseqüente transparência. 3. Atuação preventiva – De olho nos avisos, dispensa e inexigibilidade de licitação. 4. A experiência na Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa de Belém-PA: uma boa prática. 5. Conclusão. Referências.

Resumo: A importância da atuação preventiva do Ministério Público referente à fiscalização das aquisições públicas é latente. Usar mecanismos de transparência, com intuito de evitar que o gasto público indevido seja concretizado, ou seja, impedir que um contrato público ilícito seja executado e pago é o melhor meio de combater a corrupção nesta seara, já que, como é de conhecimento público, a devolução ao erário demanda uma grande força de trabalho, muitas vezes sem êxito.

¹ Possuidor de Grado em doutorado de Direitos Humanos, pela Universidade de Salamanca-ES. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará.

² Pós-graduada (*lato sensu*) em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Professora do Curso de Formação de Pregoeiros e do Curso de Elaboração de Edital e Termo de Referência da Escola de Governança Pública do Estado do Pará. Assessora Técnica Especializada do Ministério Público do Estado do Pará – MPE/PA.

³ Célebre frase de Martin Luther King.

Abstract: The importance of the preventive action of the Public Ministry regarding the supervision of the public acquisitions is latent. Using transparency mechanisms to prevent undue public expenditure from being implemented, ie preventing an unlawful public contract from being executed and paid is the best means of combating corruption in this area, as it is public knowledge that return to the treasury demands a large and often unsuccessful workforce.

Palavras-chave: Ministério Público. Prevenção. Publicidade. Transparência. Licitação. Dispensa. Inexigibilidade. Moralidade.

Keywords: Public Ministry. Prevention. Publicity. Transparency. Bidding. No-bid contract. Impossibility of bidding process. Morality.

1. INTRODUÇÃO

A prevenção está diretamente ligada à ideia de se evitar acontecimentos futuros e indesejados, de modo que é totalmente adequada e recomendável essa forma de atuação ao representante do Ministério Público.

De fato, ao agir preventivamente o representante do Ministério Público, estará melhor defendendo a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis⁴, notadamente a Probidade Administrativa – enquanto algumas de suas principais atribuições – pois poderá evitar que as violações ilícitas ocorram, o que é mais resolutivo e eficiente que apenas tentar remediar as consequências danosas e buscar a punição dos envolvidos.

Especificamente no que tange à probidade administrativa, é consabido que nosso ordenamento jurídico⁵ já há muito percebeu que tal interesse precisa de especial atenção e proteção, considerando que não mais restam dúvidas de que a

⁴ Art. 127 da Constituição Federal de 1988 – O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁵ “O âmbito valorativo da improbidade administrativa, portanto, em consonância inclusive com a expressa previsão constitucional do princípio da moralidade administrativa, ganhou corpo efetivamente com a Constituição de 1988” (DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2007. p. 20.).

malversação de dinheiro público atinge, direta e indiretamente, os mais basilares direitos fundamentais e, por via de consequência, o bem comum.

Em recente reportagem, o Jornal *El País*⁶ divulgou que, a cada ano, a ineficiência do gasto dos Governos da América Latina e do Caribe gera um desperdício total de 220 bilhões de dólares (cerca de 891 bilhões de reais), equivalente a 4,4% do PIB; informa que o Banco Interamericano de Desenvolvimento identificou três grandes fontes de ineficiência, presentes em maior ou menor grau em todos os países da América Latina e do Caribe, como as compras públicas – seja por problemas nas licitações, seja por ineficiências na seleção de projetos de investimento adequados ou corrupção.

Nesse contexto, o presente artigo pretende demonstrar a importância da publicidade e da transparência, notadamente para o controle dos atos administrativos, pois certamente são ferramentas fundamentais na busca e na averiguação de situações suspeitas, especialmente no âmbito das contratações públicas.

Com efeito, um olhar mais apurado nas publicações contidas nos diários oficiais e portais da transparência – em especial, nos avisos, dispensas e inexigibilidades de licitação – permite que se obtenham informações valiosas sobre as contratações públicas, de onde podem ser abstraídos eventuais indícios de graves ilicitudes.

Defendemos que, quando essas ilicitudes são verificadas na fase licitatória e antes do início da execução dos contratos administrativos, há grandes chances da intervenção ministerial ser realmente eficaz, com base em recomendações ou até na celebração de termos de ajustamento de conduta, evitando que os produtos ou serviços sejam fornecidos e, conseqüentemente, pagos com as verbas públicas, o que obsta, portanto, que o dano ao erário se consume, o enriquecimento ilícito se materialize ou alguma violação de princípio realmente ocorra.

Sobre essa rotina de ilicitudes, Fernando Rodrigues Martins salienta:

É comum observar, mesmo considerando a construção jurídica rígida em face de atos de improbidade administrativa, a existência daninha e diária de licitações fraudulentas ou desprovidas de conteúdo lícito, assim como a celebração de contratos administrativos em total

⁶ El País. Dinheiro público mal gasto na América Latina bastaria para acabar com a extrema pobreza. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/24/internacional/1537762790_089270.html>.

desacordo com os princípios constitucionais balizadores da gestão pública honesta⁷.

Por fim, para corroborar nossa visão teórica aqui defendida, pretendemos ilustrar cinco práticas exitosas, vivenciadas nos diversos cargos das Promotorias do Patrimônio Público de Belém, no Estado do Pará, em que houve a adoção do procedimento de leitura habitual do Diário Oficial do Estado do Pará, bem como do Diário Oficial do Município de Belém, o que permitiu, de forma ágil e preventiva, a intervenção ministerial em situações de potencial dano a probidade administrativa.

2. DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A CONSEQUENTE TRANSPARÊNCIA

Publicidade e transparência estão diretamente ligadas, pois a publicidade é o meio e a transparência é o fim. Apesar dessa vinculação, nem tudo que é público é transparente, já que em diversas situações, ainda que haja publicidade, a informação não é clara ou verdadeira.

A publicidade é imposição constitucional, pois o art. 37 da Carta Magna foi taxativo quando dispôs que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverá obedecer tal diretriz principiológica.

Sobre o tema, Alexandre de Moraes afirma:

A publicidade se faz pela inserção do ato no Diário Oficial ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e, conseqüentemente, início da produção de seus efeitos, pois somente a publicidade evita os dissabores existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias⁸.

Por sua vez, a Lei nº 12.527/2011⁹ veio com intuito de regulamentar o acesso à informação e garanti-lo à sociedade, trazendo como preceito geral a observância da

⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 39.

⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 351.

⁹ Lei nº 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação, que começou a vigorar em 16 de maio de 2012 e regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

publicidade, de modo que os órgãos públicos estão obrigados a uma gestão transparente, com ampla disponibilização da informação e divulgação dos seus atos.

A realização do princípio da publicidade constitui-se em um dever da administração e se contempla com o direito à informação do cidadão. Desta conjugação, tem-se a satisfação dos demais princípios que regem a administração pública. Constata-se que a administração agiu ao amparo da legalidade, busca-se a moralidade, e é satisfeita a efetividade, princípios estes todos que servem à realização do Estado Democrático de Direito.

Embora a transparência não seja expressa dentre os princípios que regem a Administração Pública, a partir dos enunciados, deles pode-se extrair. Desta forma, a transparência demonstra ser uma integração do princípio da publicidade conjugado com o direito à informação (art. 5º, XXXIII, CF/88) e o princípio democrático. A publicidade visa, por meio da divulgação do fato, a assegurar que o ato foi praticado de acordo com a legalidade, moralidade e os demais preceitos que regem a Administração¹⁰.

O princípio da publicidade, e a transparência que dele deve ser decorrente, tem uma dimensão maior quando o assunto é contratação pública, isto porque, para que em uma licitação haja fornecedores interessados e, por consequência, maior competitividade, é primordial que o aviso seja publicado com informações claras¹¹, assim como o edital tenha fácil acesso. De fato, o art. 3º¹² da Lei nº 8.666/93 preceitua que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com o princípio da publicidade, dentre outros.

¹⁰ LIMBERGER, Têmis. *Cibertransparência: informação pública em rede*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 44.

¹¹ Para a licitação pública, o princípio da publicidade é de vital importância. Sem ele, já não se poderia falar em licitação pública, mas tão somente em licitação privada. Ora, se não há publicidade, se a licitação é destinada a grupo restrito de pessoas, não se pode chamar de pública. Aliás, se alguns têm condições de saber da licitação e outros não, não há igualdade, que é a causa da licitação. Desse modo, sem publicidade, não há utilidade em realizar licitação. (NIEBUHR. Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 4º ed., 2015, p. 60).

¹² Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Releva notar, inclusive, que não só os avisos de licitação devem ser publicados, pois os contratos, ratificação de dispensa e inexigibilidade de licitação também precisam ser divulgados para terem validade e permitirem o devido controle social. Somente por meio da ampla publicidade a sociedade e os órgãos de fiscalização saberão como estão ocorrendo os gastos públicos, conforme assinalado com maestria pelo preclaro jurista Marçal Justen Filho:

A publicidade orienta-se a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados. Parte-se do pressuposto de que as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. Sendo ilimitadas as condições de fiscalização, haverá maior garantia de que os atos serão corretos. Perante a CF/1988, a garantia foi ampliada (art. 5.º, XXXIII). Sob esse prisma, a publicidade traduz-se no desenvolvimento não sigiloso dos atos pertinentes à licitação, inclusive com a prestação de informações a todos os cidadãos, independentemente de seu efetivo interesse em participar do certame. A Administração não pode negar informações ou adotar soluções concretas que dificultem o conhecimento público dos atos praticados¹³.

Alertamos, ainda, que publicidade não é apenas divulgar os avisos de licitação em sítios oficiais, jornais de grande circulação e diários oficiais, porquanto respeitar o princípio aqui discutido é possibilitar que as informações cheguem aos interessados de forma explícita e objetiva. Daí decorre a afirmativa de que nem tudo que é público é transparente, pois publicidade precária também é uma forma de burlar a legislação.

A publicidade, expressamente consignada no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, é o princípio que exige da Administração Pública a ampla divulgação dos seus atos, como forma de efetiva a transparência e coibir abusos e atos de fraude e corrupção. A transparência estatal é uma condição primária para a garantia dos direitos do cidadão em face do Estado.

A adequada publicidade do extrato do edital de licitação em imprensa oficial e também em jornal diário de grande circulação na região da aquisição do bem ou da prestação dos serviços é condição essencial

¹³ MARÇAL. Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos*. São Paulo: 17ª ed. Revista dos Tribunais, 2016 p.118.

para o cumprimento dos princípios constitucionais da publicidade e da isonomia e do art. 21, inciso III, da Lei nº. 8.666/93. As principais ocorrências relacionadas à publicidade que podem resultar em uma fraude, são: Prazo útil restrito, ausência de publicação nos meios adequados, informações genéricas do objeto licitado e simulação de publicidade¹⁴.

Exemplificativamente, restaria desatendido o princípio em questão – por falta de transparência do ato administrativo – na hipótese de se fazer a publicação de uma ratificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, na qual não conste menção sobre o objeto, valores ou sua fundamentação jurídica ou um aviso de licitação que mencione o objeto da licitação de forma muito genérica. A Súmula nº 177¹⁵ do Tribunal de Contas da União coaduna-se com esse entendimento:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

É notório, portanto, que a publicidade ronda todo o processo de contratação pública, pois, se assim não fosse, as ilicitudes, que hoje já são muitas, certamente seriam infinitamente maiores. Essa é a razão, inclusive, pela qual a Lei de Acesso à Informação trouxe como obrigatória a divulgação na internet de informações pertinentes à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação e contratos administrativos, facilitando a fiscalização, pois, “a publicidade, em muitos casos, mostrou-se mais eficaz que o próprio aparato coercitivo do Estado”¹⁶, como bem comenta Lucas Rocha Furtado:

¹⁴ SANTOS, Frankin Brasil; SOUZA, Kleberon Roberto. *Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 54.

¹⁵ Brasil. Tribunal de Contas da União. *Súmula nº 177*. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/pesquisa/sumula>>.

¹⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9º ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011. p. 197

Nos momentos atuais, a modernização dos meios de comunicação, sobretudo em relação à transmissão e divulgação de informações por meios magnéticos, deve ser incorporada pela população como instrumento de acompanhamento e controle da atividade administrativa do Estado. É dever do Estado desenvolver soluções em informática que permitam o controle da Administração, sobretudo em relação à execução dos gastos públicos. Quantas vezes não são liberados recursos públicos para execução de obras em municípios, a obra não é executada e ninguém tem sequer ideia de que houve referida liberação! Somente a efetiva participação da população no controle da Administração Pública, sobretudo em relação à execução dos gastos públicos, o que pode ser feito pela adoção dos mecanismos de transparência a serem disponibilizados na internet, pode possibilitar o efetivo controle dos gastos públicos por meio do tão sonhado controle social¹⁷.

Em suma, os órgãos de controle – em especial o Ministério Público – têm nas publicações do Diário Oficial e em demais sítios oficiais uma ferramenta de grande utilidade para averiguar os gastos públicos, permitindo uma ágil atuação quando houver suspeitas de ilicitudes, atingindo o objetivo mais importante da existência princípio da publicidade: uma eficaz fiscalização.

3. ATUAÇÃO PREVENTIVA – DE OLHO NOS AVISOS, DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

No senso comum, o Ministério Público é denominado de “fiscal da lei”. A própria Constituição Federal diz que a essa instituição cabe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o que para muitos só é efetivado quando o membro do *Parquet* interpõe ações judiciais contra os responsáveis pelas violações, para sancioná-los pelas condutas ilícitas já materializadas. Essa, contudo, é uma visão ultrapassada e limitada sobre o exercício das funções ministeriais, pois desconsidera a relevante atuação preventiva e

¹⁷ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 92.

extrajudicial que, muitas vezes, possui uma resolutividade e resultados muito mais consistentes.

Interesses sociais e individuais indisponíveis estão diretamente ligados ao interesse público, o qual, contudo, não se confunde meramente com o interesse da Administração Pública. De fato, “o interesse público diz respeito aos beneficiários dos atos da Administração e não àqueles que o praticam”¹⁸.

No que tange à probidade administrativa, Juarez Freitas a preconiza como um direito fundamental indisponível:

(...) direito fundamental à boa Administração Pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a convergência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem¹⁹.

Pedro Roberto Decomain, por sua vez, defende patrimônio público e direito à observância da probidade administrativa como direitos difusos:

Tanto o patrimônio público quanto o direito a que no exercício de suas atividades funcionais os agentes públicos atuem com a mais estrita observância da probidade administrativa apresentam os elementos característicos dos direitos difusos, postos no respectivo conceito legal, veiculado pelo art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC. De acordo com o dispositivo em referência, por interesses ou direitos difusos devem entender-se, para os efeitos daquele Código (o que significa também para toda a respectiva proteção coletiva, nos termos do art. 21, da Lei n. 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública), os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato²⁰.

¹⁸ COSTA, Susana Henriques. *O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 59.

¹⁹ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22.

²⁰ DECOMAIN, Pedro Roberto. op. cit p. 27.

Nesse contexto, é indubitável que o dinheiro público mal aplicado ou desviado em benefício de alguém – por meio do direcionamento na contratação de uma empresa, por exemplo – é uma forma de violar interesse público, pois gera grave prejuízo ao erário, o qual recai, direta ou indiretamente, contra a sociedade.

Quando determinado processo de contratação pública é conduzido de modo ilegal por meio do estabelecimento, pelo órgão público contratante, de exigências desnecessárias constantes do edital de licitação, cujo único e exclusivo propósito é favorecer determinada empresa, poder-se-ia imaginar que a vítima seriam as demais empresas daquele segmento, ou ainda a empresa que, se não tivesse ocorrido o favorecimento, obteriam a adjudicação do contrato. Ao se examinar mais detalhadamente esse aspecto, constata-se que o objeto do favorecimento é a contratação por preços muito acima daqueles praticados no mercado e se verifica que a primeira vítima da corrupção é o Estado contratante, o que, em última instância, importa em transferir o ônus pela contratação superfaturada a toda a coletividade²¹.

Dessa forma, o Ministério Público não pode se quedar inerte no combate amplo e diário contra todas as formas de violações de interesses públicos, especialmente aquelas que se inserem no âmbito das contratações públicas, as quais envolvem montantes expressivos do erário.

Ressaltamos, inclusive, que essa atuação ministerial não pode ser apenas reativa, mediante provocação, tal como já foi regra no passado próximo. As exigências de proteção dos interesses da coletividade – que notoriamente estão sofrendo massivas violações, conforme noticiado diuturnamente pelos meios de comunicação – exigem um comportamento proativo do promotor de Justiça, externado por meio de práticas preventivas, que busquem evitar e desestimular os atos de corrupção nas contratações públicas.

Na prática, o que observamos é que a atuação tardia do Ministério Público, após o recebimento de representações de terceiros, muitas vezes tem como o único e mais eficiente resultado a interposição de ação de civil de improbidade

²¹ FURTADO. Lucas Rocha. *A luta contra a corrupção: aspectos conceituais relacionados ao estudo do tema*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 27.

administrativa, com pedido de ressarcimento ao erário e aplicação de outras sanções contra os envolvidos, o que, em verdade, tem reduzidíssimo êxito, seja pela morosidade da Justiça ou pela ocultação de patrimônio pelo improbo, que impede a efetiva recomposição do dano causado, ainda que haja condenação.

Assim, o “olhar” sobre as aquisições públicas precisa ser modificado, ampliando o alcance da defesa do interesse coletivo à probidade administrativa. A análise das contratações públicas já deve partir das publicações cotidianas em Diários Oficiais, de onde se pode abstrair indícios de ilicitudes, que permitem uma pronta e, muitas vezes resolutiva, atuação ministerial.

É certo que essa simples mudança de procedimento por parte do Ministério Público, com ênfase na fiscalização continuada e diária das contratações públicas, já permite que muitas práticas errôneas sejam adequadas ou obstadas, antes de produzirem efeitos nefastos.

Defende de forma cirúrgica Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis:

O que direciona a atuação ministerial para o viés preventivo é a evitabilidade do resultado lesivo ao patrimônio público e a irreversibilidade, quase constante, dos danos aos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais sociais. Na seara do patrimônio público, a atuação do Ministério Público como instrumento de proteção preventiva extrajurisdicional ganha relevo quando são analisadas, logicamente, as consequências nefastas dos danos causados à sociedade pela má gestão ou malversação do conjunto de bens massificados. Diante de todas as previsões constitucionais e infraconstitucionais de controle do patrimônio público, não se pode mais conceber a ideia de inércia das instituições de proteção, nem uma atuação meramente repressiva, sob pena de irreversibilidade danosa ou compensação insuficiente, exigindo-se, pois, da instituição ministerial, o controle extrajurisdicional preventivo, como a mais eficaz modalidade de proteção²².

Na prática, a verificação mais apurada e habitual dos Diários Oficiais e portais da transparência possibilita observar quais aquisições públicas estão sendo

²² WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. O patrimônio público como direito fundamental difuso e o Ministério Público como instrumento de sua proteção preventiva extrajurisdicional – aspectos teóricos e práticos. Escala de ação progressiva. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público: improbidade administrativa*. nº 5. Brasília: CNMP, 2015. p. 60.

realizadas, ou seja, se são compatíveis com o porte do órgão público, com suas aparentes necessidades e se os preços praticados estão compatíveis com o mercado de consumo, ao que se soma a possibilidade de ser avaliada a adequação da forma escolhida para materializar tais contratações: se por obrigatório processo licitatório ou, principalmente, se foram adotados procedimentos de dispensas e inexigibilidades, ainda que excepcionalmente admitidos.

Frise-se que o objetivo de tais verificações não é “satanizar” as contratações diretas, feitas por dispensa ou inexigibilidade de licitações, no entanto, é de conhecimento público que é por meio da ausência da competitividade, travestida em fracionamento de despesa, contratação emergencial indevida e falsa exclusividade/singularidade, por exemplo, que muitas fraudes acontecem, o que torna salutar que sejam melhor observadas essas formas de aquisição, já na sua fase inicial, evitando contratos nulos e pagamentos indevidos.

Corroborando esses pensamentos, merecem transcrição os escólios de Salomão Ismail Filho:

A ação preventiva deve ser a regra, e não a exceção, na atuação do Ministério Público em defesa do patrimônio público. Afinal, o trabalho de mediação e negociação social do Ministério Público constituir-se-á, gradativamente, em uma referência pedagógica, evitando a prática de novas condutas que venham a macular a probidade e a eficiência na Administração Pública brasileira²³.

Releva notar, inclusive, que essa forma de atuação não tem como finalidade principal a interposição de demandas judiciais contra o gestor público, pois a prevenção implica mais em detectar a irregularidade ou ilegalidade, buscando sua correção no caso concreto e a não reincidência da conduta no futuro, por meio da expedição de recomendações²⁴, as quais têm como resultado prático o conhecimento

²³ FILHO, Salomão Ismail. A importância da atuação preventiva do Ministério Público *ombudsman* em prol da boa administração, no combate à improbidade administrativa. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*: improbidade administrativa. Nº 5. Brasília: CNMP, 2015. p. 124.

²⁴ “No que tange às recomendações, elas, inexoravelmente, arrimam-se sob o pálio do princípio da prevenção, haja vista que inúmeras vezes a repressão não restaura o status anterior ao prejuízo, considerando-se que a reconstrução da crença na probidade administrativa não é linear, perpassando o turbilhão da complexidade do processo social e político”. (AGRA, Walber de Moura. *Comentários sobre a lei de improbidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 248).

do agente sobre a falta de probidade do seu procedimento, estabelecendo assim seu dolo, acaso não observadas imediatamente as orientações ministeriais.

Emerson Garcia já teceu comentários sobre essa importante função das recomendações ministeriais:

No que diz respeito aos efeitos, em múltiplas situações as recomendações ultrapassam o campo da mera exortação moral, contribuindo para a exata identificação dos elementos anímicos que direcionaram o destinatário em suas ações ou omissões. Exemplo sugestivo pode ser divisado, no caso de existir dúvida em relação ao dolo do agente na violação dos princípios da atividade estatal, situação passível de configurar o ato de improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei nº 8.429/1992: demonstrada a ilicitude do comportamento, mas persistindo o agente em adotá-lo, o dolo restará demonstrado.²⁵

Igualmente, um outro instrumento de atuação ministerial que decorre desse “olhar” preventivo sobre as aquisições públicas corresponde à celebração de termos de ajustamento de conduta, disciplinados na Resolução nº 179/2017 do CNMP²⁶ – com cabimento até em hipóteses caracterizáveis como improbidade administrativa – pois permite a correção das situações potencialmente danosas, sem a necessidade do envolvimento direto do já sobrecarregado Poder Judiciário, o que garante uma maior eficiência e resolutividade.

Em suma, a inserção desta maneira de atuar na rotina de todas as promotorias de combate à improbidade administrativa – além de ser obrigação de um Ministério Público comprometido como o cumprimento amplo de suas atribuições constitucionais – certamente representaria um marco para diminuição das improbidades que rotineiramente ocorrem nos processos de contratações públicas, tais como limitações de acesso aos editais licitatórios e outras informações essenciais aos interessados, o fornecimento de produtos e serviços claramente não emergenciais²⁷ ou decorrentes

²⁵ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuição e regime jurídico*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 555-556.

²⁶ Art. 1º, § 2º “É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”.

²⁷ Art. 24 da Lei nº 8.666/93 - É dispensável a licitação: IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180

de “emergências fabricadas”²⁸, os quais violam a competitividade de certames públicos e impedem a celebração de contratos que melhor atendam ao interesse da coletividade.

4. A EXPERIÊNCIA NA PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA DE BELÉM-PA: UMA BOA PRÁTICA

Com intuito de colocar em prática uma fiscalização mais eficaz no que tange às contratações públicas, os ocupantes dos cargos da Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa de Belém assumiram a postura aqui defendida de averiguação cotidiana do Diário Oficial do Estado do Pará e do Diário Oficial do Município de Belém, de modo que todos os dias a equipe de apoio técnico observa as publicações, usando palavras-chaves como “licitação”, “dispensa” e “inexigibilidade”, por meio da tecla de atalho do computador, em busca de situações suspeitas.

Assim, os “achados”, dependendo do caso, dão origem a uma investigação preliminar, feita de forma bem simples, com a observação dos portais da transparência e outras fontes abertas de informação, de modo que o material daí resultante é encaminhado à Coordenação da Promotorias para ser distribuído como “notícia de fato”²⁹ entre os seis cargos de Defesa do Patrimônio Público e Moralidade Administrativa da capital.

A notícia de fato, em verdade, corresponde a um relato sucinto, resumindo a possível ilicitude encontrada na publicação suspeita, na qual também são colacionados documentos relativos ao caso, tais como consultas porventura feitas no mural de licitação mantido pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará – TCM/PA³⁰, de acesso público, pois em tal sítio eletrônico está cadastrada a maior

(cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.

²⁸ “Emergência fabricada é a situação de emergência que decorre da ação, dolosa (intencional) ou culposa do administrador (decorrente da falta de planejamento, da desidiosa administrativa ou da má gestão dos recursos públicos) que culminam numa contratação dispensável sob o pretexto de não causar dano maior à Administração Pública”. (BLUMEN, Abraão. Et al. *Questões polêmicas da administração pública – processo administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 62).

²⁹ Atualmente disciplinada pela Resolução 174, de 04 de julho de 2017, oriunda do CNMP.

³⁰ Cf. <<https://www.tcm.pa.gov.br/mural-de-licitacoes/>>.

parte dos procedimentos licitatórios de todos os órgãos municipais, bem como as dispensas e inexigibilidades ratificadas e os contratos correlatos.³¹

Em agosto do ano de 2017 essa rotina foi, inclusive, transformada em projeto e registrada como boa prática no Conselho Nacional do Ministério Público³², e foi inserida no plano de atuação das promotorias biênio 2018/2019.

Nesse contexto, até o final do mês agosto de 2018, ou seja, um ano após a implementação dessa boa prática, já foram catalogadas vinte e sete publicações consideradas suspeitas e, portanto, passíveis de fiscalização, dentre as quais podem ser destacadas as seguintes:

4.1. Caso Secretaria Municipal de Urbanismo – SEURB

A Secretaria Municipal de Urbanismo de Belém publicou no Diário Oficial do Município uma ratificação de inexigibilidade de licitação, cujo objeto era elaboração de projetos de restauração e reforma arquitetônica e de bens integrados, com vistas à execução de obras de requalificação e conservação da praça Batista Campos, no valor de R\$198.964,48 (cento e noventa e oito mil, novecentos e sessenta e quatro reais e quarenta e oito centavos).

A suspeita inicial era de que a referida contratação não se enquadrava nos casos de inexigibilidade previstos na legislação, por não corresponder, aparentemente, a um serviço em que fosse viável a competição. Assim, diante da notícia de fato daí decorrente, foi instaurado procedimento preparatório pelo promotor de Justiça, para quem foi distribuído o caso, de modo que o Secretário foi notificado a comparecer no Ministério Público para prestar esclarecimentos.

Após a análise do processo de inexigibilidade e a oitiva do referido Secretário de Estado, restou concluído que a contratação não estaria cumprindo os requisitos exigidos para se enquadrar em alguma das hipóteses de inexigibilidade, de modo que foi expedida recomendação no sentido de ser anulado o contrato daí decorrente – acaso o administrador público estivesse de boa-fé na situação –, o que acabou por ocorrer, conforme publicação no Diário Oficial do Município, em 25 de outubro de

³¹ No Estado do Pará, os órgãos estaduais não têm a mesma obrigatoriedade dos órgãos municipais quanto a registro em “mural de licitação”, já que essa é uma obrigatoriedade imposta pelo TCM/PA.

³² O nome da iniciativa é “De olho no Diário Oficial”, e o número de cadastro é 1823/2018.

2017. Neste caso, a execução contratual ainda não tinha iniciado e nenhum pagamento foi realizado, em razão da pronta intervenção ministerial, tampouco foram localizadas outras publicações no mesmo sentido desde então.

4.2. Caso Secretaria de Transportes do Estado do Pará – SETRAN

Apesar de no foco maior da boa prática nesta ocasião apresentada se encontrar dispensas e inexigibilidades de licitação fora das hipóteses legais, não restam dúvidas de que também poderiam ser identificados avisos de licitação que fossem considerados suspeitos.

Nesse caso, a SETRAN publicou, no mesmo dia, dois avisos de licitações, nas modalidades concorrência e preços, sendo que, em ambos, era cobrada uma taxa para adquirir o edital, bem como verificou-se que no sítio eletrônico do órgão não havia divulgação dos certames, dentre outras irregularidades.

Dessa forma, foi instaurado inquérito civil e requisitadas as cópias dos processos licitatórios suspeitos, já que havia um claro descumprimento da Lei de Acesso à Informação. A concorrência estava estimada em R\$ 3.120.016,27 (três milhões, cento e vinte mil, dezesseis reais e vinte e sete centavos) e a tomada de preços em R\$ 1.317.507,22 (um milhão, trezentos e dezessete mil, quinhentos e sete reais e vinte e dois centavos).

Após a análise do edital que regia os certames, constatou-se uma série de cláusulas consideradas restritivas e, imediatamente, foi expedida recomendação para a anulação dos certames por provável violação à competitividade e isonomia entre os interessados, sendo ofertado prazo para a Secretaria providenciar a divulgação das futuras licitações em seu portal virtual.

A SETRAN acatou, parcialmente, a recomendação, quando providenciou que os editais das licitações futuras fossem publicados via on-line, sem ônus para os interessados, tal como exige a Lei de Acesso a Informação, porém anulou apenas a licitação na modalidade concorrência pública, dando continuidade à tomada de preços, pois, supostamente, os serviços contratados já tinham sido iniciados de forma antecipada.

Atualmente, a Promotoria de Justiça está finalizando o inquérito e avaliando também as condições em que foi feita a execução do contrato decorrente desta tomada de preços, o que poderá resultar no ingresso de ação civil pública, por ato de improbidade administrativa contra os responsáveis.

4.3. Caso Fundação Centro de Hemoterapia e Hematologia do Estado do Pará – HEMOPA

A leitura do Diário Oficial indicou a existência de uma contratação emergencial, em prazo superior a cento e oitenta dias, que é o máximo previsto quando houver dispensa de licitação fundamentada na urgência. Na publicação analisada, constava que o contrato supostamente emergencial, celebrado pelo HEMOPA, tinha uma vigência de doze meses, em desacordo, portanto, com o prazo máximo previsto na legislação.

Ocorre que, após a instauração do procedimento preparatório e análise do procedimento de dispensa, em conjunto com outras informações obtidas junto ao Ministério Público de Contas, foi constatado pelo promotor estadual responsável que, na verdade, a situação se enquadraria em um típico caso de “emergência fabricada”, ficando comprovado por levantamento documental que a Fundação HEMOPA comprava, reiterada e continuamente, o mesmo produto – medicamento Eletrombopag 25 MG – desde o ano de 2015, por dispensas de licitação, fundamentadas em suposta urgência.

Diante das provas cabais da ilegalidade, ingressou-se com a Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, com Medida Liminar de Indisponibilidade de Bens, além da remessa das peças de informação para a promotoria criminal, com atribuição para também responsabilizar os envolvidos.

4.4. Caso Fundação Paraense de Radiofusão – FUNTELPA

Nesta ocasião, a FUNTELPA publicou a contratação de um advogado, por inexigibilidade de licitação, para prestação de serviços especializados na área

trabalhista, pelo prazo de 6 meses, no valor total de R\$ 72.000,00 (setenta e dois mil reais).

Antes da distribuição para um dos promotores de Justiça do patrimônio público e da moralidade administrativa, a assessoria técnica verificou que a Fundação tinha em seu quadro funcional vários procuradores jurídicos que, talvez, pudessem desempenhar as tarefas atribuídas ao advogado contratado, ao que se somava o fato do causídico contratado não possuir notória especialização, que é o requisito imprescindível para caracterização da hipótese de inexigibilidade.

Dessa forma, foi expedida recomendação ao Administrador Público responsável, orientando que fosse feita a rescisão do contrato firmado com o advogado, o que foi acatado. Ressalte-se que o advogado não havia iniciado a prestação de serviço, portanto, nenhum valor foi pago indevidamente.

4.5. Caso Fundação Santa Casa de Misericórdia – FSCMP

Esta não é uma situação de ilegalidade, porém, é um caso emblemático de como um erro na publicação pode causar sérios problemas. Com efeito, a Fundação publicou uma inexigibilidade de licitação para aquisição de material de consumo, que se tratava de eletrodo em silicone para tomógrafo, sendo que a fundamentação jurídica era o art. 24, I, da Lei nº 8.666/93, ou seja, dispensa por valor.

No entanto, o valor da aquisição era de R\$ 93.250,00 (noventa e três mil, duzentos e cinquenta reais), muito além do permitido legal, que era, na época, R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

A notícia de fato foi distribuída tanto pelo seu provável não enquadramento em nenhuma hipótese de inexigibilidade ou dispensa de licitação quanto por haver a desconfiança de que o material não poderia ser objeto de contratações diretas.

Assim, foi solicitada cópia do processo que balizou a contratação, quando restou constatado que era realmente uma inexigibilidade de licitação, a qual, em seguida, foi minuciosamente analisada pela assessoria técnica do Ministério Público.

A análise técnica acabou por constatar que, apesar de não estarem contidas todas as justificativas devidas nos autos do procedimento de inexigibilidade de licitação, não existiam graves irregularidades, caracterizáveis como atos de

improbidade, o que resultou, portanto, apenas no encaminhamento de recomendação para o Administrador Público responsável, orientando que em aquisições futuras fossem melhor observadas as fundamentações jurídicas constantes nas publicações, bem como que o valor estimado para o contrato fosse melhor comprovado, por meio de pesquisa dos preços praticados em contratos semelhantes, celebrados em outros Estados.

Os casos citados demonstram, portanto, que é salutar uma intervenção nas etapas iniciais das contratações públicas, pois além de evitar danos ao erário, também contribui com a sedimentação da ideia de que o Ministério Público realmente está cumprindo sua função fiscalizatória, ao que se soma o natural desestímulo aos administradores públicos em reiterarem as práticas apontadas como “duvidosas”, para que não corram o risco de sofrerem processos pelo cometimento de atos de improbidade administrativa. Nesse ponto, merecem transcrição as elucidativas palavras de Carlos Vinícius Alves Ribeiro:

Não bastasse haver uma diferença enorme em custos financeiros quando se compara a resolução de determinado problema na esfera ministerial ou na esfera judicial — e custo financeiro não apenas para o Estado, mas, e principalmente, para o cidadão ou grupo envolvido —, é fundamental considerar o custo temporal, que aqui parecer ser o mais relevante: a celeridade. Quando em jogo interesses transindividuais, muitos deles ligados à vida, à saúde e à segurança, o tempo é componente que sempre deverá ser considerado e, por esse motivo, conforme já fartamente demonstrado, é preferível soluções de consenso no bojo do inquérito civil público a qualquer outra medida judicial³³.

5. CONCLUSÃO

Em que pese muitas vezes as promotorias de Justiça não estarem adequadamente aparelhadas para um melhor combate contra as práticas de quem burla a legislação durante as contratações públicas, demonstramos que apenas com

³³ RIBEIRO. Carlos Vinícius Alves. *Ministério público – funções extrajudiciais: Histórico, natureza jurídica, discricionariedade, limites e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 185.

acesso à internet, disciplina diária e um olhar mais apurado é possível evitar dispêndios indevidos aos cofres públicos, o que deve representar uma atuação preventiva obrigatória do Ministério Público, que, afinal, “não só pode como deve exercer um papel relevante na defesa dos direitos do cidadão e no controle da Administração Pública”³⁴.

É certo que a simples inserção dessa nova rotina de trabalho na atuação ministerial, baseada em fiscalização continuada e diária, não apenas permite uma ampliação da punição dos ilícitos e reparações devidas, mas produz uma mudança de paradigma, pois reduz o espaço para o improprio atuar e diminui a sensação de “liberdade de delinquir”, alimentada pela impunidade e ausência de controle dos órgãos responsáveis.

Não acreditamos, inclusive, que a adoção dessas práticas preventivas como rotina geraria uma sobrecarga na atuação ministerial, já repleta de atribuições, pois uma maior fiscalização na área da probidade administrativa, em médio prazo, poderia ser um fator redutor da quantidade de fraudes e outros atos de corrupção, permitindo que valores que seriam apropriados ou desviados dos cofres públicos fossem, em verdade, investidos em políticas públicas que produzissem melhoramentos à coletividade, o que, em última instância, também refletiria no volume de trabalho ministerial em diversos campos, tais como a educação, saúde, criminalidade, dentre outros. O ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, faz precisas considerações sobre esse ponto:

O combate à corrupção, à ilegalidade e a imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados³⁵.

Em outras palavras – fazendo uma analogia com a medicina – entendemos que a cura e a diminuição das pessoas doentes não se realiza apenas com a aplicação de tratamentos doloridos e muitas vezes ineficazes, quando moléstia já está em estado

³⁴ MILESKI, Helio Saul. *O estado contemporâneo e a corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 268.

³⁵ MORAES, Alexandre de. A necessidade de ajuizamento ou de prosseguimento de ação civil de improbidade administrativa para fins de ressarcimento ao erário público, mesmo nos casos de prescrição das demais sanções previstas na Lei nº8.429/1992. *Improbidade Administrativa – Temas Atuais e Controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 35.

avançado. A saúde do Estado se faz, principalmente, pela implantação de uma cultura repleta de práticas preventivas e, portanto, que antecipem o surgimento do mal, pois nessa fase a resolutividade é sempre maior.

Neste estudo ficou comprovado que a publicidade e a consequente transparência impulsionam um controle social mais eficaz, cabendo ao *Parquet* utilizar as ferramentas disponíveis para aprimorar a sua fiscalização, com uma postura proativa e preventiva, de modo a atender a um dos principais anseios da nossa sociedade atual: uma melhor aplicação dos recursos públicos, evitando-se desperdícios, favorecimentos e quaisquer atos de corrupção.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Comentários sobre a lei de improbidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BLUMEN, Abraão. Et al. *Questões polêmicas da administração pública – processo administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BRASIL. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 174/2017*. Disponível em:

<<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-174.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. *Resolução nº 179/2017*. Disponível em:

<<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018.

COSTA, Susana Henriques. *O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

FILHO, Salomão Ismail. A importância da atuação preventiva do Ministério Público *ombudsman* em prol da boa administração, no combate à improbidade

administrativa. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público: improbidade administrativa*. nº 5. Brasília: CNMP, 2015.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *A luta contra a corrupção: aspectos conceituais relacionados ao estudo do tema*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuição e regime jurídico*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9º ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

LIMBERGER, Têmis. *Cibertransparência: informação pública em rede*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MARÇAL, Justen Filho. *Comentários a Lei de Licitação e Contratos Administrativos*. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILESKI, Helio Saul. *O estado contemporâneo e a corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MORAES, Alexandre de. A necessidade de ajuizamento ou de prosseguimento de ação civil de improbidade administrativa para fins de ressarcimento ao erário público, mesmo nos casos de prescrição das demais sanções previstas na Lei nº 8.429/1992. *Improbidade Administrativa – Temas Atuais e Controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Ministério público – funções extrajudiciais: Histórico, natureza jurídica, discricionariedade, limites e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SANTOS, Frankin Brasil; SOUZA, Kleberson Roberto. *Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. O patrimônio público como direito fundamental difuso e o Ministério Público como instrumento de sua proteção preventiva extrajudicial – aspectos teóricos e práticos. Escala de ação progressiva. *Revista*

do Conselho Nacional do Ministério Público: improbidade administrativa. Nº 5.
Brasília: CNMP, 2015.

ELEVAÇÃO DO RISCO À PRÁTICA DO ATO ÍMPROBO COMO MEIO DE COMBATE À IMPUNIDADE E O DIREITO CONSENSUAL

RAISING RISK TO THE PRACTICE OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY AS A MECHANISM FOR COMBATING IMPUNITY AND CONSENSUAL JUSTICE

Júlia Flores Schütt¹

Sumário: 1. Introdução: um basta à cultura de tolerância à corrupção. 2. Incentivo. Teoria da Rational Choice. Freios morais. Custo-benefício. 3. Da necessidade de veículos mais rápidos para imposição de sanções como meio de combate à impunidade. 4. O congestionamento dos escaninhos do Poder Judiciário e o Termo de Ajustamento de Conduta como resposta ao princípio da eficiência. 4.1. Da natureza jurídica do Tac. 4.2. Porque a Lei de Improbidade Administrativa Admite um Tac. 5. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente trabalho aborda a possibilidade, em que pese vedação legal, da celebração de compromisso de ajustamento de conduta no âmbito da improbidade administrativa, a partir de interpretação sistemática do arcabouço jurídico brasileiro de combate à corrupção. Nesse sentido, reflete, a partir de uma análise econômica do ilícito, sobre a necessidade de elevação dos custos à prática de atos ímprobos. Objetiva-se demonstrar, diante – especialmente – do congestionamento no tramitar de processos judiciais, como a adoção do direito consensual à tutela da probidade tende a fortalecer o combate à impunidade e, de mesma forma, a dar concretude à supremacia do interesse público no caso concreto.

Palavras-chave: Probidade administrativa. Microsistema de combate à corrupção. Direito consensual. Termo de ajustamento de conduta. Custo-benefício.

Abstract: The present work deals with the possibility, in spite of the legal prohibition, of the commitment to adjust conduct in the ambit of administrative impropriety, based

¹ Promotora de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

on a systematic interpretation of the Brazilian legal framework to combat corruption. In this sense, it reflects, based on an economic analysis of the illicit, on the need to raise costs to practice impotent acts. The objective is to demonstrate, especially - from congestion in the processing of judicial proceedings, how the adoption of consensual right to the protection of probity tends to strengthen the fight against impunity and, likewise, to give concreteness to the supremacy of the public interest in the case concrete.

Keywords: Administrative probity. Anti-corruption micro-system. Consensual right. Term of conduct adjustment. Cost benefit.

1. INTRODUÇÃO: UM BASTA À CULTURA DE TOLERÂNCIA À CORRUPÇÃO

Falsas declarações emitidas por gestores públicos, desencontro entre informações publicamente divulgadas e a realidade da administração pública, maquiagem no que tange à execução de políticas públicas em período pré-eleitoral: são algumas das práticas reiteradas que anestesiam o senso crítico da população brasileira e que terminam por “legitimar” a conduta do gestor torpe e corrupto que se vale do exercício da função pública para ilícita e exclusivamente enriquecer e angariar poder político.

O multiculturalismo é intrínseco ao nosso povo, mas cultura de tolerância com a corrupção deve ter fim. A prática ilícita sem castigo gera o castigo sem o ilícito; uma sociedade que não pune o agente ímprobo termina por sancionar inocentes.

Somente tolerância zero com *pequenos* desvios no trato com a coisa pública será capaz de inibir a banalização das condutas mais graves. A prática ímproba em nenhum caso deve ser tida como irrelevante/insignificante. Perdoar um corrupto equivale a punir o cidadão honesto e, ao mesmo tempo, àquele dizer: *do it again*.

O proposto corresponderia à importação do princípio primeiro da Teoria das Janelas Quebradas² para o combate ao ato ímprobo: sufocar as pequenas

² A teoria das janelas quebradas ou "broken windows theory", rasamente analisada, é modelo de origem norte-americana de política de segurança pública ('operação tolerância zero') no enfrentamento e combate ao crime que imputa à desordem fator principal de elevação dos índices da criminalidade. Apregoa, assim, tal teoria que, em não sendo reprimidos os pequenos delitos ou contravenções, inevitavelmente é a evolução a condutas criminosas mais graves, em vista do descaso estatal em punir

transgressões para cortar o oxigênio da corrupção. Impedir a evolução de “pequenos problemas” a verdadeiras organizações criminosas capazes de *tomar de assalto* parcela significativa da administração pública.

A tutela do patrimônio público não pode perder de vista que prevenção e repressão andam juntas e, especialmente, que a melhor das prevenções é a certeza da repressão. A leniência não é e nunca foi símbolo da Justiça, ao contrário da espada, que corresponde à força. As sanções estipuladas pelo legislador brasileiro aos ilícitos tipificados na Lei de Improbidade Administrativa (LIA) servem acima de tudo à higidez do Estado, cumprindo a nós, membros do Ministério Público, objetivar a sua fiel execução.

Necessário destacar que de forma alguma o presente trabalho ignora o incontornável abismo existente entre o ato ímprobo e aquele que padece exclusivamente de rigor técnico, consoante diferenciação bem delineada pela jurisprudência já consolidada do Superior Tribunal de Justiça³. Pelo contrário, entende-se que a Lei de Improbidade Administrativa é instrumento muito caro à almejada retidão do Estado brasileiro, devendo, portanto, ser aplicada de forma pertinente e responsável, como eficaz antídoto para responsabilizar condutas ilícitas sem vulgarizá-la.

os responsáveis por aqueles. Reputa, portanto, necessária a efetiva atuação estatal no combate à criminalidade, seja ela a microcriminalidade ou a macrocriminalidade. Daniel Sperb Rubin, Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, faz brilhante análise histórica e empírica de tal política de segurança pública. (RUBIN, Daniel Sperb. *Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade*. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade>>. Acesso em: 2018).

³ [...] Além da compreensão de que basta o dolo genérico – vontade livre e consciente de praticar o ato – para configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, este Tribunal Superior exige a nota especial da má-fé, pois a Lei de Improbidade Administrativa não visa a punir meras irregularidades ou o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1069262/SP. DJe 28 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=mera+irregularidade+e+improbidade&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 19 set. 2018).

2. INCENTIVO. TEORIA DA RATIONAL CHOICE. FREIOS MORAIS. CUSTO-BENEFÍCIO

Steven Levitt⁴, economista da Universidade de Chicago, reconhece que, fazendo-se as perguntas certas, o mundo moderno, embora *confuso, complicado e ostensivamente enganoso*, permeado por condutas fraudulentas, corruptas e criminosas, não é impenetrável nem indecifrável.

A realidade a nós, cidadãos brasileiros, é dada diariamente: nossos entes políticos são vítimas de corrupção endêmica. Não há alvo preferido: os Poderes da República – indistintamente – sangram. No Brasil, como destaca Deltan Dallagnon em sua brilhante obra “A luta contra a corrupção”, o que se vê é a imagem de um sistema político apodrecido⁵.

O incentivo (*People respond to incentives*), por sua vez, é tido como a pedra de toque da vida moderna. Entendê-lo – ou, na maior parte das vezes, investigá-lo – é, ao menos, o ponta pé inicial para solucionar eventual enigma. Desde cedo uma criança aprende a reagir a incentivos – sejam eles positivos ou negativos. Nada mais são do que meios para estimular as pessoas a adotar condutas valorosas ou não, podendo ser de cunho econômico, social ou moral.

A tarefa de penetrar e, conseqüentemente, buscar desarticular a notória corrupção endêmica instalada nos órgãos públicos brasileiros passa por um questionamento: a corrupção compensa?

Dúvida não há de que a maioria dos cidadãos brasileiros envolvida com o trato da coisa pública responde a incentivos de ordem moral: não incorre em ato ilícito porque atrela seu proceder a valores éticos. Ou seja, o cidadão honesto não irá pautar sua conduta a partir de uma análise econômica (custo-benefício) da prática corrupta.

Não se desconhece, todavia, que muitos gestores públicos e/ou particulares que travam negócios com o Estado são desprovidos de freios de ordem moral, para quem a Teoria da *Rational Choice*⁶ serve, ainda que inconscientemente, como critério

⁴ LEVITT, Steven D. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*. São Paulo. Campus, 2007. Nota de esclarecimento.

⁵ DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção*. [s.l.]: GTM, 2017, p. 169.

⁶ O modelo da escolha racional permite generalizações quanto ao comportamento humano. Atribui aos humanos uma linha de conduta previsível; supõe que os humanos escolherão, sempre, entre as opções disponíveis, aquela que lhes ofereça a maior satisfação. Isto implica, por exemplo, que se o custo de

à tomada de decisão. O agente corruptível pondera no caso concreto os elementos da *química* da corrupção: (1) motivação; (2) identificação de ato ímprobo lucrativo a seu alcance; e (3) ausência de meios capazes de dissuadi-lo de praticar o ilícito.

Como bem dizia Machado de Assis: “A circunstância não faz o ladrão, apenas revela”.

O presente artigo pretende demonstrar que o termo de ajustamento de conduta (TAC) é instrumento capaz de integrar o arcabouço normativo de combate à impunidade, ou seja, identificar o TAC como método de dissuasão ao comportamento ilícito.

Em respeito à realidade, é de se reconhecer que, na maioria dos entes públicos brasileiros, a corrupção é prática institucionalizada, cabendo, portanto, aos órgãos de fiscalização da higidez da coisa pública avançar na reflexão em torno dos instrumentos para melhor combater tamanha impunidade.

3. DA NECESSIDADE DE VEÍCULOS MAIS RÁPIDOS PARA IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES COMO MEIO DE COMBATE À IMPUNIDADE

Desponta, na Operação Lava Jato, o uso de ferramenta fundamental para o combate à impunidade: o direito consensual, especialmente por meio de acordos de colaboração premiada (art. 3º, I, da Lei nº 12.850/13), significando considerável avanço para o sucesso no deslinde de práticas ilícitas.

uma opção (preço de um bem que se quer adquirir, sacrifício para se empreender uma ação) aumenta, as pessoas afetadas escolherão menos frequentemente esta opção. (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU. Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31). Para Gary S. Becker (Nobel em Ciências Econômicas), a opção pelo crime é racional, ou seja, o infrator tende a comparar o prêmio a ser obtido por meio da prática criminosa com eventual “recompensa” à atividade lícita a ser desempenhada. Ao mesmo tempo, o criminoso analisa as chances de responsabilização ao tomar como escolha o crime. O economista esclarece que pelo bandido é feita, portanto, uma ponderação entre os riscos assumidos e o possível retorno alcançável com o delito. Apesar de se tratar de análise voltada ao Direito Penal, cai como luva ao estudo da improbidade administrativa. O agente que incide na tipificação da conduta ímproba assim o escolheu – e o fez ao levar em conta o custo-benefício desta prática. Quer-se dizer que agente ímprobo tanto quanto o autor de ilícito penal é movido por incentivos. E qual o maior incentivo que não o da impunidade? O agente sem freios morais ou éticos apenas deixará de violar normas que regulem sua conduta como gestor público se for ou previamente fiscalizado – e assim impedido – ou devidamente responsabilizado e punido por sua prática subversiva. Do contrário, a reincidência não será uma surpresa, mas uma certeza devidamente *incentivada*. (BECKER, Gary. S. *Crime and punishment: an economic approach*. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2017).

Não é raro, contudo, ler e ouvir – especialmente em órgãos da imprensa – que, ao se entabular *acordo* com determinado investigado, estar-se-ia “passando a mão em sua cabeça”. Como bem, todavia, destaca o Dr. Deltan Dallagnol⁷, “um acordo é analisado caso a caso, considerando sempre o custo benefício para a sociedade”. No Brasil, as Ações Penais 470 (“Caso Mensalão”) e 396 (“Caso Natan Donadan”) e a Operação Lava Jato demonstram que é possível uma persecução penal eficiente visando ao enfraquecimento de esquemas de corrupção a partir de instrumentos do direito consensual⁸.

No bojo da operação Lava Jato, até o dia 10 de setembro de 2018, foram firmados 176 acordos de delação premiada, 11 acordos de leniência e um termo de ajustamento de conduta, despontando, até então, 211 condenações contra 139 pessoas distintas⁹. O sucesso da operação é inquestionável. A adoção de técnicas de direito consensual, dentre outras consequências, permitiu: (1) identificar a propagação de efeito dissuasivo à prática criminosa; (2) recuperar de forma célere o produto, ainda que parcialmente, dos ilícitos investigados; e (3) estancar, quiçá não de modo integral, a prática da atividade ilícita nas pessoas jurídicas alvos da operação.

Objetivando, ainda, demonstrar de forma empírica a relevância dos institutos de direito consensual ao combate à corrupção, faz-se referência à avaliação divulgada neste mês de setembro pela ONG da Transparência Internacional (TI) dando conta de que o Brasil, ‘com a Lava Jato’, avançou da classificação de “pouco ou nenhum combate” para o nível de “combate moderado” à corrupção. Nesse estudo a TI dedicou capítulo específico à análise do caso envolvendo alvo determinado da operação, qual seja, o grupo Odebrecht e suas subsidiárias Braskem e CNO (Construtora Norberto Odebrecht), oportunidade em que enfatizou que aproximadamente 80 executivos do grupo relataram pagamentos a políticos e servidores públicos, no Brasil e no exterior, episódio que ficou conhecido como a “delação do fim do mundo”¹⁰.

⁷ DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção*. [s.l.]: GTM, 2017, p. 76.

⁸ FONSECA, Cibele Benevides da. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 237.

⁹ A LAVA jato em números no Paraná. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 16 set. 2018.

¹⁰ TAKAR, Téo. *Com lava jato, Brasil melhora em ranking de combate à corrupção no exterior*. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/09/11/combate-a-corrupcao-transparencia-internacional.htm>>. Acesso em: 16 set. 2018.

A evolução do combate à improbidade administrativa, conforme demonstra o sucesso até então alcançado pela destacada operação desenvolvida pela Força Tarefa do Ministério Público Federal, passa necessariamente pela adoção de instrumentos de direito consensual, de modo a conferir ao agente ímprobo resposta estatal efetiva e, especialmente, célere.

4. O CONGESTIONAMENTO DOS ESCANINHOS DO PODER JUDICIÁRIO E O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO RESPOSTA AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A relação entre a impunidade e a institucionalização da prática de atos ímprobos no ambiente do serviço público no Brasil é indiscutível¹¹. Infelizmente, em termos financeiros, sabe-se que ao agente público desonesto compensa a prática de atos que lhe confirmam enriquecimento ilícito. Aos órgãos incumbidos de fiscalizar a honra administrativa *latu sensu*, portanto, resta afastar os “ideais” desses agentes públicos que não se constroem em reiteradamente incorrer em improbidade, podendo servir o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como instrumento capaz de reduzir o ímpeto à imoralidade dentro da esfera pública.

O TAC insere-se no chamado ambiente do direito premial – trata-se de veículo de sanções premiaias. Ao lado do TAC, previsto no art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85, que

¹¹ Para ilustrar a institucionalização da má gestão do patrimônio público por considerável parcela de agentes do estado, cumpre trazer um caso que se poderia crer como hipotético e apto a causar risos no leitor, mas, infelizmente, não o é; trata-se de conduta verídica e triste – quiçá não isolada em nosso país. O caso ocorreu em município do interior do estado do Rio Grande do Sul: o chefe do poder executivo daquele ente foi processado pela prática de ato de improbidade administrativa que estaria relacionado ao descumprimento dos regramentos destinados a assegurar a higidez de propaganda institucional (na prática houve a utilização de recursos públicos para desenvolver a promoção pessoal do demandado). Neste caso, evidentemente, o sujeito passivo do ato de improbidade era a referida Municipalidade por ele dirigida. A Procuradoria-Geral do Município não apenas deixou de ingressar no feito como sujeito ativo ao lado do Ministério Público como também elaborou a Defesa Prévia do prefeito Municipal. Ou seja, numa ação em que o prefeito estava sendo acusado de arrombar os cofres públicos para se promover, a PGM *foi utilizada* não para defender os interesses do Município, mas os do prefeito que aquele corrompeu.

foi *incorporado*¹² ao nosso ordenamento jurídico pelo do art. 211¹³ da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), temos atualmente, no Brasil, figuras análogas, tais como os termos de compromisso previstos no Código de Defesa do Consumidor¹⁴ e na Lei dos Crimes Ambientais¹⁵, compromissos de cessação¹⁶, acordos de leniência¹⁷, delações premiadas¹⁸ e, ainda, os institutos da transação penal¹⁹ e da suspensão condicional do processo²⁰.

A identificação do TAC como uma recomendável fórmula para coibição de atos ilícitos deve-se ao fato de que o sistema punitivo tradicional e o próprio trâmite procedimental junto ao Poder Judiciário revelam-se insuficientes.

A impunidade guarda raízes tanto na lentidão do Judiciário como na incapacidade gerencial das instituições fiscalizadoras. Aliás, muitas são as causas da impunidade. Medina Osório, por exemplo, aponta a crise de gestão das instituições responsáveis pelo sistema punitivo como uma das principais causas²¹. O próprio garantismo penal desponta como uma das causas de impunidade no âmbito da tutela

¹² Há que se salientar que paira divergência doutrinária acerca da origem do TAC em nossa legislação. Apesar de renomados autores, como Hugo Nigro Mazzili (MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: [s.n.], 2012), defenderem ser o Estatuto da Criança e do Adolescente o diploma legal que inovou em nosso ordenamento ao prever o TAC, não se pode olvidar de mencionar que alguns juristas fazem a ressalva de que a inovação do TAC pelo ECA foi exclusivamente em relação à respectiva denominação, pois o “instituto” já haveria sido previamente estipulado, exemplificativamente, pela Lei nº 6.385/76 (que trata do Mercado de Valores Mobiliários e da Comissão de Valores Mobiliários) e pela Lei nº 6.938/81 (que tem por objeto a Política Nacional do Meio Ambiente). Mas não é só. Márcio Cauduro Steinstrasser (STEINSTRASSER, Márcio Cauduro. *O termo de ajustamento de conduta: aspectos gerais, natureza jurídica e necessidade de efetivação de sua publicidade*. Monografia – Conclusão de Graduação – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67437/000871617.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 2017), ao comentar o entendimento de Mazzilli, refere que não se poderia “comparar uma Sequoia com a sua semente, nem um embrião com um ser adulto. Em nosso sentir, o ECA instituiu o Compromisso de Ajustamento de conduta ou TAC restrito ao seu âmbito de atuação: aos interesses ou direitos transindividuais vinculados à proteção da criança e do adolescente.” Complementa destacando que “o ECA viabilizou foi a apresentação de uma amostra do que seria o TAC, uma restrita porção da plenitude que viria a se desenvolver posteriormente com a promulgação do CDC, esse em consonância à LACP”.

¹³ Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

¹⁴ Art. 113 da Lei nº 8.078/90.

¹⁵ Lei nº 9.605/98, Art. 79-A.

¹⁶ Lei nº 12.529/11, Art. 85.

¹⁷ Lei nº 12.846/13, Art. 16.

¹⁸ Lei nº 12.850/13, Art. 4º.

¹⁹ Lei nº 9.099/95, Art. 76.

²⁰ Lei nº 9.099/95, Art. 89.

²¹ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão. Corrupção. Ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

da probidade, vez que, tendo as sanções administrativas assento no direito punitivo, seu processamento se dá por meio do “devido processo legal”²².

De fato, crise de gestão, distorções hermenêuticas e, muito especialmente, a lentidão no judiciário²³ criam panorama favorável à impunidade.

Diante deste cenário, a celebração de acordo com o fim de sancionar a prática de ato ímprobo em detrimento da veiculação de ação civil pública pode ser vista como estratégia à concretização da *supremacia do interesse público*. ‘Atirar’ ao Poder Judiciário petições iniciais de improbidade administrativa para dormitarem em escaninhos de Varas Judiciais sequer especializadas na temática – recorrentemente abarrotadas de processos – de forma alguma atende ao dever estatal de possibilitar efetiva, adequada e suficiente resposta aos atos ímprobos que violam o ordenamento jurídico. Já dizia Rui Barbosa que “a Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Não é demais destacar que a celebração de acordo no âmbito da tutela da probidade, genericamente falando, corresponderia a ajuste obrigacional firmado entre o órgão fiscalizador e o investigado, em que este aceitaria se submeter imediatamente às sanções, embora minoradas, adequadas ao caso – acompanhadas necessariamente da recomposição integral do dano ao erário – com renúncia ao processo judicial sob o crivo do contraditório. Enquadra-se, por que não?, em modelo de *justiça negociada* capaz de auxiliar na mitigação do colapso do sistema judicial brasileiro, que, na atualidade, é incapaz de conciliar o cumprimento das formalidades processuais ao princípio da razoável duração do processo.

²² A mesma crítica feita ao “garantismo monoclar” no âmbito do direito penal deve ser recepcionada pelo direito administrativo sancionador²² – de modo que a proteção ao bem jurídico em questão não seja insuficiente. Como diz Caio Márcio Loureiro: “Caminhar na esteira da integralidade da Constituição da República Federativa do Brasil vigente, com respeito aos seus valores, exige um garantismo integral, que veja o processo penal como instrumento de garantia não exclusiva do réu, mas também, da vítima e da sociedade”. (LOUREIRO, Caio Márcio. *O princípio da plenitude da vida no tribunal do júri*. [s.l.]: Carlini e Caniato, 2017, p. 21). Não se questiona o dever de observância aos direitos e às garantias do acusado, entretanto, ao mesmo tempo, imprescindível atender aos postulados do efetivismo da tutela do bem almejado com a ação que objetiva, ao fim e ao cabo, “proteger” a higidez do patrimônio público.

²³ Os tribunais brasileiros levam mais de *seis anos*, em média, para julgar ações de improbidade administrativa, aponta pesquisa divulgada nesta terça-feira (29) pelo INAC (Instituto Não Aceito Corrupção). (COSTA, Flávio. *Brasil leva 06 anos para julgar improbidade: demora dificulta recuperação de dinheiro público*. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/08/29/brasil-leva-6-anos-para-julgar-improbidade-demora-dificulta-recuperacao-de-dinheiro-publico.htm>>. Acesso em: 8 set. 2017).

Evidente que não se tem como objetivo neste breve ensaio esgotar o problema do combate à impunidade. Pretende-se, sim, analisar o potencial do uso do TAC como ferramenta para aplicação de sanções premiais, independentemente do trato à matéria no art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/93²⁴.

As notícias veiculadas pela mídia, especialmente nesta última década, acerca da (má) gestão pública levada a efeito por agentes públicos em geral (eleitos, concursados, nomeados, etc.) evidenciam que a Lei de Improbidade Administrativa tem pautado e muito a busca pela responsabilização dos desonestos e corruptos. Ocorre, todavia, que os “casos” que vêm a ocupar espaço midiático são os tidos como de maior repercussão, geralmente atos ímprobos em que as cifras giram além de alguns bons zeros após a vírgula. Nada mais justo, afinal quanto maior o desvio do dinheiro público mais nefastas as consequências à população brasileira^{25 26}.

Essas arquitetadas orgias levadas a cabo por organizações criminosas *devidamente* estruturadas e capazes de realizar um grande estrago não são, contudo, propriamente, o objeto deste texto. O que aqui se pretende é identificar a eficácia de instrumento de natureza consensual para atacar as condutas tidas por “miúdas”, que se tornaram prática institucionalizada dos gestores da coisa pública²⁷.

Acredita-se que o adequado uso do instrumento de direito consensual permitirá roer, ainda que inicialmente de forma tímida, a cultura da impunidade na seara da

²⁴ Art. 17, § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

²⁵ Segundo estimativas adotadas pela ONU e pelo Fórum Econômico Mundial, a corrupção custa ao mundo 5% do PIB (Produto Interno Bruto). Aplicando este percentual ao PIB brasileiro de 2016, de 6,266 trilhões de reais, os desvios teriam causado um prejuízo de 313 bilhões de reais. Mesmo os dados mais conservadores, como os do relatório da Fiesp sobre a corrupção, publicado em 2010, apontam que o dinheiro desviado equivaleria a 2,3% de toda a riqueza gerada no país. Levando em consideração o PIB de 2016, o custo da corrupção seria de 144 bilhões de reais (DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção*. [s.l.]: GTM, 2017).

²⁶ O Brasil é a quarta nação mais corrupta do mundo, segundo o índice de corrupção do Fórum Econômico Mundial. O país está atrás apenas do Chade, da Bolívia e da Venezuela, que lidera o *ranking*. A corrupção é um dos elementos que a organização suíça inclui em seu índice anual de competitividade, baseado em uma pesquisa com 15.000 líderes empresariais de 141 economias do mundo. (BRASIL é o 4º país mais corrupto do mundo, segundo Fórum Econômico Mundial. *El País*. Disponível em: <<https://goo.gl/gGxIYI>>. Acesso em: 8 set. 2017).

²⁷ Como destaca Deltan Dallagnol: “De acordo com os dados do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) sobre os recursos repassados pela União aos estados e municípios, 67% dos desvios acontecem nas áreas da saúde e educação. Para se ter uma ideia do que significaria o acréscimo de 200 bilhões de reais no orçamento público, seria possível quase triplicar o investimento federal em qualquer dessas duas áreas fundamentais para a qualidade de vida da população brasileira. Em um ano, poderíamos construir 55.700 escolas – 10 em cada um dos municípios do país. Se investíssemos na saúde, teríamos 5.272 novos hospitais por ano – que responderiam pela criação de 1,8 milhão de novos leitos”. (DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção*. [s.l.]: GTM, 2017, p. 42).

improbidade administrativa que anestesia o povo brasileiro. Tratar, de fato, o agente público como sujeito responsável (ainda que subjetivamente) por seus atos: a República assim o exige. A experiência, afinal, nos mostra que fazer vista grossa a “pequenas transgressões” é um excelente incentivo à evolução – tanto qualitativa quanto quantitativa – das condutas ímprobas.

Demover o agente público de incorrer em práticas que corroam a coisa pública depende da busca pela infalibilidade da resposta estatal. Sustenta-se, por sua vez, que a efetividade dessa resposta pode ser objetivada por meio de acordos – especialmente via termo de ajustamento de conduta.

Não se desconhece que faltam, sim, muitas vezes, meios capazes aos órgãos fiscalizadores de apurar a universalidade das condutas corruptas que permeia a Administração Pública. Infelizmente, tem-se certeza de que a maioria das práticas ímprobas não é elucidada e apenas quem as sente é o cidadão que recebe, como consequência, serviços públicos de péssima qualidade. No entanto, o que aqui se visa a estimular é a viabilização de efetiva resposta àqueles casos em que a conduta ímproba for devidamente elucidada pelo órgão fiscal.

A conclusão da instrução de um inquérito civil, por si só, demanda prazo razoável ainda que bem administrada pelo presidente da investigação. Angariados elementos probatórios necessários, o manejo da respectiva ação ao Poder Judiciário, por outro lado, corresponde à perda do “controle do tempo” para concretização das consequências jurídicas fixadas pelo legislador à prática ímproba. A tramitação de uma ação de improbidade tende a não ter uma curta duração: o procedimento confere, inclusive, ao sujeito passivo da relação processual direito à defesa prévia, previsão legal (art. 17, §7º, da Lei nº 8.249/92) cuja revogação é uma dentre as tantas novas valorosas medidas encampadas pela Campanha “Unidos contra a corrupção”²⁸. O decurso temporal no desenrolar dessa ação, cujo objeto é aplicação de pena com fonte no direito administrativo sancionador, é caldo de cultura à sensação de impunidade.

²⁸ Proposta 65 – Imprime maior celeridade às ações de improbidade administrativa: Elimina a defesa prévia, instância em que o réu tinha a oportunidade de se manifestar sobre a admissibilidade da petição inicial antes do seu recebimento. (Novas medidas contra a corrupção. Disponível em: <<https://www.unidoscontraacorrupcao.org.br/#as-novas-medidas>>. Acesso em: 16 set. 2018).

Como modo, portanto, de reduzir o lapso temporal entre a identificação do ato ímprobo e a punição do agente corrupto cumulada com a recomposição do erário é reconhecer legitimidade aos membros do Ministério Público para firmar acordos em sede extrajudicial para imposição das sanções previstas na LIA. Trata-se de aplicação imediata do princípio constitucional da eficiência, conforme já reconhecido ao menos por cinco Ministérios Públicos estaduais²⁹ ao regulamentar, em âmbito interno, atendendo às Resoluções nº 118/2014 e nº 179/2017³⁰ do Conselho Nacional do Ministério Público, a adoção de instrumentos negociais nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, como é o caso do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul a partir do Provimento nº 58/2018 da PGJ.

Esses atos normativos, genericamente falando, reconheceram no acordo a ser entabulado com o investigado mecanismo de colaboração com propósito exclusivo de acréscimo de eficiência do sistema sancionador. Em melhores termos: fala-se de mecanismo cuja finalidade é conferir ao sistema punitivo operação mais eficiente.

Passa-se, portanto, a uma breve análise acerca da natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta e sobre o alcance punitivo que poderia abarcar no âmbito da responsabilização por atos ímprobos.

4.1. Da natureza jurídica do TAC

Sobre o TAC, *surgido*³¹, como já dito, originalmente, na Lei nº 8.069/1990, em seu art. 211, há, pelo menos, três correntes que disputam o debate sobre sua natureza jurídica.

²⁹ Ministério Público do Estado do Paraná – Resolução 01/2017 – CSMP; Ministério Público do Estado de Minas Gerais Resolução nº 03/2017 CSMP; Ministério Público da Paraíba – Resolução CPJ nº 019/2018; Ministério Público do Amapá – Resolução nº 02/2017 CSMP; e Ministério Público do Rio Grande do Sul – Provimento nº 58/ 2018 PGJ.

³⁰ Art. 1º, § 2º: “É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou ato praticado”.

³¹ Reiteram-se aqui todas as observações da nota de rodapé de número 11 no que diz respeito à origem do TAC em nosso ordenamento jurídico. Ademais, Streinstrasser, de modo muito preciso, resume a introdução do termo de ajustamento de conduta à legislação brasileira ao destacar que tal instrumento “surgiu como produto de um processo histórico gradual e de um processo legislativo fragmentado. Não remonta suas origens a um ato instantâneo. Enfrentou obstáculos até seu delineamento atual”. (STEINSTRASSER, Márcio Cauduro. *O termo de ajustamento de conduta: aspectos gerais, natureza jurídica e necessidade de efetivação de sua publicidade*. Monografia – Conclusão de Graduação – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em:

Uma primeira, defendida por Mazzilli³²³³, sustenta ter o Termo de Ajustamento de Conduta natureza jurídica de ato administrativo negocial, por meio do qual só o causador do dano se compromete. O órgão público que firma o ajuste em nada se compromete, exceto, implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título.

Na mesma linha, Carvalho Filho entende que o TAC é um ato jurídico unilateral de reconhecimento da ilicitude da conduta e promessa de readequá-la à lei por parte do infrator do direito ou interesse difuso ou coletivo, sendo o órgão público legitimado obrigado a possibilitá-lo e tendo o infrator a faculdade de aceitá-lo ou não³⁴.

Uma segunda corrente confere ao TAC a natureza de negócio jurídico bilateral, o que não se confundiria com uma transação, “pois o órgão público não transaciona com a parte contrária, mas apenas impõe, mediante critérios pré-estabelecidos (como prazo, forma e cominações), a observância das determinações legais que são aceitas, voluntariamente, pelo causador do ato ilícito e/ou do dano. Dessa forma, o termo de ajustamento de conduta não possui natureza jurídica de transação³⁵”.

<<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67437/000871617.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 2017).

³² MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: [s.n.], 2012, p. 437.

³³ Nos dizeres de Mazzili: “O compromisso de ajustamento de conduta é um título executivo extrajudicial, por meio do qual um órgão público legitimado toma do causador do dano o compromisso de adequar sua conduta às exigências da lei. Como tem natureza bilateral e consensual, poderíamos ser tentados a identificá-lo como uma transação do Direito Civil. Não seria correto, porém, esse raciocínio. Se tivesse mesmo a natureza de transação verdadeira e própria, seria um contrato, porque suporia o poder de disposição dos contraentes, que, por meio de concessões mútuas, preveniriam ou terminariam o litígio (CC, art. 840)”. Continua o autor salientando que o “compromisso de ajustamento não é um contrato”. Destaca, ainda, que a natureza não seria negocial, porque o ajuste estaria diretamente vinculado ao poder de polícia da Administração. Seria, portanto, segundo Mazzili, um **ato administrativo negocial** por meio do qual somente o causador do dano se compromete; “o órgão público a nada se compromete, exceto, implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título”. (MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: [s.n.], 2012).

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo* (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 85). 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221.

³⁵ CAMBI, Eduardo; DINIZ, Cláudio Smirne. Possibilidades de solução extrajudicial de conflitos na área da proteção ao patrimônio público e da tutela da probidade administrativa. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 22, Belo Horizonte, 2017. *Teses*. Disponível em: <<https://congressonacional2017.amp.br/index/teses>>. Acesso em: 2017.

Também encabeça essa segunda corrente a professora Rodrigues³⁶ ao definir o TAC como um negócio jurídico, vez que as manifestações de vontade do obrigado e do órgão público são essenciais à celebração do ajuste – destacando inviável o “autoajustamento”. Salieta a autora que, embora os efeitos mais relevantes do TAC estejam previstos na lei, o que o aproxima de um ato jurídico, as partes pactuantes contam com uma margem de liberalidade para declarar a vontade na celebração e para definir a forma do ajustamento da conduta à lei³⁷.

Por fim, uma terceira corrente classifica a natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta como se transação o fosse, já que possibilitaria uma discussão entre as partes acerca de seu objeto e das formas de pactuação.

De acordo com Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁸, a transação é o contrato orientado ao fim de prevenir ou terminar litígio mediante concessões mútuas. Ao tratarem do tema, referem-se imediatamente ao termo de ajustamento de conduta, ao abordá-lo como “acordo extrajudicial”.

De acordo com Márcio Cauduro Steinstrasser³⁹:

Parcela significativa da doutrina defende que o TAC teria natureza jurídica de transação. Para esta corrente doutrinária, a transação seria distinta, porém, daquela ordinária, insculpida no art. 840 do CC. Nesta forma peculiar de transação, não haveria concessões mútuas na obrigação essencial de reparação ou compensação. Haveria tão somente concessões nos aspectos formais de cumprimento das obrigações estipuladas no ajuste.

³⁶ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

³⁷ Quanto à liberdade do órgão público legitimado, Rodrigues assevera que ele detém certo grau de discricionariedade, ou seja, pode fazer um juízo de oportunidade e conveniência acerca da medida mais adequada a ser tomada no caso concreto, se o ajuizamento de uma demanda judicial ou se a proposição de um TAC, posto não haver um direito do obrigado à celebração do ajuste, embora, havendo os pressupostos autorizadores dessa forma de composição extrajudicial do conflito, ela deva ser preferida. Conclui, portanto, cuidar-se o compromisso de *um negócio jurídico bilateral diverso do contrato*. Bilateral porque imprescindível a existência de dois polos na relação jurídica. Diferente do contrato por não possuir como núcleo um direito patrimonial.

³⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 668.

³⁹ STEINSTRASSER, Márcio Cauduro. *O termo de ajustamento de conduta: aspectos gerais, natureza jurídica e necessidade de efetivação de sua publicidade*. Monografia – Conclusão de Graduação – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67437/000871617.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 2017.

Esse é o entendimento de Fernando Grella Vieira⁴⁰, para quem o compromisso de ajustamento de conduta seria uma espécie de transação, com peculiaridades próprias e distintas da figura comum aplicável às obrigações meramente patrimoniais, de natureza privada.

O Superior Tribunal de Justiça já conferiu, por sua vez, ao TAC a qualificação de transação em voto de lavra do Ministro Luiz Fux no REsp nº 802060/RS⁴¹. Já em voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, AgRg no AREsp 575474 (2014/0224935-8 - 27/02/2015), foi atribuída pela Corte Superior natureza negocial ao TAC⁴².

⁴⁰ VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei nº 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴¹ DANO AMBIENTAL. INQUÉRITO CIVIL. TERMO DE AJUSTE DE CONDOTA. ART. 5º, § 6º, DA LEI 7.347/85. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. IMPOSIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. [...]. HOMOLOGAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO PELO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 9º, §§ 2º E 3º DA LEI 7347/85. [...] **2. O Termo de Ajustamento, por força de lei, encerra transação para cuja validade é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico.**

3. Sob esse enfoque a abalizada doutrina sobre o tema assenta: "[...] Como todo negócio jurídico, o ajustamento de conduta pode ser compreendido nos planos de existência, validade e eficácia. Essa análise pode resultar em uma fragmentação artificial do fenômeno jurídico, posto que a existência, a validade e a eficácia são aspectos de uma mesmíssima realidade. Todavia, a utilidade da mesma supera esse inconveniente. [...] **Para existir o ajuste carece da presença dos agentes representando dois "centros de interesses, ou seja, um ou mais compromitentes e um ou mais compromissários; tem que possuir um objeto que se consubstancie em cumprimento de obrigações e deveres; deve existir o acordo de vontades e ser veiculado através de uma forma perceptível [...]** (RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 198). (Grifamos).

4. Consectariamente, é nulo o título subjacente ao termo de ajustamento de conduta cujas obrigações não foram livremente pactuadas, consoante adverte a doutrina, *verbis* : "[...] Para ser celebrado, **o TAC exige uma negociação prévia entre as partes interessadas com o intuito de definir o conteúdo do compromisso, não podendo o Ministério Público ou qualquer outro ente ou órgão público legitimado impor sua aceitação. Caso a negociação não chegue a termo, a matéria certamente passará a ser discutida no âmbito judicial.** (FARIAS, Talden, Termo de Ajustamento e Conduta e acesso à Justiça, in *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v.LII, p. 121). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 802060/RS*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=7535418&tipo=91&nreg=200502010628&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20100222&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 2017).

⁴² Não assiste razão à agravante. No tocante à natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta, o Tribunal de origem afirmou ser de natureza administrativa, mantendo a sentença de primeiro grau, proferida nos seguintes termos (e-STJ, fl. 357): A pretensão inicial consiste em obrigação de fazer, com fundamento no Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, realizado com a finalidade de regularizar o empreendimento denominado Condomínio Alto da Boa Vista, observadas as exigências do Poder Público. A prova documental produzida atestou que a autora adquiriu direitos e obrigações relacionados à fração condominial descrita na inicial, bem que foi desconstituído porque situado em manancial, área de proteção ambiental, mas não realocado para outras áreas no novo projeto urbanístico, tampouco objeto de indenização. Com efeito, o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, assinado em outubro de 2007 pelo MPF, MPDFT, IBAMA e pela Associação do Condomínio Alto da Boa Vista, tem natureza administrativa e não afasta o direito de ação (art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal).

Como se pode extrair dessa breve análise das três correntes dominantes que lecionam acerca da natureza jurídica do TAC, tem-se que, ao fim e ao cabo, uma característica principal não é alvo de divergência entre elas: a indisponibilidade pelo órgão proponente do TAC quanto ao direito material objeto do ajuste. Até mesmo por se encontrar óbice em princípio basilar do direito administrativo: “a indisponibilidade do interesse público”.

4.2 Porque a Lei De Improbidade Administrativa admite um TAC

O TAC, além de servir de instrumento apto a reduzir o incentivo ao agente corruptível à prática ímproba, vez que permite (1) célere resposta (punição) estatal ao ilícito e (2) imediata recomposição ao erário, tem também o condão de evitar o que se poderia enquadrar como “colapso do sistema de combate à corrupção”.

Não é novidade que o Ministério Público Federal, nas investigações relacionadas à Operação Lava Jato, tem se valido do Acordo de Leniência, previsto na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13, art. 16), para aplicar pela via administrativa os preceitos da Lei da Improbidade Administrativa, o que já foi, inclusive, objeto de análise pelo Tribunal Regional da 4ª Região⁴³. Ou seja, embora a Lei nº 12.846/13, em seu art. 16, §10, restrinja à Controladoria-Geral da União a legitimidade para a celebração de acordo de leniência junto ao Poder Executivo Federal, o MPF tem celebrado tais ajustes inclusive para abarcar as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Sabe-se que o acordo de leniência⁴⁴ tem entre suas finalidades ampliar o objeto da investigação, ou melhor, conhecer outros envolvidos com as práticas infracionais,

Destarte, a natureza contratual do Termo de Ajustamento de Conduta firmado pelo MPF, MPDFT, IBAMA e pela Associação do Condomínio Alto da Boa Vista não possui condão de afastar o direito de ação da ora agravada, por força do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, à indenização prevista na Cláusula Segunda, IX, do TAC: [...]. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 575474 - 2014/0224935-8 - 27/02/2015). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42922828&num_registro=201402249358&data=20150227&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 2017).

⁴³ Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR

⁴⁴ O instituto da leniência pode ser definido como a possibilidade que detém a empresa diretamente envolvida em ato lesivo à administração pública de temperar os rigores das penalidades legais, desde que, de forma eficaz, auxilie na identificação de eventuais outros envolvidos na infração e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renne. *Lei anticorrupção empresarial*. São Paulo: Jus Podivm, 2017, p. 118.). Cunha leciona que o acordo de leniência tem natureza jurídica de ato administrativo bilateral, destacando tratar-se de

enquanto o TAC visa *apenas* à aplicação imediata da sanção, sem pretensões relacionadas à ampliação da elucidação da trama orquestrada pelos investigados – devendo ser compreendido como verdadeiro mecanismo que visa à eficiência no âmbito da tutela do patrimônio público.

Vê-se, portanto, que a vedação expressa trazida pelo §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92 gera aparente contradição normativa se analisada no contexto do que se passou a denominar de *microssistema constitucional de combate à corrupção*⁴⁵, cuja finalidade precípua é tutelar a ética nas relações político-administrativas no Brasil. A interpretação sistemática, no caso, é o meio capaz a dar coerência ao ordenamento pátrio de modo a atender, inclusive, a preceitos de segurança jurídica.

Com tal fundamento, inclusive, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal já teve a oportunidade de cancelar a celebração de acordo cujo objeto estava atrelado à aplicação de sanções na seara da improbidade administrativa:

Admite-se a celebração de acordos pelo Ministério Público Federal, no âmbito da improbidade administrativa, que envolvam a atenuação de sanções da Lei 8.429/92, ou mesmo sua não aplicação, a fim de dar congruência ao microssistema de combate à corrupção e de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, sistema esse que já contempla a possibilidade de realização de acordos de delação ou colaboração premiada no âmbito criminal. Se os acordos podem ser celebrados em uma seara, devem poder sê-lo na outra, conforme

poderoso instrumento de combate aos atos lesivos perpetrados contra o patrimônio público. Complementa destacando que a nítida função instrumental do instituto – objetivando resultados socialmente úteis – demonstra que a atuação administrativa cada vez mais coexiste com a atuação consensual (está-se a tratar de acordo substantivo no recinto do processo administrativo sancionador).

⁴⁵ A inequívoca preocupação constitucional com a moralidade na Administração Pública – tanto no que diz com a garantia de seu patrimônio e princípios em que se assenta – engendra o reconhecimento do verdadeiro *microssistema normativo anticorrupção brasileiro*, construído pelo manancial de princípios e regras que nascem em dispositivos da própria Constituição e de convenções internacionais internalizadas (a exemplo da Convenção de Palermo, Convenção de Mérida, Convenção OCDE, Convenção da OEA Contra a Corrupção), alcançando um vasto rol de normas infraconstitucionais e seus desdobramentos. Este microssistema normativo anticorrupção abrange diversos diplomas legais que conferem consequências jurídicas a práticas corruptas. As esferas devem ser aplicadas de forma harmônica e a sua coexistência equilibrada é o que permite a extração da máxima efetividade constitucional do microssistema criado. Compõem este microssistema, dentre outras, os seguintes diplomas legais: Lei Anticorrupção – LAC (Lei 12.846/2013), Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.259/2011, art. 35) e LIA – Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013).

preconizam, inclusive as convenções internacionais de que o Brasil é signatário⁴⁶.

Nesse mesmo sentido, conforme bem levantou o conselheiro relator do CNMP Dr. Luciano Nunes Maia Freire, em decisão proferida no Procedimento de Controle Administrativo nº 1.00716/2017-90,

o colendo Superior Tribunal de Justiça já admitiu a celebração de termo de ajustamento de conduta, na seara da improbidade administrativa, mediante homologação judicial AgRg no AREsp 780833/MT, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJ 03/05/2016), estendendo a viabilidade de tal pactuação na esfera extrajudicial (REsp 1318315/AL, Primeira Seção, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJ 11/09/2013).

Renee do Ó Souza e Rogério Sanches Cunha, ao analisarem a independência da aplicação da Lei Anticorrupção (LAC) em face da LIA (art. 30, I, da LAC), ao mesmo tempo em que enfrentam o instituto da colaboração premiada, se debruçam sobre o *microsistema de combate à corrupção*, cuja base teórica é atrelada ao *diálogo das fontes*⁴⁷. Sustentam que o sistema de combate à corrupção deve ser coerente de modo a preservar o espírito único de proteção à probidade administrativa. Com assento, portanto, na ideia de integridade do sistema, fomentam a comunicabilidade dos institutos previstos nestas leis – *túnel comunicativo valorativo*, de modo a viabilizar a construção de uma política homogênea de enfrentamento à violação do bem jurídico subjacente, o patrimônio público.

Não surgiram hoje as primeiras vozes que trouxeram fundamentos para afastar a vedação. Já houve quem sustentasse, exemplificativamente, que a proibição de celebração de ajuste quanto às sanções estipuladas no Código Geral de Conduta⁴⁸ estaria restrita às ações em andamento, o que já deixou de, inclusive, ser objeto de controvérsia considerando o advento da Lei Federal nº 13.140/2015, que, em seu §4º

⁴⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. IC1.30.001.001111.201442. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁴⁷ CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. *Lei anticorrupção empresarial*. 2 ed. São Paulo: Jus Podivm, 2018, p. 212.

⁴⁸ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão. Corrupção. Ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 16.

do art. 36, autorizou a realização de conciliação em ações de improbidade administrativa⁴⁹.

A aplicação literal do §1º do art. 17 da LIA vem nitidamente ferir uma interpretação global das normas que regem o direito público punitivo. Não se pode olvidar que a Lei de Improbidade Administrativa é de 1992, quando sequer havia sido editada a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), que, já em 1995, em seus artigos 76 (instituto da transação penal) e 89 (instituto da suspensão condicional do processo) *inaugurou*⁵⁰ a aplicação de sanções premiaias a autores responsáveis pela prática de ilícitos criminais – dando fluxo àquilo que alguns ousam nominar de *nova onda da justiça negocia*.

Não há como afastar a LIA desse reconhecido microssistema de combate à corrupção, sendo, desta forma, imprescindível a consolidação de unidade interpretativa e harmonia na solução de conflitos.

Ademais, foi a partir deste fundamento que o Tribunal Regional da 4ª Região, apesar de ter entendido que o Ministério Público Federal – de forma isolada – não detém competência para firmar acordo de leniência com base na Lei Anticorrupção, reconheceu como legítimo o instrumento do acordo de leniência para aplicação de sanções previstas na Lei nº 8.429/92⁵¹.

⁴⁹ SANTOS, Eduardo Sens dos. *TAC em improbidade administrativa*. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf>>. Acesso em: 2017.

⁵⁰ As inovações legislativas que trouxeram espécies de sanções premiaias e, portanto, voltadas à solução consensual de um conflito, não pararam por aí. Pelo contrário, sobrevieram a Lei Antitruste, através de seu *compromisso de cessação de prática* (Lei nº 12.529/2011); a já referida Lei da Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), por meio do acordo de leniência; e a Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13), pelo instituto da colaboração premiada.

⁵¹ **EMENTA.** DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI ANTICORRUPÇÃO. **MICROSSISTEMA.** ACORDO DE LENIÊNCIA. VÍCIO DE COMPETÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DETERMINADA. 3. O **Acordo de Leniência é uma espécie de colaboração premiada** em que há abrandamento ou até exclusão de penas, em face da colaboração na apuração das infrações e atos de corrupção, justamente para **viabilizar maior celeridade** e extensão na quantificação do montante devido pelo infrator, vis-a-vis a lesão a que deu causa, ao tempo em que cria mecanismos de responsabilização de co-participantes, cúmplices normalmente impermeáveis aos sistemas clássicos de investigação e, por isso, ocultos. **Esse o objetivo da norma e sua razão de ser, tendo por pano de fundo, obviamente, o inafastável interesse público.** 4. Enquanto a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) busca, primordialmente, punir o agente público ímprobo, alcançando, eventualmente, o particular, a Lei Anticorrupção (LAC) tem por objetivo punir a pessoa jurídica envolvida em práticas corruptas, podendo também, em sentido inverso, identificar agentes públicos coniventes, levando-os, por consequência, para o campo de incidência da LIA.(...) **6. No entanto, há que se buscar, pela interpretação sistemática dos diplomas legais no microssistema em que inserido, como demonstrado, além de unicidade e coerência, atualidade, ou seja, adequação**

O objeto do presente artigo não é defender a utilização do acordo de leniência para aplicação imediata das sanções previstas na LIA – o que, todavia, mais do que defensável, já tem reconhecido trânsito pela jurisprudência.

Sustenta-se neste estudo a necessidade de adoção de *novas* técnicas jurídicas para, ao menos, minimizar a sensação de impunidade quando o tema é improbidade administrativa. A abertura, por sua vez, consensual no campo do direito administrativo sancionador é inegável – devendo atender aos postulados de coerência e de integridade, de modo que a teoria não se mostre mais relevante que a prática.

O termo de ajustamento de conduta, assim, deve ser reconhecido como instrumento pelo qual os membros do Ministério Público podem “ofertar” ao agente ímprobo a imediata aplicação das sanções previstas no art. 12 da LIA sem depender do transcurso de morosa demanda judicial (com as fases de conhecimento e cumprimento de sentença). Evidente que não se objetivará – como se busca com o acordo de leniência e/ou colaboração premiada – uma expansão das investigações, mas, sim, uma efetividade no cumprimento da norma com a antecipação da aplicação da sanção e a imediata recomposição do erário.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, analisando a possibilidade de promover composição naquelas hipóteses que intitularam de **atos de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo**, assim lecionam⁵²:

Como já dito, a Lei nº 8429/92 veda, em seu art. 17, § 1º, qualquer tipo de transação, acordo ou conciliação no campo de improbidade, do que também decorre a proibição de celebração de termos de ajustamento de conduta de modo a afastar a aplicação das sanções civis previstas

interpretativa à dinâmica própria do direito, à luz de sua própria evolução. [...] 8. Nem seria coerente que o mesmo sistema jurídico admita, de um lado, a transação na LAC e a impeça, de outro, na LIA, até porque atos de corrupção são, em regra, mais gravosos que determinados atos de improbidade administrativa, como por exemplo, aqueles que atentem contra princípios, sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito. [...] 13. Enquanto não houver a re-ratificação do acordo de leniência, a empresa deverá permanecer na ação de improbidade, persistindo o interesse no bloqueio dos bens, **não porque o MP não pode transacionar sobre as penas, mas porque o referido acordo possui vícios que precisam ser sanados para que resulte íntegra sua validade, gerando os efeitos previstos naquele ato negocial. [...]** (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR*. 22 ago. 2017. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41503591340641941104640769064&evento=41503591340641941104643212426&key=c2136be5ca6098024a203162acc34531c50cd4b119c0ff9c2e0be4f98aaca01>. Acesso em: 2017).

⁵² ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 869-871.

em seu artigo 12. A regra, como também visto, representa claro desdobramento do princípio da obrigatoriedade da ação civil pública, derivando, por outro lado, das peculiaridades do sistema de legitimação extraordinária, no qual o titular do direito de ação não pode dispor do direito material. Sem prejuízo, a partir de reflexões teóricas e, sobretudo, da experiência haurida do contato diário com a matéria, entendemos que, de lege ferenda, seria interessante e conveniente facilitar a reparação do dano causado ao patrimônio público, a possibilidade de uma “transação” nas hipóteses que poderíamos chamar de **“atos de improbidade de menor lesividade”** ou de **“menor potencial ofensivo”**, como, por exemplo os atos culposos e os omissivos que, de modo geral, menores prejuízos causam ao patrimônio coletivo, incidindo as mesmas razões relativa a condutas dolosas causadoras de danos de pequena monta, devidamente definidas pelo legislador. **Tal transação, cujos parâmetros devem ser fixados rigidamente pela lei de modo a impedir qualquer tipo de discricionariedade pelos operadores, poderia importar, cumulativamente, no ressarcimento integral do dano e no pagamento de multa civil e ainda, sendo o caso, na própria proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios e incentivos fiscais e creditícios.** Com isso, restariam afastadas as graves sanções de perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, com relação às quais há uma grande resistência de aplicação por parte do Poder Judiciário, sobretudo quando se trata de conduta de menor repercussão patrimonial. [...] **As vantagens para a sociedade são evidentes, pois a reparação do dano encontraria rápida solução, evitando-se o moroso e custoso processo.** Também para o agente a submissão aos termos da transação apresentará vantagens, uma vez que, cumprido o avençado, restará afastada a possibilidade de aplicação das graves sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, evitando-se os constrangimentos naturalmente decorrentes do processo. (destaque inserido)

A meu ver, em dependendo da sanção a ser estipulada no TAC – aquelas em que o compromisso assumido impuser efeitos a terceiros (a exemplo da perda do cargo, suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o poder público por determinado período) – deve-se cogitar, conforme restou regrado no âmbito do MPRS a partir do provimento que veio regulamentar a utilização do TAC e da autocomposição extrajudicial (58/2018-PGJ), após, evidentemente, a chancela do ajuste pelo Conselho Superior do Ministério Público, seja ele homologado pelo Juízo, nos mesmos moldes estipulados ao acordo de colaboração premiada (que, sinala-se, autoriza *transação*, inclusive, sobre o direito de liberdade).

Inquestionável é a inviabilidade de transação quanto ao direito material posto em causa – patrimônio público. No bojo do TAC em hipótese alguma “negociar” o dever de ressarcimento ao erário, que, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁵³, sequer pena o é (e, sim, mero efeito do prejuízo causado). No acordo será, sim, *negociada* a aplicação das diferentes espécies de sanções trazidas no rol do art. 12 da LIA, a fim de que sejam imediatamente cumpridas.

O aqui sustentado parece corresponder, inclusive, ao trabalho até então desenvolvido pela comissão de juristas presidida pelo ministro Mauro Campbell do Superior Tribunal de Justiça que foi formada para *desenhar* o projeto de reforma da Lei de Improbidade Administrativa. A respectiva minuta, embora já não incólume a críticas pontuais⁵⁴, vem atender ao chamamento da interpretação sistemática do microsistema constitucional de combate à corrupção de modo a compatibilizar a aplicação do direito administrativo sancionador à utilização de instituto de direito consensual, ao disciplinar o denominado *acordo de não persecução cível*:

Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:

⁵³ O ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações. Precedentes do STJ. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 1184897/PE*. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19110385/recurso-especial-resp-1184897-pe-2010-0042389-3-stj/certidao-de-julgamento-19110388?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 2018).

⁵⁴ REFORMA da Lei de Improbidade ‘traduz retrocessos e inspira preocupações’. Disponível em: <<https://www.oantagonista.com/brasil/reforma-da-lei-de-improbidade-traduz-retrocessos-e-inspira-preocupacoes/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

I – o integral ressarcimento do dano; II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III – o pagamento de multa.

§ 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.

§ 2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.

§ 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.

§ 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.

§ 5º Cumprido o disposto no parágrafo anterior, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.

5. CONCLUSÃO

Meu intento ao produzir este artigo, convicta da relevância da matéria para concretização da lisura do trato com a coisa pública, é fomentar a discussão sobre a utilização do direito negocial como instrumento capaz de gerar maiores custos à prática ímproba. A tardia resposta à prática ilícita é um incentivo à sua multiplicação e causa à sociedade uma dolorosa sensação de impunidade. O TAC pode, e creio eu deve, ser instrumento de grande utilidade no combate ao câncer da impunidade.

Em determinada – e, diga-se, triste – ocasião me ative a cartaz escrito por cidadão com os seguintes dizeres: “o suor da minha testa não mais irá pagar a sua festa”. Que o termo de ajustamento de conduta seja mais um instrumento do arcabouço do microssistema de combate à corrupção a frear a ousadia dos gestores públicos que tratam o Brasil como se propriedade particular o fosse.

REFERÊNCIAS

ALTAMIRANO, Cláudia. Brasil é o 4º país mais corrupto do mundo, segundo Fórum Econômico Mundial. *El País*. Disponível em: <<https://goo.gl/gGxIYI>>. Acesso em: 08 set. 2017.

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BECKER, Gary. S. *Crime and punishment: an economic approach*. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1069262/SP. DJe 28 jun. 2018. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=mera+irregularidade+e+improbidade&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Ministério Público Federal. IC1.30.001.001111.201442. Disponível em:

<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Ministério Público Federal. A Lava Jato em números no Paraná. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 16 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 575474 (2014/0224935-8 - 27/02/2015). Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42922828&num_registro=201402249358&data=20150227&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 2017.

_____. REsp nº 802060/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=7535418&tipo=91&nreg=200502010628&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20100222&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 2017.

_____. Resp. 1184897/PE. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19110385/recurso-especial-resp-1184897-pe-2010-0042389-3-stj/certidao-de-julgamento-19110388?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR*. 22 ago. 2017. Disponível em:
<https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41503591340641941104640769064&evento=41503591340641941104643212426&key=c2136be5ca6098024aa203162acc34531c50cd4b119c0ff9c2e0be4f98aac01>. Acesso em: 2017.

CAMBI, Eduardo; DINIZ, Cláudio Smirne. Possibilidades de solução extrajudicial de conflitos na área da proteção ao patrimônio público e da tutela da probidade administrativa. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 22. *Teses*. Belo Horizonte, 2017. Disponível em:
<<https://congressonacional2017.ammp.org.br/index/teses>>. Acesso em: 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 85)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CERQUEIRA, Daniel; LOBÃO, Waldir. Determinantes da criminalidade: arcabouços teóricos e resultados empíricos. Dados. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 2, p. 233-269, 2004.

COSTA, Flávio. *Brasil leva 06 anos para julgar improbidade: demora dificulta recuperação de dinheiro público*. Disponível em:
<<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/08/29/brasil-leva-6-anos-para-julgar-improbidade-demora-dificulta-recuperacao-de-dinheiro-publico.htm>>. Acesso em: 8 set. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renne. *Lei anticorrupção empresarial*. São Paulo: Jus Podivm, 2017.

DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção*. [s.l.]: GTM Editores, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A Colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FONSECA, Cibele Benevides da. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

LEVITT, Steven D. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*. São Paulo. Campus, 2007.

LOUREIRO, Caio Márcio. *O princípio da plenitude da vida no tribunal do júri*. [s.l.]: Carlini e Caniato, 2017.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: [s.n.], 2012.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão. Corrupção. Ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REFORMA da Lei de Improbidade ‘traduz retrocessos e inspira preocupações’. Disponível em: <<https://www.oantagonista.com/brasil/reforma-da-lei-de-improbidade-traduz-retrocessos-e-inspira-preocupacoes/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RUBIN, Daniel Sperb. *Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade*. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade>>. Acesso em: 2018.

SANTOS, Eduardo Sens dos. *TAC em improbidade administrativa*. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf>>. Acesso em: 2017.

STEINSTRASSER, Márcio Cauduro. *O termo de ajustamento de conduta: aspectos gerais, natureza jurídica e necessidade de efetivação de sua publicidade*. Monografia – Conclusão de Graduação – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67437/000871617.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 2017.

TAKAR, Téó. *Com lava jato, Brasil melhora em ranking de combate à corrupção no exterior*. Disponível em:

<<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/09/11/combate-a-corrupcao-transparencia-internacional.htm>>. Acesso em: 16 set. 2018.

UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO. Novas medidas contra a corrupção. Disponível em: <<https://www.unidoscontraacorrupcao.org.br/#as-novas-medidas>>. Acesso em: 16 set. 2018.

VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei nº 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAUTELAS NA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Juliana Goulart Ferreira¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Comprovação do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. 3. Teoria da cegueira deliberada. 4. Apontamentos sobre a teoria da cegueira deliberada na improbidade administrativa. 5. Considerações Finais. Referências.

Resumo: O objetivo do presente trabalho é expor algumas cautelas necessárias quando da aplicação da teoria da cegueira deliberada nas ações de improbidade administrativa. Aborda a necessidade de comprovação do elemento subjetivo da conduta para configuração dos atos de improbidade administrativa. Apresenta a teoria da cegueira deliberada e suas origens no Direito Penal. Por fim, menciona a recente aplicação dessa teoria na seara da improbidade administrativa e aponta algumas fragilidades e cautelas que devem ser observadas para sua incidência.

Palavras-chave: Cegueira deliberada. Improbidade administrativa. Dolo.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios norteadores a serem observados pela Administração Pública e discriminou, no art. 37, §4º, sanções a serem aplicadas àqueles que praticassem atos que atentassem contra a probidade administrativa, matéria que ficou regulamentada pela Lei nº 8.429/1992.

A Lei de Improbidade Administrativa visa a punir os agentes que tentam se beneficiar indevidamente da posição que ocupam em face da Administração Pública, razão pela qual não é aplicável para casos de mero equívoco ou erro. Assim, é necessário que fique demonstrado o elemento subjetivo da conduta para a aplicação

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Técnica do Ministério Público de Santa Catarina lotada no Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa.

das penalidades previstas na Lei.

A dificuldade de comprovar esse elemento subjetivo trouxe a aplicação recente da teoria da cegueira deliberada, originária do direito estrangeiro e importada para o Direito Penal brasileiro, a casos de improbidade administrativa como forma de comprovação do elemento subjetivo a título de dolo eventual.

Consideradas essas circunstâncias, este trabalho pretende expor algumas das cautelas a serem observadas quando da aplicação da teoria na área da improbidade, tendo em vista as características próprias da matéria.

2. COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição Federal de 1988 impôs aos gestores públicos encargos diversos com o intuito de moralizar a gestão e a utilização de recursos públicos, de modo que a coisa pública seja voltada à realização dos objetivos fundamentais previstos na própria carta política. Desde logo, esses gestores estão subordinados aos princípios da Administração Pública previstos no *caput* do art. 37, bem como aos incisos que estabelecem aspectos a serem observados por toda a Administração direta e indireta, como a obrigatoriedade de licitação, de realização de concurso público, estabelecimento de teto remuneratório, entre outros previstos nos mais diversos dispositivos constitucionais.

Com base nesses princípios norteadores, busca-se uma Administração Pública mais justa e igualitária, excluindo-se privilégios particulares em prol do interesse público. Segundo Márcio Rosa e Wallace Paiva Martins Júnior (2017, p. 225), “A ideia-força do regime aplicável aos que manejam funções estatais é da submissão aos vetores da moralidade administrativa”.

Nesse intento, o texto constitucional previu também as penalidades aplicáveis àqueles que derem causa aos atos de improbidade administrativa, que, nos termos do art. 37, §4º, serão punidos com “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”.

A matéria teve sua regulamentação a cargo da Lei nº 8.429/1992, que dividiu

os atos de improbidade administrativa em três categorias: os atos que importam enriquecimento ilícito, os atos que causam prejuízo ao erário e aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública. Recentemente, foi incluída ainda uma quarta categoria, que classifica como improbidade também a concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

Conforme comenta Emerson Garcia, as hipóteses previstas nos incisos dos artigos 9º, 10, e 11 da Lei nº 8.429/1992 são apenas exemplificativas, sendo possível ficar configurada a improbidade em outras situações não mencionadas em lei, desde que se enquadrem nas descrições dos *caputs* dos artigos mencionados:

Da leitura dos referidos dispositivos legais, depreende-se a coexistência de duas técnicas legislativas: de acordo com a primeira, vislumbrada no *caput* dos dispositivos tipificadores da improbidade, tem-se a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, apresentando-se como instrumento adequado ao enquadramento do infindável número de ilícitos passíveis de serem praticados, os quais são frutos inevitáveis da criatividade e do poder de improvisação humanos; a segunda, por sua vez, foi utilizada na formação de diversos incisos que compõem os arts. 9º, 10 e 11, tratando-se de previsões, específicas ou passíveis de integração, das situações que comumente consubstanciam a improbidade, as quais, além de facilitar a compreensão dos conceitos indeterminados veiculados no *caput*, têm natureza meramente exemplificativa, o que deflui do próprio emprego do advérbio “notadamente”. (GARCIA, 2013, p. 349-350).

Destaca-se, por outro lado, que não basta que o agente público aja em desacordo com a lei para que sua conduta seja qualificada como improbidade. Isso porque a “improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral” (DE PLÁCIDO E SILVA, 2010, p. 799), de forma que sua atuação precisa ser, em regra, conscientemente voltada para a prática da irregularidade.

Nas situações em que inexistente esse elemento subjetivo na realização da conduta, está-se diante de mera irregularidade, mas não de improbidade. Nesse sentido se manifestam também Márcio Fernando Elias Rosa e Wallace Paiva Martins Júnior (2017, p. 226):

[...] é imprescindível ação ou omissão de agente público, ainda que no

prejuízo ao erário o beneficiário da lesão seja particular. A subsunção do fato demanda o elemento subjetivo calcado na intencionalidade (dolo) e na voluntariedade, admitindo o prejuízo ao erário modalidade culposa. Com efeito, em princípio, só há lugar para caracterização da improbidade administrativa havendo má-fé.

Nesse ponto, em que se exige a comprovação do elemento subjetivo da conduta do agente público, é que reside a dificuldade da construção da prova nas ações de improbidade administrativa. Para Márcio Fernando Elias Rosa e Wallace Paiva Martins Júnior (2017, p. 227), “a comprovação de atos ímprobos é empreitada árdua que transita em nebulosas transações”.

Em razão dessa dificuldade, Emerson Garcia (2013, p. 406) comenta:

Em face da impossibilidade de se penetrar na consciência e no psiquismo do agente, o seu elemento subjetivo há de ser individualizado de acordo com as circunstâncias periféricas ao caso concreto, como o conhecimento dos fatos e das consequências, o grau de discernimento exigido para a função exercida e a presença de possíveis escusas, como a *longa repetitio* e a existência de pareceres embasados na técnica e na razão.

O elemento subjetivo deverá ser aferido, portanto, casuisticamente, de forma que sejam consideradas as circunstâncias do fato, as características do cargo e do agente.

Relevante destacar, sobre o tema, que o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça é de que o dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma, sendo dispensável perquirir sobre finalidades específicas². Trata-se, portanto, da exigência de dolo genérico ou eventual, mas não de dolo específico.

Diante disso, alguns autores têm defendido a aplicação da teoria da cegueira deliberada como forma de comprovação do dolo na improbidade administrativa, em especial depois que a teoria passou a ser aplicada em decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde 2014.

² v.g. decisões STJ: AgRg no REsp 1.539.929/MG, AgInt no AREsp 964974/GO, AgRg no AREsp 73.968/SP.

Os próximos tópicos serão dedicados a esclarecer alguns aspectos relevantes sobre a teoria da cegueira deliberada e sobre algumas cautelas que devem ser observadas quando de sua aplicação na seara da improbidade administrativa.

3. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

A teoria da cegueira deliberada, que teve origem no direito anglo-saxão e passou a ser utilizada com maior frequência no direito norte-americano, é também conhecida como *willful blindness*, ou teoria do avestruz, e consiste essencialmente na presunção da má intenção quando o agente se mantém deliberadamente na ignorância acerca da existência da ilicitude do objeto.

Muito embora venha sendo aplicada há anos no direito norte-americano e em outros países de *Common Law*, onde há certa variedade de doutrinas que a estudam, a teoria da cegueira deliberada não está ainda pautada em um conceito único ou em critérios bem definidos:

[...] mesmo no Direito norte-americano, em que a *willful blindness* surgiu no final do século XIX, não se tem um conceito preciso de cegueira deliberada, e sequer os elementos que integrariam tal definição são unânimes na doutrina ou isentos de crítica. (GERH, 2012, p. 10).

No Brasil, a teoria ganhou notoriedade no caso do furto do Banco Central de Fortaleza, de repercussão nacional, cuja decisão em primeiro grau condenou os sócios de uma concessionária por lavagem de dinheiro, por terem recebido um alto valor em dinheiro oriundo daquele crime. Recentemente, a aplicação da teoria também foi discutida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal nº 470 (Mensalão).

A teoria, portanto, tem sido aplicada na jurisprudência pátria, “ainda que de forma breve e rasa” (GERH, 2012, p. 39), com base nos parâmetros do direito norte-americano, notadamente nos casos de receptação e lavagem de dinheiro. Algumas decisões mais afastadas, com base na teoria, podem ser vistas ainda em outras situações, como em casos de documentos falsificados, crimes tributários e eleitorais, por exemplo. Nitidamente, trata-se de uma teoria concernente ao Direito Penal, estabelecida para distinguir, em determinadas situações, a concretização de

elementos subjetivos do tipo.

De maneira geral, segundo a mencionada teoria, seria considerada como cegueira deliberada a conduta do agente que se coloca, intencionalmente, em estado de ignorância, de modo a não conhecer a integralidade das circunstâncias fáticas de determinada situação suspeita. Amanda Gerh (2012, p. 15) define por cegueira deliberada:

[...] o grupo de casos em que o sujeito atua ignorando dados penalmente relevantes, ignorância esta fruto de uma opção consciente feita pelo agente. Há, portanto, uma decisão por parte do sujeito de ignorar informações que poderia obter, sendo que o sujeito persiste atuando a despeito do risco de um resultado ilícito vir a se realizar.

O agente, nesse sentido, deixaria de conhecer, propositadamente, a possível ilicitude de sua conduta, com o objetivo de justificar seus atos em momento posterior. No mesmo sentido:

Em termos mais simples, podemos dizer que a teoria da cegueira deliberada constitui uma tese jurídica por meio da qual se busca atribuir a responsabilidade penal àquele que, muito embora esteja diante de uma conduta possivelmente ilícita, se autocoloca em situação de ignorância, evitando todo e qualquer mecanismo apto a conceder-lhe maior grau de certeza quanto à potencial antijuridicidade. (BARROS, 2015, p. 203-256).

Sergio Moro (2007, p. 98) comenta, ao transcrever excerto de decisão de tribunal americano, “que ignorância deliberada e conhecimento positivo são igualmente culpáveis”, visto que agir com conhecimento “não é necessariamente agir apenas com conhecimento positivo, mas também agir com indiferença quanto à elevada probabilidade da existência do fato em questão”. Nesse sentido, o autor afirma que a teoria da cegueira deliberada, em casos de lavagem de dinheiro, tem como aspectos essenciais “a) que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime; e b) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento” (MORO, 2007, p. 99-100).

Francis Beck (2011, p. 45-68), também nessa vereda, destaca:

os casos que envolvem a doutrina exigem uma reflexão acerca do dolo para constatar se é suficiente para efeito de imputação jurídico-penal que alguém saiba que está participando de uma possível atividade delitiva, mas sem saber bem qual.

Parte dos autores que tratam do tema, no entanto, entendem que a situação de desconhecimento exige, além da indiferença frente a possível ilicitude, que haja uma decisão consciente de se manter na ignorância.

Amanda Gerh (2012, p. 10), ao explicar o entendimento defendido por Ragués i Vallès, discorre:

[...] a situação de desconhecimento que se verifica na ignorância deliberada deve decorrer necessariamente de uma decisão voluntária – quando menos, consciente – do sujeito, pois só assim se pode sustentar que ele provocou seu desconhecimento. Nos casos em que faltar esta vontade, portanto, será possível falar em ignorância, contudo não será deliberada, mas decorrente de circunstâncias distintas da intenção, como, por exemplo, a falta de atenção do indivíduo. Deve concorrer, conseqüentemente, uma decisão de não conhecer por parte do agente, que pode se concretizar tanto no desenvolvimento de uma estratégia que evite a chegada do conhecimento como no simples ato de “deixar passar” a oportunidade de conhecer. Essa decisão de não conhecer, portanto, não deve ser confundida com os motivos que levam o sujeito a tomá-la.

Ao adotar intencionalmente a postura de não conhecer, o agente assumiria os riscos de sua conduta. Por esse motivo, para a teoria da cegueira deliberada, o elemento subjetivo se consubstancia em dolo eventual.

Relevante lembrar que, no dolo eventual, “o agente tem conhecimento do resultado possível ou provável de sua conduta, não o desejando diretamente, mas aceitando ou sendo indiferente a esse resultado possível ou provável” (MORO, 2007, p. 96).

Como regra, como se viu, a teoria da cegueira deliberada foi criada e vem sendo aplicada, no direito brasileiro, na esfera criminal, como forma de configuração do dolo eventual, em situações em que o dolo direto é de difícil comprovação, tendo

em vista o desconhecimento propositado pelo agente da veracidade da situação, em circunstância em que lhe seria facilmente verificável a existência da ilicitude.

Assim, tendo em vista a essencialidade da comprovação de dolo ou culpa para caracterização da tipicidade do delito no Direito Penal, a teoria concorre para a configuração do elemento subjetivo exigido, ainda que inexistente o conhecimento da ilicitude, a título de dolo eventual.

Não é incomum encontrar, nos textos dos autores que abordam o tema no Brasil, críticas sobre a aplicação da teoria da cegueira deliberada no sistema jurídico pátrio.

A primeira delas se refere à origem dessa teoria que, tendo sido criada em sistemas adeptos da *common law*, tem sua aplicação prejudicada nos sistemas de *civil law*. “É que existem algumas inconsistências que prejudicam o acolhimento puro e simples dessa teoria em nosso sistema jurídico penal” (BARROS, 2015, p. 230), o que exigiria adequações para que fosse possível sua aplicabilidade, especialmente porque, não havendo expresse amparo legal, não se deveria admitir sua implícita incorporação como instrumento de *longa manus* do dolo eventual.

Outra crítica relevante é quanto à possibilidade de inclusão da teoria no Direito brasileiro entre as hipóteses de dolo, ainda que eventual. Isso porque, segundo Arouck Ferreira (2016, p. 13), “o conceito de dolo é constituído por dois elementos: um cognitivo, que é o conhecimento ou consciência do fato constitutivo da ação típica; e um volitivo, que é a vontade ou, no caso do dolo eventual, a assunção do risco de realizá-la”. Na cegueira deliberada, o agente não tem conhecimento efetivo das circunstâncias do fato típico, ainda que por sua única culpa:

Assim, sabendo-se que o conhecimento das circunstâncias do fato típico é indispensável para a imputação a título de dolo — seja direto ou eventual —, questiona-se seu emprego na Teoria da Cegueira Deliberada nos casos em que não se tem o conhecimento efetivo das circunstâncias do fato típico, ainda que por culpa do agente, mesmo que muitas vezes haja mera suposição. (FERREIRA, 2016, p. 15).

Ademais, alguns autores entendem que a cegueira deliberada, entendida como equivalente do dolo eventual, acaba por ser aplicada como forma de responsabilidade objetiva:

[...] O âmbito real de aplicação da ignorância deliberada ocorre

quando se trata como dolo a hipótese na qual não existam ou não foram provados indícios de conhecimento por parte do sujeito. Nestes termos, estamos diante de uma inaceitável forma de responsabilidade objetiva, que viola claramente o princípio da culpabilidade e desprovida de qualquer base legal, motivo pelo qual deve ser categoricamente rejeitada. (OLIVÉ, 2011, p. 341).

No mesmo sentido se pronuncia Marco Antonio de Barros (2017, p. 69):

o entrave à subsunção da cegueira voluntária ao dolo eventual decorre da abertura do caminho que, inapropriadamente, facilita a responsabilização criminal por mera conjectura, construída a sabor do subjetivismo do julgador, eis que éditos condenatórios, em tal situação, tem origem em seu mero “sentir”, na sua superficial percepção de que aquele que assumiu o risco de lavar (dolo eventual) “fechou os olhos” para a suposta origem espúria dos bens, direitos ou valores a ele submetidos.

A imputação objetiva, em nosso ordenamento, só é admitida em casos expressamente previstos em lei, o que implica a exigência, especialmente em âmbito penal, da comprovação de dolo e culpa. Se não pode o elemento subjetivo ser comprovado e a teoria vier a ser utilizada como justificadora do dolo, estar-se-ia diante de situação bastante semelhante à responsabilização objetiva.

Por fim, uma última crítica a ser citada sobre a aplicação da teoria no sistema jurídico brasileiro trata da desproporcionalidade da imputação da conduta ao agente a título de dolo eventual:

A equiparação entre o conhecimento efetivo e o desconhecimento buscado também gera dúvidas quanto a suas consequências. Para Ragués i Vallès, não se pode deixar de apontar numerosos casos em que o agente quis manter-se em um estado de desconhecimento e que, apesar das circunstâncias, pareceu excessiva a responsabilização a título de dolo. Se determinadas situações de desconhecimento provocado parecem suscitar uma necessidade de punição não inferior à do dolo eventual, existem outros que não merecem maior sanção do que a prevista para os casos de culpa, o que exige sejam realizadas distinções dentro da própria doutrina da ignorância deliberada, uma difícil tarefa.

Dessa forma, a equiparação entre certos casos de cegueira deliberada com os de dolo segue suscitando um problema sério de proporcionalidade, que faz com que se trate de um indivíduo com pleno conhecimento da conduta ilícita da mesma forma do que um que a desconhece, ainda que deliberadamente. (BECK, 2011, p. 63)

Diante do exposto, parece-nos que, mesmo no Direito Penal, matéria que já vem admitindo a teoria da cegueira deliberada há algum tempo, outras discussões e definições precisariam ser estabelecidas, de modo a adequá-la ao direito brasileiro.

Ainda assim, notório que a teoria vem sendo utilizada com frequência cada vez maior no sistema jurídico pátrio, inclusive em decisões prolatadas em ações de improbidade administrativa³.

No que trata dessa aplicação na área da improbidade administrativa, a teoria demanda análise de aspectos que são próprios da área, alguns dos quais serão abordados no próximo tópico.

4. APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme já se demonstrou em tópicos anteriores, a teoria da cegueira deliberada, criada em matéria penal e importada do direito estrangeiro, passou a ser aplicada no Brasil em matéria penal, geralmente em condenações relacionadas aos crimes de lavagem de capitais, receptação e, em alguns casos mais isolados, em crimes relacionados à falsificação de documentos, crimes tributários e eleitorais.

Em julgados mais recentes, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem admitindo a aplicação da teoria também em processos que tratam de responsabilização por atos de improbidade administrativa.

Necessário observar, nesse aspecto, as peculiaridades existentes na Lei de Improbidade Administrativa. Isso porque, diferentemente dos casos em que a teoria da cegueira deliberada vinha sendo aplicada – em âmbito penal –, a Lei nº 8.429/1992 goza de caráter civil, ainda que tangencie, em alguns pontos, conceitos criados pelo Direito Penal.

³ v. g. TJSP Apelação 0003527-67.2005.8.26.0136, Apelação 9084661-41.2009.8.26.0000, Apelação 0001223-11.2014.8.26.0159.

Dentre os pontos provenientes da área penal aplicáveis à improbidade, podem ser citadas a previsão de sanções para os que realizam os atos previstos na lei – embora essas sanções tenham natureza civil, política e administrativa – e a necessidade de comprovação do elemento subjetivo da conduta, configurado por dolo ou culpa.

Acerca da comprovação do elemento subjetivo da conduta necessário a configurar o ato de improbidade administrativa, o tema já foi abordado no título 2 deste estudo. Em complemento, destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça definiu, na Edição nº 38: Improbidade Administrativa I da Jurisprudência em Teses, a impossibilidade de responsabilização objetiva em face a esses atos:

É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se 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. (STJ, 2015, p. 1).

Também sobre a impossibilidade de responsabilização objetiva na improbidade administrativa:

Ressalvados os casos em que a responsabilidade objetiva esteja expressamente prevista no ordenamento jurídico, é insuficiente a mera demonstração do vínculo causal objetivo entre a conduta do agente e o resultado lesivo. [...]

O elemento subjetivo que deflagará este elo de encadeamento lógico entre vontade, conduta e resultado, com a consequente demonstração da culpabilidade do agente, poderá apresentar-se sobre duas únicas formas: o dolo e a culpa. (GARCIA, 2013, p. 327).

Nesse contexto, frisa-se que, se não comprovado o dolo ou a culpa, não há, por conseguinte, condenação por improbidade administrativa, ainda que a conduta que deu azo à propositura de ação seja reconhecidamente ilegal, tendo em vista a impossibilidade de responsabilização objetiva.

Por essa razão, em muitas das vezes, há grande dificuldade na comprovação, em sede de improbidade administrativa, da existência de dolo ou de culpa, tendo em vista se tratar de aspecto subjetivo do agente. Exatamente por esse motivo, a

aplicação da teoria da cegueira deliberada viria a contribuir com a atuação do Ministério Público na propositura de ações nesse sentido.

Note-se que a cegueira deliberada é equiparada ao dolo eventual no direito brasileiro, de modo que “ao se admitir o dolo eventual como elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa, outrossim, admitir-se-á, a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada em sede de ações civis públicas/de improbidade administrativa” (SANTOS e FORNACIARI, 2016, p. 144).

Isso porque, nas palavras de Rosa e Martins Júnior (2017, p. 238), “Se o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da imoralidade ou lesividade do ato e de seu resultado e atuou de modo indiferente a esse conhecimento, é óbvio que não portava boa-fé, ou, em outras palavras, quis jactar-se de sua vilania”.

Após as primeiras decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reconheceram a aplicação teoria da cegueira deliberada em condenação por improbidade administrativa, Ministérios Públicos de outros estados têm sugerido a aplicação da teoria aos casos de improbidade administrativa, como é o caso do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, cujo Centro de Apoio de Defesa do Patrimônio Público emitiu nota a respeito do assunto, no Informe CADP nº 23, na qual concluiu:

Destarte, considerando certa tendência jurisprudencial que vem tornando tormentosa a comprovação do dolo em sede de improbidade administrativa, recomenda-se aos órgãos de execução do Ministério Público a adoção da referida teoria, notadamente em situações nas quais os gestores, como matéria de defesa, alegam desconhecimento da ilegalidade, montando verdadeira maquiagem legal para descaracterizar o dolo nos casos em que a tipologia só prevê tal modalidade de elemento subjetivo (LIA, arts. 9º e 11). (MPES, 2014, p. 6).

Embora alguns autores, como Alexandre Mazza (2015, p. 650), argumentem que inexistente base legal, doutrinária ou jurisprudencial em tribunais superiores que autorize a aplicação da teoria da cegueira deliberada em matéria de improbidade administrativa, é perceptível que a corrente que defende a aplicação da teoria da cegueira deliberada para configuração de dolo em ações de improbidade administrativa vem ganhando força e tende a ser vista com mais frequência em

decisões dos Tribunais pátrios.

Inobstante, relevante conhecer algumas fragilidades na aplicação dessa teoria na seara da improbidade.

Como já se comentou, também, segundo alguns autores que estudam a teoria e sua aplicação no Direito Penal brasileiro, a cegueira deliberada muito se aproxima da responsabilização objetiva, já que trata como dolo situação em que não existe prova da má-fé do agente ou mesmo efetivo conhecimento da imoralidade da conduta realizada.

Camila Gomes (2018, p. 53) comenta:

Eventual transposição da teoria da cegueira deliberada, do âmbito criminal para a improbidade pode resultar em responsabilização por improbidade de agentes inábeis, desatentos ou ingênuos, mas que não atuaram com má-fé. Esse não é o objetivo da lei, que traz severas punições com intuito de afastar do serviço público a malícia, a desonestidade e a fraude.

Ademais, a cegueira deliberada “se trata de uma teoria relativamente recente aos olhos dos Tribunais brasileiros, o que acarreta disfuncionalidades e instabilidade acerca dos critérios para sua aplicação” (FERREIRA, 2016, p. 19). Assim, sem requisitos claros quanto às situações em que cabe aplicação da cegueira deliberada e os critérios para sua aplicação, abre-se possibilidade para uso indiscriminado da teoria, com a punição de agentes para os quais a suposta má conduta que teria configurado a improbidade nem mesmo foi realizada.

Frisa-se que a cegueira deliberada somente seria aplicável àqueles que poderiam ter conhecimento da prática de ato com grande probabilidade de ser ímprobo, mas, perante o qual deliberadamente optaram por permanecer na ignorância. Nessa situação, aliás, se o agente tem o dever de agir, sua conduta omissiva pode também configurar improbidade, prevista nos artigos 10, 10-A e 11 da Lei nº 8.429/1992, sem que o aplicador do direito precise recorrer a essa teoria.

Rosa e Martins Júnior (2017, p. 239), que defendem a aplicabilidade da *willful blindness* na seara da improbidade administrativa, reconhecem que a adoção da teoria não traz inovações “na interpretação e aplicação do sistema normativo vigente, porquanto dele já se extrai a reprovação da conduta daquele que, conhecendo a potencialidade da prática de improbidade, silencia com o intento de permitir que

terceira parte a pratique”. Segundo os autores, o agente, “ainda que escusado no suposto desconhecimento, teria sido negligente e sua omissão fere o princípio da eficiência, posto no mesmo patamar do princípio da moralidade administrativa” (ROSA e MARTINS JÚNIOR, 2017, p. 238).

Tem-se que ter em conta que a cegueira deliberada ocorre, como já comentado, quando o agente se autocoloca em situação de ignorância e evita qualquer meio de conhecer potencial antijuridicidade da conduta. Não é, por isso, qualquer alegação de desconhecimento que enseja a aplicação da teoria, mas tão somente aquela em que o agente realmente desconheça a irregularidade, em situação em que poderia facilmente obter informações sobre possível resultado ilícito, mas preferiu não fazê-lo. Por conta dessas características sutis da teoria, exige-se muito maior cautela à sua aplicação.

Nesse ponto, válido mencionar que, no primeiro caso analisado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que reconheceu a aplicação da teoria da cegueira deliberada na improbidade, o relator comentou que a teoria “é, em relação ao ilícito administrativo praticado neste caso concreto, perfeitamente adequada a sua incidência, na medida em que os corréus fingiram não perceber o superfaturamento praticado [...]” (TJSP, 2014). Ora, se os corréus *fingiram não perceber*, eles, na verdade, tinham conhecimento da realidade dos fatos, razão pela qual a aplicação da teoria pode não ter sido a mais adequada e outros fundamentos poderiam ser utilizados para a mesma condenação.

Gomes (2018, p. 53) argumenta também outra razão pela não incidência da cegueira deliberada no acórdão mencionado:

No próprio caso julgado pelo tribunal de Justiça de São Paulo, a condenação foi por prejuízo ao erário, ilícito que admite a punição por conduta culposa, não havendo qualquer necessidade de se buscar estender uma teoria construída para tipos penais a uma situação que já estava claramente inserida no contexto da legislação administrativa.

Assim, se a lei de improbidade administrativa visa punir aqueles que agem com desonestidade, essa desonestidade deve ser comprovada, com ou sem aplicação da teoria da cegueira deliberada.

Em qualquer caso, porém, a teoria não serve para eximir o aplicador do direito de demonstrar, de forma fundamentada, a incidência do elemento subjetivo da

conduta do agente. Mello e Hernandez (2017, p. 458) destacam:

É imprescindível, sob pena de grave violação aos princípios constitucionais da legalidade e da culpabilidade, que sejam adotadas limitações ao uso da *willful blindness* no ordenamento pátrio, mormente para evitar que o manejo da teoria sirva como escudo ao dever do magistrado de apontar, de forma fundamentada e com base em elementos concretos, os indícios de conhecimento do agente quanto à procedência infracional dos bens, direitos e valores e a assunção do risco de produzir o resultado lesivo.

Ademais, pertinente observar que, embora a teoria comentada tenha sua origem no direito penal, mesmo nesse âmbito não é ainda amplamente aceita, por ser perfilhada de um sistema jurídico diferente do adotado no Brasil, conforme se demonstrou no tópico 3 deste artigo.

No caso do Direito Penal, ainda, as condutas penais são todas tipificadas, só havendo delito em caso expressamente previsto em lei. Diferentemente, podem ser enquadradas como improbidade administrativa quaisquer condutas que importem enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou que atentem contra os princípios da administração pública, ainda que não estejam expressamente previstas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992, que tratam de rol meramente enumerativo.

Considerada a diversidade de condutas que podem implicar ato de improbidade e a dificuldade de se comprovar o dolo em grande parte delas, as alegações pela aplicação da teoria podem surtir efeito diverso do esperado, por possível banalização da propositura de ações e improcedência de grande parte delas, quando algumas condenações poderiam ser alcançadas pela construção de provas independentes da cegueira deliberada.

Por se tratar de tese recente, ao menos na área da moralidade administrativa, ainda não é possível precisar seus efeitos práticos em todo o país, em especial porque há Tribunais mais conservadores no que se refere ao reconhecimento dos atos de improbidade. Além disso, o Superior Tribunal de Justiça ainda não se manifestou em específico sobre a tese aventada.

Assim, tendo em vista as fortes críticas à teoria e a sua escassa incidência jurisprudencial até o momento, sua alegação requer cautelas, de modo que haja sempre devida caracterização da conduta e que, comprovadamente, o

desconhecimento tenha sido buscado pelo agente com o intuito de se resguardar de acusação futura, por suspeitar que seu ato era possivelmente ilícito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A comprovação do elemento subjetivo da conduta ensejadora de improbidade administrativa é tarefa conhecidamente árdua ao aplicador do direito, em especial porque, em regra, é preciso demonstrar dolo, componente de consciência do agente, a partir de documentos e papéis.

Em vista desses requisitos, o agente que alegasse desconhecimento da situação ímproba em muitos casos se tornava imune à aplicação das penalidades previstas em lei, ainda que essa ignorância viesse de seu esforço para assim permanecer, inclusive em situações em que poderia evitar a concretização de atos em desconformidade à moralidade administrativa ou o benefício indevido de particulares diante do patrimônio público e dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração.

Nesse viés, a teoria da cegueira deliberada foi aventada como tese aplicável a casos de improbidade administrativa, como forma de responsabilizar aquele que se mantém deliberadamente na ignorância com o intuito de eximir-se das sanções, e vem sendo reiteradamente aplicada em decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

De fato, a teoria tende a ampliar a possibilidade de punição de agentes que não atuam em prol do interesse público, pois, se não é possível demonstrar o dolo genérico face à inexistência de vontade do agente em aderir a conduta que provocou os resultados previstos em lei – já que nem mesmo conhecia a imoralidade nela presente –, a cegueira deliberada torna punível o dolo presente na vontade de permanecer ignorante, situação em que o agente teria aceitado os riscos de produzir esses resultados.

É preciso, porém, alguma cautela na aplicação da mencionada teoria em ações de improbidade administrativa, tanto para evitar a banalização de ações nessa esfera quanto para minimizar a penalização dos indivíduos que não teriam agido com má-fé.

Tendo em vista a ausência de requisitos claros quanto às situações em que cabe a aplicação da teoria no direito brasileiro e a semelhança da *willful blindness* com a responsabilização objetiva, é preciso que, quando da sua aplicação, haja fundamentação ainda mais aprofundada e com base em elementos concretos sobre o dolo do agente em assumir os riscos de produzir o resultado lesivo.

Ademais, é sempre importante ter em conta a proporcionalidade entre a responsabilização por dolo direto em praticar a conduta ímproba e a responsabilização em face do desconhecimento, ainda que deliberado, por parte do agente.

REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antonio de; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. *Revista dos Tribunais*, ano 104, v. 957, jul/2015.

BECK, Francis. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. *Revista de Estudos Criminais*, ano X, n. 41, 2011. p. 45-68.

DE PLÁCIDO E SILVA, Joseph. *Vocabulo Jurídico*, v. III. 28. ed. 2010.

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

GERH, Amanda. *A aplicação da teoria da cegueira deliberada no Direito Penal brasileiro*. 2012. 70 f. Monografia – Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2012.

GOMES, Camila Paula de Barros. Reflexões sobre a aplicação de institutos penais aos atos ímprobos. *Revista de Direito da Administração Pública*, ISSN 2595-5667, a. 3, v. 1, n. 1, janeiro-julho, 2018.

FERREIRA, Vinícius Rodrigues Arouck. *A teoria da cegueira deliberada e a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro*. 2016. 48 f. Monografia – Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP, 2016.

MAZZA, A. *Manual de Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque; HERNANDES, Camila Ribeiro. O delito de lavagem de capitais e a cegueira deliberada: compatibilidade no Direito

brasileiro? *Conpedi Law Review*. Braga, Portugal, v. 3, n. 2, p. 441 – 461, jul/dez. 2017.

MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). *Lavagem de Dinheiro: Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MPES, Informe CADP n. 23, jun/2014. Disponível em:

<<https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/11ea5eea-55b5-4b58-906d-7759daf884d9.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2018.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré [et al]. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistemas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A teoria da cegueira deliberada e a aplicação aos atos de improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.) *Improbidade Administrativa: Temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANTOS, Evandro Augusto Dell Agnelo; FORNACIARI, Diane Fernandes. Da aplicação da teoria da cegueira deliberada nas ações de improbidade administrativa. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, ano 3, n. 5, dez./2016.

STJ, Improbidade Administrativa I. *Jurisprudência em Teses*, ed. 38. Ago/2015. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2038%20-%20Improb%20Administrativa%20I.pdf>. Acesso em: 1 set. 2018.

TJSP, *Apelação 0009252-56.2010.8.26.0073*; Relator (a): Rebouças de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Avaré - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/04/2014; Data de Registro: 10/04/2014.

O ATO DE IMPROBIDADE POR DESVIO ÉTICO DO AGENTE PÚBLICO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Luiz Antonio Miranda Amorim Silva¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A improbidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro. 3. O grave desvio ético e a violação de princípios da administração pública. 4. Análise da Jurisprudência do STJ. 5. Conclusão. 6. Referências.

Resumo: Análise quanto à possibilidade de configuração de ato de improbidade administrativa e aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 em relação a condutas que não geram dano ao erário ou mesmo enriquecimento ilícito. Foca-se, pois, nos casos relacionados a graves desvios de condutas sem repercussão econômica imediata. O texto se inicia com noções gerais sobre a improbidade administrativa no direito pátrio, passando a uma reflexão quanto à relação entre graves desvios éticos e a violação de princípios da administração pública, culminando com uma análise jurisprudencial centrada em precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Busca-se pela análise de precedentes do STJ extrair nortes hermenêuticos para o aplicador do direito, especialmente o membro do Ministério Público, em sua atividade de avaliar se, em dada situação, a conduta do agente público se mostra suficiente a merecer as sanções pelo ato de improbidade. Também se procura observar a própria gradação de sanções entendida como razoável pelo STJ em relação a esses tipos de condutas. Ao final, faz-se um apanhado das principais diretrizes que podem ser extraídas dos julgados do STJ, assim como uma análise crítica do verificado nos precedentes.

Palavras-chave: Honestidade. Agente. Improbidade. Jurisprudência.

¹ Procurador da República. Pós-graduação em Direito Público na Universidade Nacional de Brasília (UnB). Pós-graduação em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público da União. Máster en Derecho Constitucional – Universidad de Sevilla.

1. INTRODUÇÃO

O ato de improbidade administrativa é tido como uma ilicitude qualificada praticada por um agente público. Trata-se, assim, de um ato grave que indica a ocorrência de desvio da conduta esperada de pessoas que possuem vínculo especial com a Administração Pública.

Assim, apesar da amplitude de tal noção, por vezes o ato de improbidade administrativa é observado pelo viés do prejuízo ao erário e relacionado ao desvio de recursos públicos.

Evidentemente, quando a conduta desviada, além de uma grave quebra dos deveres do agente público, provoca o seu enriquecimento ou mesmo prejuízo econômico à Administração Pública, a verificação da existência do ato de improbidade se impõe e se estende em uma ampla esfera de consenso.

Contudo, muitas vezes atos de agentes públicos que não geram prejuízo econômico direto revelam uma intensa deslealdade e desonestidade, merecendo a devida atenção por parte dos operadores do direito e pela própria sociedade.

Nesse sentido, o presente artigo procura situar e reforçar a existência de ato de improbidade decorrente de desvios éticos que não implicam resultado de dano ao erário, ou mesmo qualquer resultado econômico imediato. Em especial, procura-se demonstrar que tipo de conduta de agente público sem resultado econômico imediato tem sido entendida pela Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como passível de configurar ato de improbidade.

A intenção é municiar operadores do direito, em especial os membros do Ministério Público, com elementos para análise de casos envolvendo notícias de atos que, embora sem apreciação pecuniária imediata ou não relacionadas a atos de ordenadores de despesas, relacionem-se a um desvio ético suficiente a configurar um ato de improbidade.

Para tanto, busca-se, em capítulo inicial, a apresentação da noção do que se entende por ato de improbidade, com as premissas básicas para a sua compreensão. Após, analisa-se o grave desvio de conduta sem prejuízo ao erário no âmbito dos atos de improbidade na modalidade de violação a princípios da

administração pública. Em terceiro capítulo, intenta-se fornecer um panorama da Jurisprudência do STJ em relação a esses graves desvios de condutas.

Ao final, em conclusão, realiza-se uma consolidação de diretrizes que se podem extrair dos julgados do STJ e uma análise crítica de como a questão vem sendo tratada no direito brasileiro.

2. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É evidente que a Constituição Federal apresenta direcionamento claro de intolerância a atos de improbidade. Não é por outra razão que, no §4º do seu art. 37, aponta como sanções pela prática do ato a suspensão dos direitos políticos a perda da função pública e o ressarcimento ao erário, destacando inclusive a possibilidade da indisponibilidade de bens.

A gravidade das consequências já atribuídas pelo texto constitucional surge de um histórico de corrupção e verdadeiro descuido com o patrimônio público, além de uma cultura patrimonialista, na qual se demonstra corriqueira a confusão entre o público e o privado, com a utilização de funções públicas de modo abusivo para satisfação de interesses pessoais de agentes públicos.

Contudo, como se sabe, a Constituição não precisou o que seria improbidade administrativa, isto é, não apresentou seu conceito, nem mesmo as hipóteses em que haveria a configuração de ato de improbidade.

Assim, cabe lembrar que do ponto de vista etimológico, a palavra improbidade encontra relação de origem com o vocábulo latino *improbitate*, conforme aponta Marino Pazzagline Filho: “O vocábulo latino *improbitate* tem o significado de desonestidade e a expressão *improbis administrator* quer dizer ‘administrador desonesto ou de má-fé’”².

Nicolao Dino de Castro Costa Neto, nesse contexto, esclarece a noção do seguinte modo:

² PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 2.

A probidade administrativa consubstancia-se, então, no dever de portar-se, nos negócios da Administração Pública, de forma compatível com os padrões de lealdade, boa-fé, honestidade e moralidade. Por conseguinte, improbidade administrativa consiste na inobservância desse dever para com a Administração, implicando atos distanciados dos parâmetros de honestidade, boa-fé, lealdade e moralidade³.

De fato, a definição corrente de improbidade leva em conta o seu conteúdo etimológico, de desonestidade, má-fé, imoralidade. O que não reflete totalmente as condutas previstas pelo legislador – Lei nº 8.429/92 – considerando-se, em especial, a inclusão do ato culposos que causa dano ao erário como passível de se configurar como improbidade administrativa.

Nesse sentido, o alerta de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Tivesse a Lei nº 8.429/1992 feito mera referência à violação da probidade administrativa e estabelecido a respectiva sanção, não teríamos dúvida em afirmar que à integração do conceito deveria concorrer o seu sentido semântico. A opção, no entanto, foi outra: a lei de regência indicou o que se deve entender por improbidade, daí a impossibilidade de o semântico sobrepor-se ao normativo⁴.

Desse modo, a improbidade administrativa possui delimitação legal, que envolve desde desvio de condutas relacionadas à gestão e utilização do patrimônio público, quebra do dever ético no âmbito da administração, descumprimento da lei, até a grave incapacidade de gestão com a lesão ao erário.

Contudo, a aceitação de conduta culposa não afasta a desonestidade, a má-fé e a imoralidade como principais indicadores da prática de improbidade administrativa.

E é sobre esse viés que se analisa a questão proposta no presente estudo, que enfoca no ato doloso do agente público que, apesar de carecer de conteúdo ou repercussão econômica direta, demonstra um desvio ético intolerável por parte do agente público.

³ COSTA NETO, Nicolao Dino Costa de Castro. *Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais e Processuais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; DINO, Nicolao; FREITAS, Níveo; ANJO, Robério (Org.). *Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.342.

⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 105.

Nesse caminho, como se sabe, a Lei nº 8.429/92 prevê 3 modalidades de improbidade administrativa, os atos que importam: a) enriquecimento ilícito do agente; b) prejuízo ao patrimônio público; c) violação de princípios da Administração Pública.

Evidentemente, a figura legal que atende ao tipo de situação a que se refere o presente estudo se encontra no art. 11, qual seja, a improbidade administrativa por violação de princípio, única modalidade que se desprende da repercussão econômica.

3. O GRAVE DESVIO ÉTICO E A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A improbidade administrativa por violação de princípios da administração pública trata de modalidade que, por sua tipicidade aberta, apresenta-se como uma garantia contra a impunidade do agente público que, mesmo sem causar dano ao erário ou se enriquecer ilicitamente, pratica ato grave manifestamente reprovável, antiético e muitas vezes em clara violação legal.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014)

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. (Incluído pela Lei nº 13.650, de 2018)

Note-se que, a exemplo do que ocorre com as demais modalidades de ato de improbidade, previstas nos artigos 9ª e 10, cada um dos incisos do artigo 11 especificam condutas que se configuram como improbidade administrativa de modo exemplificativo. Como lembra Nicolao Dino: “(...) Todos os três dispositivos legais citados encerram, no *caput*, tipos genéricos, dedicando os incisos à especificação de algumas condutas, a título exemplificativo, como revela o emprego do vocábulo *notadamente*”⁵.

Assim, além dos casos expressamente previstos como de ato de improbidade por violação de princípios, descritos no incisos I a X do artigo 11, é possível verificar, para casos de grave violação do dever de conduta do agente público, a configuração do ato de improbidade, pela força do apontado no próprio *caput* de tal dispositivo legal, voltado a coibir qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

O sistema legal posto, desse modo, procura garantir que haja a punição por tais atos desleais e desonestos, tão prejudiciais ao desenvolvimento de qualquer sociedade.

Atente-se, pois, à lição de Nicolao Dino:

A plena “densificação do art. 37, §4º da Constituição Federal ensejou a edição da Lei 8.429/92, com propósito de estabelecer sanções outras, além daquelas decorrentes da mera responsabilização

⁵ COSTA NETO, Nicolao Dino Costa de Castro. Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais e Processuais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; DINO, Nicolao; FREITAS, Níveo; ANJO, Robério (Org.). *Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 347.

administrativa e, quando cabível, da responsabilização criminal, para tanto o legislador buscou estabelecer tipos configuradores de improbidade administrativa, atento ao princípio da reserva legal. Em todas as molduras, é inconfundível a presença de um traço comum característico à improbidade, qual seja o despreço para com os deveres de dignidade, honestidade e boa-fé no trato com a coisa pública⁶.

Nessa toada, mesmo a eficiência do agente ímprobo em seu desvio de conduta, sem deixar rastros de seu enriquecimento ilícito ou mesmo de dano ao erário, ainda pode ser insuficiente para o livrar de uma sanção, caso reste demonstrada a violação de princípio da Administração Pública.

Logo, a improbidade administrativa por violação de princípio da administração pública, além de ser um mecanismo importante para que os agentes públicos se conduzam corretamente, apresenta-se como um modo subsidiário de sanção, quando a única prova possível de produção se relaciona à violação de princípio.

Semelhante situação ocorre em relação a casos em que o agente ímprobo, por circunstâncias alheias à sua vontade, deixa de alcançar o enriquecimento ilícito desejado ou mesmo de provocar o dano ao erário, em que pese tenha praticado atos concretos que revelaram, por exemplo, a quebra do dever de honestidade.

Assim, tal modalidade de improbidade administrativa ainda tem como função de, em seu âmbito, coibir condutas que, se fossem analisadas pela perspectiva penal, seriam consideradas como tentativas.

Isso porque, na tentativa, não deixa de se revelar a grave violação dos deveres de lealdade, honestidade, moralidade administrativa e outros princípios caros à administração pública, ingressando em um sentido amplo de corrupção do agente.

Quanto a essa relação, pontua André de Carvalho Ramos:

É nesse sentido amplo de corrupção que surge o conceito de improbidade administrativa, que, além de abarcar os casos de corrupção em sentido estrito, prescinde do prejuízo patrimonial do

⁶ COSTA NETO, Nicolao Dino Costa de Castro. *Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais e Processuais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; DINO, Nicolao; FREITAS, Níveo; ANJO, Robério (Org.). *Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 347.

Estado, englobando os atos atentatórios aos princípios básicos da administração pública, como o da publicidade, impessoalidade, legalidade e eficiência. Ou seja, pode um ato ser considerado improbidade ao determinar despesa supérflua e desnecessária, atentando contra o princípio da eficiência⁷.

Os princípios jurídicos, vale lembrar, são valores positivados que demonstram com clareza o norte ético do ordenamento jurídico, têm função de orientar a aplicação das regras de um ordenamento, a função de integrar – suprir lacunas normativas –, mas o que se acentua, para efeito do presente estudo, é sua função normativa.

Princípio é norma, desse modo, aceita-se sua aplicação direta ao caso concreto. Trata-se, na verdade, de uma lição corrente e até mesmo distorcida na prática, em que restou difundida uma noção de que os princípios simplesmente se sobreporiam às regras.

A preciosa crítica à distorção na utilização dos princípios⁸, que muitas vezes são enunciados para encobrir arbitrariedades, não retira a sua profunda importância para o Direito como um todo e, especialmente, para o Direito Administrativo, em especial pela maior abstração dos princípios permitir que o ordenamento jurídico esteja mais preparado para enfrentar a presente e futura hipercomplexidade das relações humanas.

A Constituição, vale destacar, cuidou de proclamar os princípios regentes da Administração Pública. Assim, recebem assento constitucional expresso o princípio da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Outros princípios basilares do direito administrativo se encontram implícitos na Constituição, ou mesmo decorrem do direito posto, como o princípio da supremacia do interesse público, da indisponibilidade do interesse público, da segurança jurídica, da razoabilidade e proporcionalidade.

⁷ RAMOS, André de Carvalho. O Combate Internacional à corrupção e a lei da improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; DINO, Nicolao; FREITAS, Níveo; ANJO, Robério (Org.). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/92*. Belo horizonte: Del Rey, 2002, p. 4.

⁸ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de direito do estado*. Número 17 – janeiro/fevereiro/março de 2009. Salvador.

O Direito Administrativo ainda apresenta princípios peculiares a determinados procedimentos, como ocorrem em relação a alguns princípios próprios da licitação, do processo administrativo, do serviço público entre outros.

Tudo isso não implica a aceitação de que qualquer deslize pode ser entendido como improbidade, nesse sentido se faz necessário destacar, de logo, que a abertura propiciada pela configuração de improbidade por violação de princípio não prescinde da gravidade dessa conduta para tanto, nem mesmo de sua avaliação considerando o sistema jurídico como um todo.

Assim, a abertura propiciada pela configuração da improbidade administrativa por violação de princípio serve de freio à criatividade do agente público que se relaciona diretamente ao patrimônio no que diz respeito à realização de condutas efetivamente nocivas ainda sem proibição legal expressa.

É nesse caminho que vem se consolidando na Jurisprudência pátria a consideração da prática de improbidade mesmo em caso sem repercussão econômica imediata quando se observam graves desvios de conduta por parte de agentes públicos.

4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Cabe, de logo, destacar que, em sua Jurisprudência em Teses, o sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, na edição 40 (Improbidade Administrativa II), destaca a seguinte tese consolidada por decisões de até 1 de julho de 2015:

11) O ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92 não requer a demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, mas exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico⁹.

Assim, assentada a premissa de que o direito posto nacional e a Jurisprudência pátria não deixam de considerar o ato como de improbidade administrativa por eventual falta de repercussão econômica direta (ausência de

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Improbidade Administrativa II. Jurisprudência em Teses*. Edição 40. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 13 out. 2018.

demonstração de dano ao erário ou enriquecimento ilícito), cabe observar alguns precedentes do próprio Superior Tribunal de Justiça, a fim de se analisar que atos têm sido considerados como de gravidade suficiente para tanto.

Como uma das importantes decisões em relação a grave desvio de condutas por servidor público, observa-se o seguinte precedente, que se refere à condenação por improbidade administrativa por agentes policiais que praticaram tortura:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTES POLICIAIS. PRÁTICA DE TORTURA. CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PREVISTO NO ART. 11 DA LEI 8429/92. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que para a configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, é necessária a presença de conduta dolosa, não sendo admitida a atribuição de responsabilidade objetiva em sede de improbidade administrativa. 2. A Primeira Seção desta Corte Superior, em recente julgado, proclamou entendimento no sentido de que a prática de tortura por policiais configura ato de improbidade administrativa por violação dos princípios da administração pública, ao afirmar que: "atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados - incluindo tortura, prisão ilegal e "justiciamento" -, afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa, porque, além de atingir a pessoa-vítima, alcança simultaneamente interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial, e ao próprio Estado Democrático de Direito. Nesse sentido: REsp 1081743/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24.3.2015, acórdão ainda não publicado." (excerto da ementa do REsp 1.177.910/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 17/02/2016). 3. Agravo regimental não provido.¹⁰

¹⁰ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRESP 201001222635. Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Brasília, 16 de maio de 2016, DJE.

Evidentemente, poucas condutas são tão gravosas quanto a tortura, esta quando praticada por agentes do estado provoca, portanto, além das sanções penais, a aplicação das sanções por ato de improbidade.

Entendeu o STJ, nesse sentido, que, além de atingir a pessoa da vítima, a conduta de tortura por agente público alcança simultaneamente interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial e ao próprio Estado Democrático de Direito.

Em outro aspecto, forçoso reconhecer que mesmo atos menos graves que a prática de tortura podem configurar improbidade administrativa sem prejuízo ao erário. O próprio precedente menciona que “atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados - incluindo tortura, prisão ilegal e ‘justiciamento’ – afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa”.

Observa-se, com especial relevância, a noção de que a prisão ilegal, quando praticada dolosamente, é apontada pelo STJ como situação a ensejar a prática de improbidade administrativa sem que se mostre necessário qualquer repercussão econômica. Assim, um agente de segurança que realiza a prisão incabível para satisfazer sentimento pessoal indubitavelmente cometerá improbidade administrativa.

A partir desse precedente já se verifica estabelecida a noção de que condutas da atividade finalística de agentes de segurança pública estão sim passíveis de exame pelo viés da probidade administrativa.

Em outro precedente de considerável relevância, o STJ entendeu pela prática de improbidade administrativa por parte de agente que repassou indevidamente informações acerca de operações policiais:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REPASSE DE INFORMAÇÕES ACERCA DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES POLICIAIS. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. DOSIMETRIA. AGRAVAMENTO. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as

interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). 2. A jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório, esbarrando na dicção da Súmula 7 do STJ, salvo quando, da leitura do acórdão recorrido, verificar-se a desproporcionalidade entre os atos praticados e as sanções impostas. 3. No caso concreto, a conduta perpetrada pelo recorrido, Capitão da Polícia Militar, consubstanciada no repasse de informações (cuja ciência deu-se em razão das suas atribuições) acerca de operações policiais com o escopo de coibir a exploração sexual de menores e de jogos de azar, e a sanção a ele imposta, consistente na imposição de multa civil no valor de 2 (duas) vezes o valor da remuneração por ele percebida, evidenciam que o acórdão atacado vulnerou, indubitavelmente, o art. 12, III, da Lei n. 8.429/1992, à vista da desproporcionalidade havida entre a reprimenda e a gravidade do ilícito. 4. Recurso especial provido, para majorar a multa civil imposta ao recorrido a 5 (cinco) vezes a remuneração por ele recebida, bem assim decretar a perda do cargo público.¹¹

Como se percebe, tratou-se de caso no qual um Capitão da Polícia Militar repassou informações (cuja ciência se deu em razão das suas atribuições) acerca de operações policiais que tinham o objetivo de coibir a exploração sexual de menores e de jogos de azar.

A conduta praticada pelo militar, nesse sentido, apesar de não se relacionar a uma vantagem econômica imediata, apresenta-se vinculada a consequências graves tanto no que se refere à possibilidade de frustrar uma operação policial quanto à possibilidade de contribuir para que crimes graves como o de exploração sexual de menores fossem praticados impunemente.

Trata-se de interessante precedente, pois se verifica inclusive o entendimento do STJ quanto à necessidade de as sanções aplicadas pela prática do

¹¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 201303559280. Rel. Min. GURGEL DE FARIA, Brasília, 12 de set de 2016, *DJE*.

ato de improbidade se mostrarem com rigor compatível com a gravidade da conduta praticada. Nesse sentido, o STJ majorou a multa civil de 2 vezes para 5 vezes o valor da remuneração do agente que praticou o ato ímprobo, além de decretar a perda do cargo público.

Deve-se destacar, nesse ponto, que o STJ não costuma revisar a dosimetria aplicada em condenações por ato de improbidade, pois, em geral, entende que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático probatório. Contudo, conforme apontado no próprio precedente, essa postura é excepcionada quando da mera leitura do acórdão recorrido se verifica a desproporcionalidade entre os atos praticados e as sanções impostas.

Postura semelhante foi adotada pelo Tribunal Superior no caso de repasse de informações sobre operações policiais por parte de Policial Rodoviário Federal:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VIOLAÇÃO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. RECEBIMENTO DE PROPINA E REPASSE DE INFORMAÇÕES A RESPEITO DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES POLICIAIS. FATO GRAVÍSSIMO. DOSIMETRIA. DESPROPORCIONALIDADE. AGRAVAMENTO.

1. Não há violação do art. 535 do CPC/1973 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente às conclusões do acórdão embargado.
2. Por força da Súmula 7 do STJ, o recurso especial não pode ser conhecido quanto às alegações de cerceamento de defesa, violação ao devido processo legal e ilegalidade da interceptação telefônica realizada em ação penal e utilizada como prova emprestada na ação de improbidade.
3. A situação retratada no acórdão recorrido não revela nulidade decorrente da ausência de prévia notificação do Parquet a respeito dos pedidos de prorrogação das interceptações na ação penal, até mesmo porque eventual prejuízo decorrente dessa ausência seria do próprio Ministério Público, e não do réu, sendo certo que não se

declara nulidade sem a comprovação da ocorrência de prejuízo (pas de nullité sans grief).

4. O órgão judicial a quo entendeu pela modificação das sanções aplicadas pelo magistrado de primeiro grau porque a participação do réu, policial rodoviário federal, teria sido de menor expressão, uma vez que limitada à quebra de sigilo funcional e, por consequência, para o ato de improbidade, fixou somente a penalidade de multa civil equivalente a 2 remunerações.

5. O delineamento fático contido no acórdão recorrido é suficiente à análise da pretensão de revisão da dosimetria da sanção, não incidindo na espécie a Súmula 7 do STJ.

6. A negociação entre particular e o policial rodoviário, com a divulgação da escala de serviços dos policiais para o fim de, eventualmente, obstar o exercício do poder de polícia por órgão da Segurança Pública, caracteriza fato gravíssimo e, por isso, revela a necessidade de readequação da sanção aplicada pelo Tribunal de origem, à vista da flagrante violação do art. 12, III, da Lei n. n. 8.429/1992.

7. Hipótese em que, agravando a pena aplicada, soma-se à multa civil, equivalente a 2 remunerações do servidor, a pena de perda do cargo público.

8. Recurso especial de N.M.M.R parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Apelo excepcional do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL parcialmente provido para somar à multa civil a pena de perda do cargo público.¹²

Nesse diapasão, pode se extrair dos dois últimos precedentes mencionados que a grave quebra de confiança de agente público, por desvio de conduta, conforme se verifica no caso mencionado, deve implicar não apenas o entendimento pela configuração do ato de improbidade, mas a própria aplicação da sanção da perda do cargo ou função pública exercida, sem prejuízo de outras.

Esse posicionamento se mostra ainda mais importante quando o agente que pratica tal ato de desvio e quebra de confiança, em total deslealdade com a

¹² BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 1556140/SE. Rel. Min. GURGEL DE FARIA, Brasília, 02 de fev. de 2018, *DJE*.

administração pública, é um agente de segurança pública ou ocupante de outro cargo em que habitualmente deve o agente resguardar informações sigilosas ou sensíveis, a exemplo de Juízes, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Investigadores e Delegados de Polícia.

Aqui se mostra importante a noção de que a valoração da conduta deve ter como um dos parâmetros o grau de confiança que se deposita em determinado cargo ou função, no momento de se avaliar tanto a gravidade da conduta para fins de verificação da ocorrência do próprio ato de improbidade quanto as sanções que se mostram necessárias ao caso.

O relator do mencionado RESP 1556140/SE, Ministro Gurgel de Faria, inclusive valorou especialmente o fato de se tratar de servidor de órgão da segurança pública, destacando, em seu voto, o seguinte:

A conduta ilícita descrita no acórdão recorrido não é de somenos relevância para a Administração Pública, ainda mais em se tratando de servidor de órgão da segurança pública, que, conforme evidenciam as provas consignadas no acórdão recorrido, abriu negociações escusas com particulares para, em detrimento da função pública, receber vantagens indevidas¹³.

Consentâneo com tal norte de aplicação do direito, análise da gravidade da conduta em contraste com o grau de confiança depositada no cargo público do agente infrator, mostra-se o posicionamento adotado no seguinte julgado do STJ:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VEÍCULO ADULTERADO UTILIZADO POR DELEGADO DE POLÍCIA. DOLO COMPROVADO. SANÇÕES CUJA APLICAÇÃO OBSERVOU A AUSÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E DE DANO AO ERÁRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Na origem, o recorrente foi condenado com a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar e multa civil de cinco vezes o valor de sua última remuneração, por ter-se comprovado que, na condição de Delegado da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, transitava e mantinha veículo com

¹³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 1556140/SE. Rel. Min. GURGEL DE FÁRIA, Brasília, 02 de fev. de 2018, *DJE*.

elementos de identificação adulterados. 2. O acórdão de origem assentou suas conclusões sobre farta prova quanto à responsabilidade do agente ímprobo, de modo que, nessas circunstâncias, são inafastáveis as premissas fáticas, diante do óbice da Súmula 7/STJ. 3. A Corte Estadual promoveu clara adequação da dosimetria da pena às circunstâncias do caso concreto, tendo dado parcial provimento ao recurso do particular para reduzir o valor da multa civil. Se as sanções da lei de improbidade foram aplicadas cumulativamente, significa que o Tribunal a quo, diante da prova produzida, considerou elevado o desvalor ético e moral do desvio praticado pelo demandado, Delegado da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais que conduzia e mantinha veículo com elementos de identificação adulterados. 4. Impossibilidade, in casu, de modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem, considerando inexistir evidência de sancionamento desarrazoado ou desproporcional. Precedentes do STJ. 5. Agravo Regimental não provido.¹⁴

Isso porque, como se percebe, em tal caso julgado pelo STJ, o que se verificou foi o elevado desvalor ético de conduta de Delegado de Polícia, que transitava e mantinha veículo com elementos de identificação adulterados. Trata-se, nesse sentido, de conduta especialmente grave quando praticada por quem tem função de apurar e perseguir a prática de crimes.

Nesse contexto, a egrégia Corte considerou proporcional a aplicação das sanções cumuladas de multa civil, perda do cargo público, suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o poder público.

Desse precedente também se extrai outro norte hermenêutico pertinente, a verificação de a conduta praticada possuir também tipificação penal, o que ocorre com a adulteração de sinais identificadores de veículo (Art. 311 do Código Penal).

Isso decorre do fato de que o Direito Penal representa a última *ratio*, sendo intuitivo que se a conduta possui gravidade para se configurar como crime, caso seja

¹⁴ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGARESP 201301800608. Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Brasília, 18 de jun. de 2014, *DJE*.

praticada por agente público no exercício de seu mister, também terá gravidade suficiente para ser considerada como ato de improbidade.

Por outro lado, o que se verifica nos precedentes do STJ acima mencionados, como o que ora se analisa, é uma aplicação tímida da pena de multa, muitas vezes fixada em valor equivalente a menos de 5 remunerações do agente, quando a lei prevê a possibilidade de aplicação de até 100 vezes o valor da remuneração (inciso III do Art. 12 da Lei nº 8429/92).

Em outro aspecto, o Superior Tribunal de Justiça vem considerando como apta a constituir ato de improbidade administrativa a conduta de nepotismo, ainda que prévia à edição da Súmula Vinculante 13/STF:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. ILEGALIDADE DO ATO. DOLO GENÉRICO DO AGENTE. ARTIGO 11 DA LEI Nº 8.429/1992. ENQUADRAMENTO. SÚMULA 83/STJ. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO.

1. A nomeação de parentes para ocupar cargos em comissão, mesmo antes da publicação da Súmula Vinculante 13/STF, constitui ato de improbidade administrativa que ofende os princípios da administração pública, nos termos do art. 11 da Lei n. 8429/1992. Nesse sentido: AgRg no REsp 1362789/MG,, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/5/2015.

2. Rever o entendimento do acórdão recorrido ensejaria o reexame do conjunto fático-probatório da demanda, providência vedada em sede de recurso especial ante a Súmula 7/STJ.

3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório, esbarrando na dicção da Súmula 7/STJ, salvo quando, da leitura do acórdão recorrido, verificar-se a desproporcionalidade entre os atos praticados e as sanções impostas, o que não é o caso dos autos.

4. Agravo interno não provido.¹⁵

Trata-se, vale destacar, de odiosa conduta, na qual o agente flagrantemente utiliza da posição que ocupa, com a possibilidade de livre nomeação de pessoa para ocupar cargo público, no intuito de obter proveito particular, beneficiando familiar, quando deveria evidentemente guiar suas escolhas pelo interesse público e, logicamente, pela competência e eficiência da pessoa contratada.

De tal precedente pode-se extrair o norte hermenêutico referente à relação da conduta analisada com a confusão entre o público e o privado, em contexto de utilização das prerrogativas e prestígio do cargo para o favorecimento pessoal do agente público e de sua família.

5. CONCLUSÃO

Como se observa, no direito brasileiro um grave desvio ético por parte de agente público pode configurar improbidade administrativa ainda que deste não derive uma repercussão econômica imediata, ou seja, mesmo que não gere dano ao erário ou enriquecimento ilícito. O ato de improbidade, portanto, não está restrito àqueles que se apresentam como ordenadores de despesa ou mesmo responsáveis por procedimentos licitatórios.

Nesse sentido, além da consagração dessa noção a partir da própria leitura da Lei nº 8.429/92, verifica-se a sua regular aplicação pela Jurisprudência pátria, mormente pela verificação do trabalho de uniformização do direito infraconstitucional pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, não apenas essas condutas que não geram dano ao erário ou vantagem econômica aos agentes são passíveis de configuração como ato de improbidade, como também merecem o devido rigor sancionatório, havendo repetidos casos na Jurisprudência em que a pena de demissão e mesmo de suspensão de direitos políticos são aplicadas em cumulação a outras como a multa civil.

¹⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no AREsp 1135200/SP. Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Brasília, 10 de set. de 2018, *DJE*.

Sob o ponto de vista da análise a ser feita pelo membro do Ministério Público, no momento de avaliar se um ato dessa espécie alcança gravidade suficiente para merecer as sanções pelo ato de improbidade, alguns elementos se mostram como de extrema importância, nos termos verificados na Jurisprudência do STJ.

Nesse contexto, releva-se a verificação de se o ato demonstra uma quebra do dever de honestidade e se, a partir de sua prática, o agente macula a relação de confiança que possui com a Administração Pública.

Outro ponto a ser ponderado diz respeito à própria análise da conduta considerando o grau de confiabilidade que se deposita no cargo ou função exercida pelo agente, sendo relevante a ponderação de se, no exercício de tal mister, o agente público resta constantemente em contato com informações sensíveis e mesmo sigilosas. Quanto maior o grau de confiança depositado e exigido na função, maior a gravidade decorrente de eventual conduta de deslealdade do agente público.

As consequências extrapatrimoniais dos fatos também merecem uma valoração especial, pois destes podem resultar, conforme se observou, uma prisão ilegal, um trauma decorrente de tortura e tantos outros danos a particulares e à própria administração.

Finalmente, afigura-se pertinente o exame da relação do ato com práticas de confusão do público com o privado, com a utilização dolosa e de má-fé por parte do agente de sua posição prestigiada de agente público para obter a prevalência de seu interesse meramente pessoal.

Todo esse exame tanto deve servir de base para que se entenda, ou não, configurado o ato de improbidade quanto para que se possa graduar corretamente as sanções, não parecendo adequado que, diante de eventual intolerável quebra de confiança de agente que ocupa posição sensível na Administração Pública, este receba apenas uma sanção de multa civil.

O que se percebe, assim, da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é a consolidação de uma posição razoável quanto à análise desses graves desvios de condutas e mesmo de aplicação de sanções rigorosas como a perda do cargo público e suspensão de direitos políticos.

Contudo, observa-se um certo amesquinamento ou excesso de autorrestrrição no que diz respeito ao valor das multas civis aplicadas, considerando os casos de atos graves sancionados com o valor equivalente a até cinco remunerações do agente, enquanto a lei de improbidade prevê a possibilidade de aplicação do valor equivalente a 100 vezes a remuneração do agente.

É preciso, nesse sentido, lembrar a importância especial de se calibrar devidamente essa sanção especialmente em eventuais casos nos quais o agente não possua um vínculo necessariamente duradouro com a Administração Pública, como em casos de ocupantes de cargo em comissão ou de pessoas que exercem mandatos políticos. Nessas situações, a multa pode se apresentar como a sanção de maior relevância.

Por outro lado, mesmo nos casos em que existe um vínculo de estabilidade com Administração Pública, essa sanção deve receber um maior rigor, dado que os prejuízos indiretos para a Administração são usualmente relevantes, concretizados na necessidade de se investir em um novo servidor, em custos com comissão processante de procedimento administrativo, represamento do serviço pela falta do agente e mácula ao prestígio da administração perante a sociedade.

É preciso, ao final, observar que a tipicidade aberta no âmbito da improbidade administrativa torna ainda maior a necessidade de pormenorizada fundamentação e ampla reflexão em relação à gravidade das condutas que se procura sancionar, tanto para que não haja uma banalização da utilização desse instrumento, quanto para que atos efetivamente graves não restem sem a devida punição nesta esfera.

6. REFÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de direito do estado*. Número 17 – janeiro/fevereiro/março de 2009. Salvador.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no AREsp 1135200/SP. Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Brasília, 10 de set. de 2018, *DJE*.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRESP 201001222635. Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Brasília, 16 de maio de 2016, *DJE*.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Improbidade Administrativa II. Jurisprudência em Teses. Edição 40. Disponível em: www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp. Acesso em: 13 out. 2018.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 201303559280. Rel. Min. GURGEL DE FARIA, Brasília, 12 de set de 2016, *DJE*.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGARESP 201301800608. Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Brasília, 18 de jun. de 2014, *DJE*.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 1556140/SE. Rel. Min. GURGEL DE FARIA, Brasília, 02 de fev. de 2018, *DJE*.

COSTA NETO, Nicolao Dino Costa de Castro. Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais e Processuais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; DINO, Nicolao; FREITAS, Níveo; ANJO, Robério (Org.). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/92*. Belo horizonte: Del Rey, 2002.

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

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. O Combate Internacional à corrupção e a lei da improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; DINO, Nicolao; FREITAS, Níveo; ANJO, Robério (Org.). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/92*. Belo horizonte: Del Rey, 2002.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade Administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010.

TORRES. Ronny Charles Lopes. *Direito Administrativo*. Coleção Sinopses para Concursos. Editora Juspodivm, 2011.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Curso de direito administrativo*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

OS QUATRO PILARES DA TUTELA PREVENTIVO-RESOLUTIVA DA PROBIDADE FISCAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ERA DIGITAL: INFORMAÇÃO, TRANSPARÊNCIA, TECNOLOGIA E INTEGRIDADE PÚBLICA

Marco Antonio Santos Reis¹

Sumário: 1. Introdução, relevância do tema e plano de investigação. 2. O Ministério Público como fiscalizador e garantidor da probidade no contexto da responsabilidade fiscal: da legitimidade à estratégia preventiva de atuação lastreada no ônus da administração e na proibição da proteção insuficiente da probidade. 3. A transparência e o direito fundamental à informação como condições necessárias à tutela da probidade no plano da responsabilidade fiscal. 3.1. O direito de acesso à informação pública, transparente e íntegra: do suporte jurídico à prevenção da improbidade na gestão fiscal ao uso da tecnologia da informação. 3.2. O Ministério Público e o controle de integridade pública. 4. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO, RELEVÂNCIA DO TEMA E PLANO DE INVESTIGAÇÃO

A Administração Pública brasileira, em todos os seus níveis de organização, tem enfrentado graves problemas relacionados à gestão da coisa pública: (i) a corrupção de seus agentes; (ii) a ineficiência da atividade estatal prestadora de serviços públicos essenciais à satisfação dos direitos fundamentais; (iii) o desperdício de recursos públicos e consequente prejuízo ao erário oriundos de execuções orçamentárias sem planejamento e divorciadas da responsabilidade fiscal, entre outras mazelas que, desafortunadamente, repetem-se por ciclos intermináveis.

A era da informação digital e as revoluções tecnológicas impõem ao Ministério Público que se reinvente sob a perspectiva estratégica de atuação: a tutela da probidade exclusivamente repressiva e calcada no acompanhamento da gestão por notificações, requisições por ofícios, em inquéritos que se avolumam nas

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela UFRJ. Mestre em Direito pela UERJ.

serventias que demandam, não raro, anos para um deslinde nem sempre satisfatório já é parte do passado.

Sem descurar do aspecto repressivo da tutela, ganha relevo, paulatinamente, a perspectiva resolutivo-preventiva da atuação ministerial quanto à fiscalização da gestão pública. Noutras palavras: a demanda é por moralidade, por eficiência e por ordem em relação ao manejo dos recursos públicos. Não é ocioso recordar que todas as tipologias da improbidade encerram em seu âmago alguma conduta, culposa ou dolosa, contrária ao espírito do arcabouço principiológico. Mesmo o prejuízo ao erário culposo não deixa de revelar ineficiência sob o ponto de vista da gestão dos recursos. Os desafios são muitos e complexos.

A probidade administrativa é valor jungido à moralidade público-administrativa e encerra dimensão multifária. As tipologias dos arts. 9º a 11º da Lei de Improbidade Administrativa demonstram tal abrangência. Este estudo concentrará seus esforços na atuação preventivo-resolutiva do Ministério Público no campo da probidade administrativa em referência à gestão fiscal responsável por meio do estabelecimento de três pilares indissociáveis: a tutela da informação, a tutela da transparência e o controle da integridade no setor público. Tudo isto com a concorrência inestimável da tecnologia da informação aplicada.

Por que a tutela preventivo-resolutiva da probidade administrativa, não só no campo da gestão fiscal responsável, depende dos alicerces da informação, da transparência e do controle de integridade? Porque (i) o conhecimento dos atos praticados pela administração pública depende da forma da comunicação desses atos, o que envolve, necessariamente, a ideia de (ii) informação e da capacidade de acesso dessa informação pelo público (transparência). Mas não só: porque prevenir é melhor que remediar (no caso a tutela repressiva da improbidade); o controle de integridade realizado pelo Ministério Público, judicial ou extrajudicialmente, pode contribuir para a consolidação de uma cultura da probidade, evitando-se condutas ímprobadas violadoras de princípios, combatendo o enriquecimento indevido e o prejuízo ao erário doloso ou culposo.

Em um primeiro e breve momento, o artigo tecerá considerações a respeito da legitimidade do Ministério Público na tutela da probidade no contexto da responsabilidade fiscal. Em uma segunda etapa, o artigo se voltará ao primeiro pilar

da informação e sua relevância central para uma atuação preventiva junto à probidade na gestão fiscal. Neste ponto, o escrito delineará também a atuação preventiva do Ministério Público no pilar da transparência, uma vez que os dois pilares se interpenetram em significado e aplicação. Posteriormente, o artigo irá desenvolver, em linhas mestras, o tema da integridade pública ou *compliance* no contexto de práticas de controle e prevenção a fim de se garantir ganhos reais no trato da coisa pública e da probidade. Por derradeiro, o estudo apresentará as suas conclusões e propostas condensadas de atuação.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCALIZADOR E GARANTIDOR DA PROBIDADE NO CONTEXTO DA RESPONSABILIDADE FISCAL: DA LEGITIMIDADE À ESTRATÉGIA PREVENTIVA DE ATUAÇÃO LASTREADA NO ÔNUS DA ADMINISTRAÇÃO E NA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE DA PROBIDADE

No que concerne à fiscalização da observância da Lei de Responsabilidade Fiscal e da gestão pública, cumpre asseverar que tal escopo se insere na defesa dos valores mencionados no artigo 127 da CR, notadamente, no que tange à defesa da ordem jurídica e dos interesses coletivos. No entanto, faz-se imperativo mencionar a própria Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000, mais precisamente o disposto nos arts. 59 e 67, os quais, respectivamente, atribuem ao Ministério Público a (i) fiscalização do cumprimento das normas da LRF² e (ii) o acompanhamento e a avaliação permanente da política e da operacionalidade da gestão fiscal³.

² Lei Complementar nº 101. Art.59. O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público, fiscalizarão o cumprimento das normas desta Lei Complementar, com ênfase no que se refere a: I- atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias; II- limites e condições para realização de operações de crédito e inscrição em Restos a Pagar; III – medidas adotadas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite, nos termos dos arts. 22 e 23; IV - providências tomadas, conforme o disposto no art. 31, para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites; V - destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, tendo em vista as restrições constitucionais e as desta Lei Complementar; VI - cumprimento do limite de gastos totais dos legislativos municipais, quando houver.

³ Lei Complementar nº 101. Art. 67. O acompanhamento e a avaliação, de forma permanente, da política e da operacionalidade da gestão fiscal serão realizados por conselho de gestão fiscal, constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades técnicas representativas da sociedade.

Tais dispositivos são a pedra angular da legitimidade do Ministério Público no que se refere ao acompanhamento e tomada de medidas extrajudiciais e judiciais no contexto da gestão fiscal dos entes públicos. Mais do que isto, evidencia que tal legitimidade e atribuição do Ministério Público é autônoma e independente, ainda que conte com o auxílio, por vezes, de crucial relevância, dos demais entes fiscalizadores.

Em sua missão de zelar pela probidade administrativa em geral e, em particular, fiscalizar a gestão fiscal, é relevante sublinhar três dispositivos que, por meio de uma interpretação conjunta e sistemática, evidenciam que cabe à Administração Pública o ônus de demonstrar a conformidade ou cumprimento normativo da responsabilidade nas contas públicas.

Conforme preconiza com pioneirismo Élide Graziane Pinto, “o ônus da prova da idoneidade no emprego dos recursos, no âmbito administrativo, recai sobre o gestor, obrigando-se este a comprovar que os mesmos foram regularmente aplicados quando da realização do interesse público”, sendo certo que tal distribuição do ônus é corolário da interpretação conjunta do art. 93 do Decreto-Lei nº 200/67, do art. 113 da Lei nº 8.666/93 e do disposto no inciso V, parágrafo 1º, do art. 59 da Lei de Responsabilidade Fiscal⁴.

O primeiro dispositivo afirma que “quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprêgo na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes”, o que no campo da improbidade serve para caracterizar o dolo (genérico) do tipo de ilícito ímprobo, uma vez não comprovado pelo gestor ou agente público que determinado ato foi praticado em conformidade com o que chamaremos, ao final do estudo, de parâmetro de controle de integridade pública.

O segundo dispositivo (art. 113 da Lei 8.666/93) estipula que

o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta lei será feito pelo tribunal de contas

⁴ PINTO, Élide Graziane. *Custeio dos direitos fundamentais e proteção ao patrimônio público e à probidade administrativa*: duas propostas de integração entre os sistemas judicial e de contas para melhor controlar o alcance de tais fins. Disponível em: <<http://www.gnmp.com.br/publicacao/217/custeio-dos-direitos-fundamentais-e-protecao-ao-patrimonio-publico-e-a-probidade-administrativa-duas-propostas-de-integracao-entre-os-sistemas-judicial-e-de-contas-para-melhor-controlar-o-alcance-de-tais-fins>>. Acesso em: 16 out. 2018.

competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

O terceiro dispositivo, a despeito de dirigido ao Tribunal de Contas, assevera que este órgão cientificará os demais órgãos fiscalizadores, incluindo o Ministério Público na hipótese de “fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária”.

Tal estrutura de distribuição do ônus é assim não só em função das normas acima mencionadas, mas também em função do princípio da proibição da proteção insuficiente⁵. Uma vez que relacionada de maneira complementar ao “se” do dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*) sob a forma do “como” da implementação dessa proteção⁶, o princípio se expressa em três níveis e sustenta a proposição segundo a qual cabe à Administração Pública o dever de probidade em seus atos, o que implica, necessariamente, a demonstração acerca do modo de execução, do “como”, desses atos. Em um primeiro nível, a vedação à proteção insuficiente se obedece à proposição segundo a qual “pode o poder estatal escolher entre várias medidas adequadas”⁷. Em um segundo nível, Merten insere com subelemento da vedação à proteção insuficiente a chamada proteção mínima (*Schutzminimum*), ou seja, a garantia de um substrato mínimo de medidas concretas para se salvaguardar o objeto do dever de proteção. Neste particular, certa a lição de Möstl, segundo a qual

⁵ A proibição de insuficiência é um construto da dogmática jurídica alemã, acolhida pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*) pela primeira vez em 1993 (*Bundesverfassungsgericht – in BVerfGE 88,203 em 28.05.1993*) por meio do seguinte enunciado “O Estado, para cumprir seu dever de proteção, tem de tomar medidas suficientes de caráter normativo e material – sob a consideração de bens jurídicos conflitantes – que conduzam à realização de uma proteção tão adequada como efetiva”.

⁶ V. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz*. Berlin: Walter de Gruyter, 1999, p. 86 et seq. Trecho no original: “Etwas vereinfachend gesprochen geht es bei der Frage nach der Schutzpflicht um das „ob“ des Schutzes, während das Untermaßverbot die Frage nach dem „wie“ thematisiert...”. Tradução nossa: “Colocado de maneira um tanto simplista, a questão do dever de proteção está preocupada com o “se” da proteção, enquanto a proibição da insuficiência tem como tema a questão do “como” da proteção”.

⁷MERTEN, Detlef. Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot, in: Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Akademische Gedenkreier Willi Geigen, Speyer, 1994, p. 30 *apud* TZEMOS, Vasileios. *Das Untermaßverbot*. Frankfurt am Main: Europäischer Verlag des Wissenschaften, 2004, p.103.

A proibição da proteção insuficiente é lesionada se existe um meio (possivelmente o meio concretamente desejado) que oferece melhor proteção aos meios já dados anteriormente, sem interferir mais do que estes com relação aos direitos de terceiros ou afetar interesses públicos (se houver, assim, for um meio melhor, igualmente suave – Princípio da eficiência)⁸.

Por fim, o terceiro subelemento da vedação à proteção insuficiente inclui o que se chama de relação meio-fim: “dever de proteção proporcional significa, em uma imagem, que não se deve proteger pardais com canhões. O instrumentário estatal de proteção deve estar em uma relação de proporcionalidade entre a proteção do bem e a extensão e atualidade dos riscos que o ameaçam”⁹.

Para juntar o que se separou a título meramente didático: na prática de atos de gestão fiscal-administrativa a Administração e os gestores devem se valer sempre dos meios concretos disponíveis, jurídica e financeiramente possíveis (mas sem descurar de um mínimo intangível), e, pelos deveres insculpidos nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, devem ter o ônus de justificar, comprovar e exteriorizar tais atos de modo transparente e íntegro.

⁸ MÖSTL, Markus. Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten – Die Verfassungsbeschwerde gegen legislatives Unterlassen -, DÖV, 1998, p. 1029 *apud* TZEMOS, Vasileios. Das Untermaßverbot. Frankfurt am Main: Europäischer Verlag des Wissenschaften, 2004, p. 104. Trecho original (tradução nossa para o português): “Das Untermaßverbot ist verletzt, ...wenn es ein Mittel (ggf. das konkret begehrte Mittel) gibt, das besseren Schutz gewährt als die bereits gegebenen Mittel, ohne stärker als diese in Rechte Dritter einzugreifen oder öffentliche Interessen zu beeinträchtigen (wenn es also ein besseres, ebenso mildes Mittel gibt – Grundsatz der Effektivität)”.

⁹ MERTEN, Detlef. Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot, in: Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Akademische Gedenkreier Willi Geigen, Speyer, 1994, p. 30 *apud* TZEMOS, Vasileios. Das Untermaßverbot. Frankfurt am Main: Europäischer Verlag des Wissenschaften, 2004, p. 105. Trecho no original (tradução nossa): “Proportionale Schutzpflicht bedeutet, um im Bilde zu bleiben, dass man Spatzes nicht mit Kanonen schützen muss. Das staatliche Schutzinstrumentarium hat also in einem angemessenen Verhältnis zum Schutzgut und zum Ausmaß und zur Aktualität der bedrohenden Gefahren zu stehen”

3. A TRANSPARÊNCIA E DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO COMO CONDIÇÕES NECESSÁRIAS À TUTELA DA PROIBIDADE NO PLANO DA RESPONSABILIDADE FISCAL

Transparência e informação são conceitos e bens jurídicos intimamente associados. A transparência consiste na acessibilidade e visibilidade da informação¹⁰. Como acentua Bröhmer,

Literalmente transparência significa translucidez, clareza, compreensibilidade, cognoscibilidade. (...) O conceito de transparência, portanto, diz respeito à informação, ou mais precisamente, diz respeito à quantidade de informações disponível para um observador em relação a um processo transparente em comparação com um processo menos transparente. (...) Transparência requer, portanto, não somente o aumento da quantidade de informação abstrata, mas também a estruturação da informação, isto é, seu tratamento de uma maneira que a torne, de fato, útil e fecunda para o cidadão.

Em que se funda o direito à transparência? Quais os fundamentos da tutela da transparência? Em primeiro lugar, o direito subjetivo individual à transparência e à informação adequada são, a rigor, derivações do direito fundamental à segurança. Mais precisamente do direito à segurança jurídica, seja no âmbito das relações de coordenação da esfera privada, seja, no contexto do interesse desta obra, no âmbito das relações entre cidadãos e o Estado.

No que diz respeito ao seu fundamento, o direito subjetivo à transparência e à informação adequada decorrem do princípio fundamental democrático. Uma vez que importante faceta do princípio democrático é o que se costumou chamar de

¹⁰ Cf. BRÖHMER, Jürgen. *Transparenz als Verfassungsprinzip: Grundgesetz und Europäische Union*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, pp.18-19. Trecho no original, de tradução livre deste artigo: "Wörtlich bedeutet Transparenz Durchsichtigkeit, Deutlichkeit, Verstehbarkeit, Erkennbarkeit. (...) Es geht bei dem Begriff der Transparenz mithin um Informationen, genauer, um das Mehr an Informationen, welcher bezüglich eines transparenten Vorgangs im Vergleich zu einem weniger transparenten Vorgang einem Beobachter zur Verfügung steht. (...) Transparenz erfordert daher nicht nur die Erhöhung einer abstrakten Informationsmenge, sondern auch die Strukturierung der Information, d.h, deren Aufbereitung in einer Art und Weise, die sie für den Bürger auch tatsächlich nutzbar und fruchtbar macht".

democracia participativa, esta não se perfectibiliza sem a observância da transparência e da informação adequada.

A democracia pressupõe escolhas, e escolhas responsáveis exigem máximo conhecimento acerca de todos os elementos pertinentes a uma determinada situação. Isto vale para a escolha de presidentes e congressistas, mas também vale para a deliberação acerca das prioridades na fixação das despesas públicas, por exemplo.

Seria a transparência também um novo princípio? No que concerne à responsabilidade fiscal a resposta é afirmativa. Sobre isto, acentua Têmis Limberger que:

A partir daí, pode-se perguntar o fundamento da transparência. (...) Embora a transparência não seja expressa entre os princípios que regem a administração pública, a partir dos já enunciados, deles pode-se extrair. Desta forma, a transparência demonstra uma integração do princípio da publicidade conjugado com o direito à informação (art.5º , XXXIII) e o princípio democrático. A publicidade visa, por meio da divulgação do fato, a assegurar que o ato foi praticado de acordo com a legalidade, moralidade e os demais preceitos que regem a administração. A publicidade dos atos emanados do Estado faz-se, ainda, tradicionalmente nos diários oficiais do Estado, com destinatários muito específicos e à grande maioria de pessoas é algo estranho e pouco atrativo. (...) Da publicidade e da informação decorre uma forma de o cidadão poder controlar os atos emanados do Estado e aí reside, também, a participação popular. (...) A realização do princípio da publicidade constitui-se em um dever da administração e se complementa com o direito à informação do cidadão. Desta conjugação, tem-se a satisfação dos demais princípios que regem a administração pública. Constata-se que a administração agiu ao amparo da legalidade, busca-se a moralidade, e é satisfeita a efetividade, princípios estes todos que servem à realização do Estado Democrático de Direito. (...) Desta forma, a transparência demonstra ser uma integração do

princípio da publicidade conjugado com o direito à informação (art. 5º, XXXIII, CF/88) e o princípio democrático¹¹.

Limberger prossegue com maestria ao, conceitualmente, lembrar que tampouco a transparência se confunde com o princípio da publicidade, pois:

A transparência é a possibilidade de o cidadão ter acesso à informação pública, quando a informação lhe aparece, enquanto a publicidade seria o movimento que a administração dá a conhecer os seus atos. Deste modo, a publicidade e a transparência são dois movimentos distintos, porém na mesma rota. A publicidade parte do conhecimento dos atos da administração para a coletividade, enquanto a transparência permite ao cidadão o acesso à informação pública. A transparência é uma composição decorrente do princípio da publicidade, do direito à informação, relacionada ao princípio democrático¹².

A operacionalização sistemática da publicidade, da transparência e do acesso à informação deve encerrar verdadeiro diálogo das fontes (*Dialog der Quellen*)¹³. Neste particular, o microsistema da tutela da informação pública e transparente abrange não só o direito fundamental de acesso à informação previsto na Constituição da República (arts 5º, inciso XXXIII, e 126, § 2º)¹⁴, além da regência dos princípios do art. 37, *caput*, mas também o advento da Lei Complementar nº 131/2009 e da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2010). Em referência ao plano da gestão fiscal responsável, tais diplomas legais desempenham papel relevante os arts. 48, 48-A e 49 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

¹¹ LIMBERGER, Têmis. *Cibertransparência: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, pp.43-44.

¹² Idem, pp.44-45.

¹³SCHMIDT, J. P. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien. Strukturfragen und Regelungsprobleme in historische-vergleichender Perspektive*. Mohr Siebeck, 2009, p. 291.

¹⁴ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Art. 5º, XXXIII - Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Art. 126, § 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

3.1. O direito de acesso à informação pública, transparente e íntegra: do suporte jurídico à prevenção da improbidade na gestão fiscal ao uso da tecnologia da informação.

A Lei nº 12.527 (Lei de Acesso à Informação) e a Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009 (Lei da Transparência), apresentam importantes mecanismos legais de acesso à informação e controle participativo da gestão pública, fomentando o fortalecimento do regime democrático e, finalmente, providenciando regulamentação e concretude aos comandos do art. 5º, inciso XXXIII, e art. 126, parágrafo 2º, da CFRB de 1988.

O direito fundamental à informação (*Recht auf Informationen*) regulamentado pela Lei nº 12.527 estipula como princípios fundamentais e diretrizes em seu art. 3º: a) a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção, o que, conforme visto, trata do movimento de iniciativa do Estado de tornar públicos os atos e informações relevantes da gestão; b) a divulgação de informações de interesse público independentemente de solicitações, o que demanda da administração pública uma iniciativa constante e postura de abertura de dados; c) a utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação, o que cria um dever de constante atualização da estrutura administrativa e fundamenta a exigência de ferramentas que tornem o acesso às informações cada vez mais rápido, eficiente e seguro, e, neste ponto, posteriormente, o estudo indicará possíveis caminhos futuros em prol da probidade administrativa à luz de mecanismos tecnológicos; d) o fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública, o que, consoante se apontará noutro tópico, vem ao encontro dos imperativos de *compliance* e demanda o investimento periódico em treinamento e capacitação profissional dos agentes administrativos e, por fim, e) o desenvolvimento do controle social da administração pública, meta esta que só pode ser alcançada com a observância incansável da transparência.

A mesma lei ainda fornece subsídios preciosos acerca da definição do conteúdo jurídico da informação, esclarecendo pontos cruciais como a noção de documento, informação sigilosa, informação pessoal, como a informação deve ser

tratada, bem como em relação aos atributos da autenticidade, integridade, disponibilidade e primariedade da informação.

Neste particular é de fundamental importância para uma atuação resolutivo-preventiva da improbidade na gestão fiscal a tutela da informação sob o prisma da integridade, da autenticidade, da disponibilidade e da primariedade (incisos VI a IX do art.4º da Lei nº 12.527).

Enquanto a noção de disponibilidade garante a estrutura material para a difusão de dados qualitativos ao sistema, a autenticidade é, na dicção da lei, a “qualidade da informação que tenha sido produzida, expedida, recebida ou modificada por determinado indivíduo, equipamento ou sistema” (inciso VII do art.4º). Por seu turno, a nota da integridade é a “qualidade da informação não modificada, inclusive quanto à origem, trânsito e destino” (inciso VIII do art. 4º).

Por último, mas talvez o aspecto mais importante, o da primariedade da informação, fator este que deve ser utilizado pelo Ministério Público em sua tarefa de promover o acesso à informação e zelar pela transparência, notadamente, no que tange às contas públicas. A primariedade é o aspecto garantidor da “qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações” (inciso IX do art. 4º da Lei nº 12.527).

Frisem-se estes dois pontos: (i) o caráter imodificável da informação e (ii) o máximo detalhamento possível da informação. Tais dispositivos são, sem sombra de dúvidas, o suporte jurídico mais claro e preciso no sentido de se prevenir fraudes contábeis, fraudes no tratamento da informação atinente à execução orçamentária e, portanto, com repercussões decisivas na gestão fiscal responsável e na probidade administrativa, além da própria satisfação dos direitos que dependem do aporte de recursos.

Tal arcabouço tem como consequência necessária a imposição de dever ao Estado de garantir ao cidadão o “direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão” (art.5º da Lei nº 12.527).

Dentre os dispositivos de grande relevância para o tema proposto nesta sede, encontram-se ainda as disposições do art. 7º e do parágrafo 1º do art.8º do referido diploma, os quais consagram o (i) direito à informação primária, íntegra, autêntica e

atualizada (inciso IV); (ii) o direito à informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; (iii) o direito de obter informação relativa à “implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos” e “ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores” (inciso VII, “a” e “b”); (iv) o conteúdo mínimo da divulgação dos atos referentes à gestão fiscal que, apesar de mínimo, deve, por imperativo da maximização da eficácia dos direitos fundamentais, ser interpretado à luz do máximo detalhamento possível da informação conforme acima aludido¹⁵; e (v) a obrigatoriedade da divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet) (parágrafo 2º do art. 8º).

Dessa forma, considerando a imperatividade das qualidades ou atributos que a informação deve ter, além do princípio fundamental da “utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação” (inciso III do art. 3º da Lei nº 12.527), é dever do Ministério Público atuar no sentido de fiscalizar a administração pública e cobrar dela a utilização dos mecanismos mais capazes de materializar o direito à informação na gestão fiscal com segurança, autenticidade, integridade, acessibilidade, primariedade e atualização de acordo com as imposições legais.

A tecnologia de informação como ferramenta indispensável ao aprimoramento da tutela da probidade administrativa já é algo presente e perfeitamente executável. As chamadas tecnologias da informação aplicadas ao controle “engloba uma série

¹⁵Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o *caput*, deverão constar, no mínimo:

I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;

II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros; III - registros das despesas;

IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e

VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

de domínios e paradigmas em grande destaque atualmente, tais como Big Data, Analytics, Data Mining, Text Mining, Business Intelligence e Business Discovery”¹⁶. A chamada ciência de dados (Data Science) explora

enormes e diversas bases de dados, utilizando técnicas de preparação de dados, modelagem preditiva, mineração de dados, aprendizagem de máquina, visualização de dados e análise estatística para investigar problemas nos mais diversos domínios, como detecções de fraudes, gerência de riscos, criação de indicadores, recomendações, análise preditiva e análise de opiniões e tendências¹⁷.

Destarte, a análise preditiva “automatizada permite o processamento da informação na busca por tendências, riscos e indícios”, além de propiciar ao órgão de controle que possa se antecipar, “planejando suas ações de modo oportuno”, sob “a forma de acompanhamento individualizado e pari passu de ações governamentais de risco”¹⁸.

A utilização de análise preditiva pode, por exemplo, acompanhar com celeridade e com alto grau de precisão a evolução de gastos com pessoal em cada ente federativo. Não apenas por quadrimestre, mas, a rigor, em intervalos temporais bem mais curtos, permitindo ao Ministério Público e aos demais órgãos de controle a expedição de recomendações e implementação de medidas tendentes ao reequilíbrio das contas públicas.

Também a utilização de dados geoespaciais para o controle da probidade administrativa também é ferramenta indispensável, notadamente, no que se refere à construção de bases de dados georreferenciados e o sensoriamento remoto. O sensoriamento remoto, como acentua Balaniuk,

viabiliza a formação de grandes bases de imagens georreferenciadas que poder servir no acompanhamento, inspeção e registro remoto de objetos de interesse para o controle, tais como obras públicas, reservas ambientais... diminuindo drasticamente a necessidade de

¹⁶ BALANIUK, Remis. Novas tecnologias aplicadas ao controle. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Coord). *O controle da Administração na era digital*. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2016, p. 308.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Idem, pp.311-312.

visitas in loco e permitirá o acompanhamento de um número muito maior de empreendimentos quase em tempo real¹⁹.

O valor de tal tecnologia na verificação da probidade na entrega e execução de serviços e obras públicas, no acompanhamento real e material da despesa pública em determinados setores é de extrema relevância.

Outro exemplo de ferramenta tecnológica para aprimorar a probidade na administração é a chamada Internet das Coisas (IoT), que basicamente expressa a ideia de aparelhos conectados a qualquer coisa física, numa rede integrada, capazes de coletar, monitorar e transmitir informação sem a intervenção humana. O potencial da internet das coisas no monitoramento de obras e serviços públicos (quantitativo de material, entrega de bens e serviços), além de benefícios jungidos à gestão de políticas públicas em si (iluminação pública, fornecimento e controle de medicamentos, monitoramento do meio ambiente, e etc.), promove uma redução de custos e otimização da eficiência na gestão administrativa.

Neste sentido, sem, contudo, exaurir o tema²⁰ em respeito às limitações de espaço, faz-se extremamente promissora a utilização da tecnologia *blockchain* para propiciar segurança, eficiência, integridade, autenticidade e primariedade às informações públicas referentes não só à gestão fiscal e seus desdobramentos na execução orçamentária, mas também no que se refere à operacionalização de contratos e convênios públicos e nos procedimentos licitatórios.

Na definição técnica de Bashir, *blockchain* é “um livro-razão distribuído de pessoa para pessoa que é criptograficamente seguro, que somente permite

¹⁹ Idem, p. 323.

²⁰ Ainda no campo da tecnologia aplicada ao controle da probidade, poder-se-ia citar, a título ilustrativo, a utilização de mecanismos de inteligência artificial. A inteligência artificial, sabe-se, trabalha com a percepção de sistemas ou ambientes por agentes inteligentes que buscam soluções (*problem solving*) ou na esteira do atingimento de metas (*achievement of goals*). Neste contexto, a utilização do NLP (Natural Language Processing), associado ou não a algoritmos de *deep learning*, permitindo às máquinas a leitura e entendimento de padrões comportamentais com aprendizado a partir desta interação com o ambiente. Tal é relevante. Também digno de nota o Sistema de Auditoria de Orçamentos (SAO 2.0), desenvolvido pelas Secretarias de Obras do Tribunal de Contas da União, auxiliando “os auditores nos trabalhos de análise de orçamentos de obras, reduzindo o tempo que era empregado na preparação e no processamento de dados da planilha orçamentária, aumentando a produtividade dessa tarefa em comparação às análises não automatizadas”. O SAO 2.0 é “uma ferramenta de avaliação de risco em orçamentos de obras públicas” e “possui capacidade de identificar, de forma automatizada, uma série de irregularidades, tais como: i) erros de cálculos de valores parciais; (ii) existência e incidência de administração local medida por mês; (iii) existência de verba discriminada de forma explícita; (iv) duplicidade de serviços com características de administração local ; e (v) incidência de serviços idênticos com preços diferentes em um mesmo orçamento”. Cf. OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de. *O controle da Administração na era digital*, p. 459.

inserções, imutável (extremamente difícil de alterar), e atualizado apenas por meio de consenso ou acordo entre os pares”²¹.

Especialmente elucidativos os apontamentos de utilização da tecnologia para o setor público realizados por Fraunhofer-Gesellschaft²²:

Para o setor público, a tecnologia Blockchain é tanto um risco como também uma oportunidade. A digitalização da Administração tem se distinguido, até agora, para acelerar os processos existentes ou torná-los mais eficientes. Com a tecnologia Blockchain, acrescenta-se uma dimensão nova às correntes funções estatais organizadas por meio da substituição dessas por funções organizadas de modo privado.

Ao mesmo tempo o uso da tecnologia Blockchain oferece o potencial, a transparência e a confiabilidade para fortalecer os processos administrativos. Para a comunicação interna a Blockchain oferece a chance, em especial, de simplificar os processos cruzados ao nível da Administração Pública. Em muitos casos os atores do setor público atuam como intermediários. A Administração Pública mantém registros para documentar relações de propriedade e os notários asseguram as transferências de propriedade por meio de sua posição de confiabilidade especial. Além disso, em muitos casos o Estado atua como terceira instância de confiabilidade, como nas hipóteses de confirmar a identidade de pessoas ou coisas ou a autenticidade de documentos. (...)Em especial a Blockchain é chamada no contexto de registros e transferências de propriedade. Sua propriedade de documentar transações de forma comprovável, transparente e imutável se aproxima muito das exigências do gerenciamento clássico de registros. Os fundamentos para o uso da

²¹ BASHIR, Imran. *Mastering Blockchain*. Distributed ledger technology, decentralization, and smart contracts explained. 2. ed: Birmingham, UK, Packt Publishing, 2018, p. 16. No original: “Blockchain is a peer-to-peer, distributed ledger that is cryptographically-secure, append-only, immutable (extremely hard to change), and up dateable only via consensus or agreement among peers”.

²² PRINZ, Wolfgang; SCHULTE, A.T. (Ed.) *Blockchain und Smart Contracts. Technologien, Forschungsfragen und Anwendungen*. Disponível em: <https://www.sit.fraunhofer.de/fileadmin/dokumente/studien_und_technical_reports/Fraunhofer-Positionspapier_Blockchain-und-Smart-Contracts.pdf?_=1516641660>, pp. 30-31. Acesso em 15 out. 2018.

tecnologia Blockchain podem variar. É interessante para aquelas regiões nas quais as estruturas clássicas do Estado para registro, ou a ausência delas, estão faltando. Lá onde as estruturas estatais já estão estabelecidas, o processo de transferência de propriedade pode se desenrolar de modo ainda mais transparente e rápido com auxílio da tecnologia. Ademais, a tecnologia pode também ser usada na colaboração administrativa interna, como por exemplo, para a verificar se certos dados ou documentos estão presentes ou não e uma Administração. Afora isto, é possível proteger, por meio de uma cadeia de blocos (blockchain), a integridade de dados e documentos, o que, pelo menos da perspectiva do usuário, pode representar uma alternativa menos onerosa do que as assinaturas digitais.

A tecnologia *blockchain* se mostra, portanto, como um mecanismo capaz de atender às imposições legais de autenticidade, integridade, imodificabilidade, segurança, primariedade e transparência da informação. Sob o ponto de vista prático, não seria possível aos órgãos da administração alterar lançamentos, registros, movimentações e transferências pretéritas. Por outro lado, representaria uma economia considerável no custo de processamento dos atos da administração, o que evitaria um sem-número de casos de prejuízo ao erário por treinamento precário dos agentes administrativos ou falta de estrutura material. Apesar da necessidade de alguma regulamentação²³, as linhas mestras para a utilização da ferramenta já estão dadas e devem ser exigidas do Poder Público, garantindo-se o acesso e abertura a toda a sociedade. Os potenciais de utilização são imensuráveis: o acompanhamento dos estágios da realização da despesa pública; o acompanhamento em tempo real e atualizado do nível do gasto público; a imutabilidade das transferências e movimentações financeiras a comprovação em tempo real e de modo seguro do investimento mínimo em saúde e educação; a inalterabilidade das movimentações de recursos; a impossibilidade de utilização

²³ A tecnologia *blockchain* trata da construção de confiança compartilhada, estando perfeitamente inserida no espírito do disposto no inciso II do art. 48 da LRF. O debate de sua utilização para o setor público ainda é incipiente no Brasil, havendo discussões a respeito da pertinência de uma *blockchain* privada ou pública. No Brasil, cite-se como projeto-piloto com a utilização de componentes da tecnologia o BNDS-token, permitindo-se o rastreamento das aplicações dos empréstimos concedidos pela instituição. Veja-se em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/imprensa/noticias/conteudo/bndes-lanca-consulta-publica-em-busca-de-componentes-blockchain-para-o-bndestoken>>. Acesso em: 16 ou. 2018.

indevida de recursos depositados em fundos com destinação protegida sem a existência de rastros comprovados da movimentação indevida; a inalterabilidade das propostas em procedimentos licitatórios; a impossibilidade de aposições de assinaturas fraudulentas, entre vários outros casos exemplificativos.

A Lei Complementar nº 131, por seu turno, incorporou o chamado princípio da transparência na gestão fiscal, mais precisamente nos arts. 48²⁴, 48-A e 49, o que evidencia ser o princípio verdadeiro alicerce ou pilar da atuação preventiva no campo da probidade administrativa em referência à gestão fiscal²⁵. Tais dispositivos são de absoluta relevância, uma vez que encerram verdadeiro suporte legal, no campo da gestão fiscal, para a tutela preventivo-resolutiva da probidade administrativa ao não só permitir, como impor o uso de meios eletrônicos e tecnologias hábeis ao controle orçamentário em todos os seus tópicos (receita, despesa, etc.) e o acesso do cidadão a este sistema.

3.2. O Ministério Público e o controle de integridade pública

Por fim, faz-se imperioso o desenvolvimento do terceiro pilar: o da integridade e *compliance* no setor público. Integridade pública de acordo com a OCDE refere-se “ao alinhamento consistente e aderência aos valores, princípios e normas éticos

²⁴ Tal dispositivo sofreu regulamentação pelo Decreto Federal nº 7.185/10 e pela Portaria STN nº 548/10.

²⁵ Art. 48, Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: (...) II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A. Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a: I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado; II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários.

Art. 49. As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade.

compartilhados para a defesa e priorização do interesse público sobre os interesses privados no setor público”²⁶.

A integridade pública é, destarte, o resultado ótimo de uma atividade orientada por certos princípios, valores e normas. Por essa razão, integridade pública e *compliance* são conceitos muito próximos, mas que, consoante a ideia esposada nesta sede, não se confundem. Tal não significa, porém, que estejam dissociadas. Pelo contrário: complementam-se. Conforme elucida Martín, “o termo Cumprimento Normativo (*compliance*) é um dos mais vagos e inexpressivos que jamais se forjou. Por si só não quer dizer nada, salvo o evidente: atuar conforme à legalidade”²⁷. O autor, inclusive, informa que “na lei brasileira anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e em sua regulamentação, bem como nas diretrizes emanadas pela Corregedoria-Geral da União, os programas de *Compliance* são chamados de “programas de integridade”²⁸.

Prossegue o autor no exame da expressão, apresentando os alicerces da evolução histórica do instituto, a saber: a) a prevenção de condutas anticoncorrenciais; b) o mercado de valores no tocante aos controles internos (*self policing*) a fim de evitar o uso ilícito de informação privilegiada, prática que inspirou a *Insider Trading and Securities Enforcement Act*; c) o combate à corrupção; d) a necessidade de *compliance* no setor bancário em virtude do combate à lavagem de dinheiro; e) as normas de segurança do trabalho, nomeadamente, a proteção da saúde dos trabalhadores²⁹.

Os exemplos acima deixam claro que o setor privado, sem dúvidas, é o primeiro local de discussão da necessidade do cumprimento normativo ou *compliance*. No entanto, sobretudo nos Estados Unidos e no Reino Unido, o tema do cumprimento normativo no setor público passou a ganhar relevância e, hodiernamente, é ponto de debate irrenunciável. Seja em virtude da necessidade de um Estado regulador possui meios eficazes de prevenção e coibição de abusos na

²⁶ Veja-se a conceituação no Manual para implementação de programas de integridade elaborado pelo Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União – CGU. Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/manual_implementacao_programa_integridade.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018.

²⁷ MARTÍN, Adán Nieto (Coord). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.29.

²⁸ Idem, p.30.

²⁹ Idem, p. 31 et seq.

atividade empresarial, seja em virtude de dotar o aparato público de administração de instrumentos mais sólidos e eficientes no combate à corrupção, bem como no atendimento satisfatório das políticas públicas destinadas à concretização de direitos pela via dos serviços públicos, o chamado cumprimento normativo ou “*compliance*” vem ocupando espaços mais relevantes dentro da estrutura da Administração Pública e, por conseguinte, também de sua fiscalização.

No que diz respeito ao escopo investigativo deste artigo, faz-se imperioso notar, na esteira da lição de Martín, a importância dos chamados padrões COSO:

Nos anos 80, em consequência de uma série de escândalos, provocados pela falsidade nas contas, demonstrações financeiras e outros tipos de informação financeira se estabeleceu uma comissão nos EUA (the Treadway Commission), que elabora um relatório sobre a confiabilidade da informação financeira de empresas nos Estados Unidos (1987). As recomendações do relatório da Treadway Commission se consolidam, posteriormente (1992), em um conjunto de padrões de auditoria denominado Internal Controls Integrated Framework. Este trabalho é realizado pelo Comitê das organizações que haviam patrocinado a elaboração do relatório – the Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission), a que corresponde a sigla COSO. (...) Concretamente, o COSO estabelece que os controles internos contam com os seguintes cinco elementos:

- Ambiente de controle: é a base do resto dos componentes dos controles internos e compreende elementos tão importantes como a cultura corporativa, os valores éticos da entidade, a capacidade e qualificação dos empregados, a filosofia e o estilo de gestão, as políticas e práticas em matéria de recursos humanos e a designação de responsabilidades.
- Avaliação de riscos: Trata-se de conhecer e avaliar os riscos externos e internos da organização, que podem afetar a cada um de seus objetivos. A avaliação determina o modo pelo qual deverão ser geridos os riscos e como deverão ser desenhadas as atividades de controle;
- Atividades de controle: as atividades de controle são as políticas e os procedimentos que ajudam a assegurar que se levam a

cabo as instruções da direção. Incluem uma variada gama de técnicas como autorizações, verificações, alçadas, segregação de funções etc;

- Informação e Comunicação: Todas as empresas devem coletar a informação, interna ou externa, relevante para a consecução dos objetivos de controle. Esta atividade é, além disso, imprescindível para uma correta supervisão. Da informação há que se distinguir a Comunicação, mediante a qual os empregados devem receber com clareza quais são suas tarefas ou compromissos e obrigações em relação às atividades de controle interno;
- Supervisão: a supervisão do sistema assegura que ele evolua e mantenha sua efetividade ao longo do tempo. Corresponde à direção da organização determinar se o sistema de controles internos é, a todo momento, adequado e se adapta aos novos riscos.³⁰

Tais cânones de controle interno caracterizadores do programa de cumprimento normativo ou *compliance* estão em grande monta positivados no ordenamento jurídico brasileiro no que concerne às regras de boa administração pública. O art. 6º do Decreto-Lei nº 200/1967, de cuja importância ainda será posteriormente mencionada, estabelece, por exemplo, como princípios fundamentais das atividades da Administração Federal os do controle, da supervisão e da coordenação. A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.257/2011) materializa verdadeiro estatuto da escorreita e constitucional comunicação da Administração para com os administrados, preocupando-se, sobremaneira, com os atributos, forma de acessibilidade e armazenamento das informações de interesse público.

A avaliação de riscos e o ambiente de controle, por seu turno, são da essência do chamado princípio da eficiência e da moralidade, na medida em que eficiente também é a Administração capaz de identificar pontos cegos e vulnerabilidades, incluindo riscos morais e de combate à corrupção, além de identificar aspectos deficitários na formação técnica e de qualificação daqueles responsáveis por levar a cabo as atividades do setor público.

A noção de integridade pública, a despeito de não constar expressamente na Constituição da República, não representa, portanto, uma ideia infensa às diretrizes

³⁰ Idem, p. 52 et seq.

e princípios regentes do setor público no Estado Constitucional de Direito brasileiro inaugurado com a Constituição da República de 1988.

A integridade não só não é alheia ao ordenamento jurídico brasileiro, como também se encontra contemplada de maneira suficiente. Em vários diplomas legais e dispositivos da ordem jurídica brasileira se encontram menções essenciais ao conceito de integridade pública.

A Lei nº 12.846, que regulamenta a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas que pratiquem atos contra a administração pública nacional ou estrangeira, em seu inciso VIII, art. 7º, introduz, no aspecto sancionatório, claramente o espírito da integridade pública ao dizer 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 levados em consideração na aplicação das sanções.

A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11) estipula nos incisos IV e V do art. 3º, respectivamente, que o fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública e o desenvolvimento do controle social da administração pública são diretrizes a serem consideradas na execução dos procedimentos para a observância do acesso à informação. Ainda no art. 4º, inciso VIII, dispõe sobre a integridade da informação.

O conhecido Decreto-Lei nº 200 de 1967 traz em seus arts. 6º, inciso V, e 13 o princípio do controle que, a rigor, condensa a ideia essencial da integridade pública. Eis a dicção do art. 13:

Art. 13 O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente:

- a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado;
- b) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares;

c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria.

O dispositivo acima impõe, literalmente, o alinhamento de todas as engrenagens da Administração Pública às normas e práticas garantidoras da prioridade do interesse público. Estabelece o controle não só pelas instâncias hierarquicamente superiores, mas, também, a necessidade de protocolos e controles internos capazes de dotar a atividade administrativa dos atributos que esta deve ter para realizar o interesse público, notadamente, o primário.

Integridade encerra três ideias básicas: a) integridade é integração, pois as partes do todo da Administração Pública funcionam de modo coordenado, harmônico, integrado; b) integridade também é solidez, consistência de determinadas práticas; por fim, c) integridade também expressa uma noção de conformidade, adequação das atividades desempenhadas pela Administração Pública a um parâmetro de controle, e, neste caso, decorre do princípio da legalidade sob o ponto de vista formal e material.

Enquanto direito fundamental, a integridade pública se expressa como dimensão do direito subjetivo fundamental à segurança, mais precisamente sob a forma de segurança jurídico-administrativa por parte dos cidadãos no sentido de previsibilidade das práticas da Administração em conformidade com princípios, regras e valores aplicáveis a atuação do setor público.

Enquanto princípio, a integridade pública é uma espécie de supraprincípio resultante da incidência coordenada e harmônica dos cinco princípios regentes da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CRFB de 1988) e de outros princípios legais derivados destes. Como atividade, a integridade pública se expressa em um princípio de controle e de cumprimento normativo (*compliance*) aplicado ao setor público.

O chamado controle da integridade pública, considerados seus elementos integrantes e alicerces, deve ter como parâmetro: (i) os princípios constitucionais reitores da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CRFB-1988); (ii) o princípio da vedação à proteção insuficiente; (iii) as normas e direitos fundamentais relativos ao acesso à informação previstos na Constituição; (iv) a legislação ordinária e complementar, como, por exemplo, o Decreto-Lei nº 200/67, a Lei Anticorrupção, a

Lei de Acesso à Informação, a Lei de Responsabilidade Fiscal, o Decreto nº 7.185/2010, a Lei Geral de Licitações, a Lei nº 9.784/99, a Lei nº 4.320/64 e outras; (v) os tratados, convenções e documentos internacionais aprovados e incorporados pelo país; (vi) os manuais de instâncias controladoras da gestão fiscal, como, por exemplo, o MCASP, o Manual de Governança do Tribunal de Contas da União e outros; (vii) a título de recomendação e perene atualização, as práticas de controle utilizadas no Brasil e no mundo, notoriamente exitosas no combate à corrupção. Tal arcabouço forma verdadeiro microssistema jurídico-administrativo capaz de permitir o controle integrado, atualizado, eficiente, transparente e íntegro da probidade administrativa.

O controle de integridade da responsabilidade fiscal e da execução orçamentária à luz do direito fundamental à informação pública e da transparência abrange, portanto, a utilização dos instrumentos jurídicos à disposição do Ministério Público (inquérito civil, inspeções, recomendações, ajustamentos de conduta e ação civil pública, etc.) no sentido de se cobrar da Administração Pública: a) a disponibilização completa e o mais pormenorizada possível (atributo da primariedade), uniforme, visível, útil sob o ponto de vista de todos os usuários, tempestiva, representativa, verificável, objetiva, íntegra, confiável, fidedigna, imparcial e suscetível de comparação, no âmbito da execução orçamentária, de toda a informação fiscal e administrativa relevante³¹; b) quanto à receita: b1) a disponibilização completa e minudenciada da previsão (alínea a, inciso II, art. 7º, do Decreto nº 7.185/10), bem como a manutenção de registros dos últimos 4 anos para permitir avaliação da evolução e detecção de possíveis fraudes e deficiências; b2) a disponibilização completa e minudenciada da arrecadação, inclusive referente a recursos extraordinários (alínea c, inciso II, art. 7º, do Decreto nº 7.185/10 c.c inciso II, art.48-A, LC nº 101/00), bem como a comprovação e indicação de quais medidas estão sendo tomadas pela Administração Pública em relação ao combate à evasão

³¹ O que inclui: Balanço Patrimonial; Balanço Financeiro; Demonstração das Variações Patrimoniais; Demonstrativos do Superávit/Deficit Financeiro; Demonstração dos Fluxos de Caixa Demonstrações das Mutações do Patrimônio Líquido; Orçamentos; Audiências Públicas; Relatório Resumido de Execução Orçamentária; Relatório de Gestão Fiscal e Notas Explicativas.

e sonegação fiscal e de cobrança de sua dívida ativa³²; b3) a pormenorização de origem, espécie, rubrica, alínea e subalínea; b4) a pormenorização de todas as hipóteses de renúncia de receita levadas a cabo pelo ente federativo (incluído o histórico de período pretérito de 4 anos), devendo constar de cada renúncia realizada o (i) acompanhamento da estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes; (ii) a demonstração de que a renúncia foi efetivamente considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12 da LRF, e de que não afetará negativamente as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da LDO, (iii) a pormenorização das medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição; e (iv) o rol de beneficiados pela renúncia e o número de vezes, bem como o montante de valores que cada beneficiado deixou de pagar ao Poder Público; c) quanto à despesa c1) a disponibilização completa e específica do valor do empenho, liquidação e pagamento – etapas ou estágios da despesa (arts. 58 a 65 da Lei nº 4.320) - (alínea a, inciso I, art. 7º, do Decreto nº 7.185/10); c2) a existência ou não do correlato pagamento e em qual montante de valor (alínea a, inciso I, art. 7º, do Decreto nº 7.185/10); c3) quanto à despesa, a disponibilização da classificação orçamentária, especificando a unidade orçamentária, função, subfunção, natureza da despesa e a fonte dos recursos que financiaram o gasto, com discriminação, notadamente, dos registros que compõem as subfunções (alínea c, inciso I, art. 7º,

³² Cite-se neste particular: o incremento e implementação de rotinas e protocolos de monitoramento fiscal, com a utilização das informações disponíveis e da tecnologia aplicável para o fim de acompanhamento das condutas dos contribuintes e identificação de não conformidades; b) execução de auditorias periódicas em sociedades empresárias em que haja indícios verossímeis de violação de deveres e obrigações fiscais ou suspeita de renúncia ilegal de receitas como isenções ilegais; c) monitoramento de contribuintes que não efetuaram recolhimento de tributos e estão inadimplentes quanto ao parcelamento de débitos, no afã de se lograr a celebração de acordos e consequente regularização não litigiosa (e menos custosa) dos débitos apurados; d) incremento e aprimoramento dos controles para verificação e apuração de contribuintes com indícios de sonegação fiscal (v.g., ações fiscais de busca e apreensão de documentos, lastreadas com mandados judiciais, para obtenção de documentos, livros e informações de contribuintes com suspeitas de sonegação fiscal); f) modernização de sistemas de gerenciamento das demandas fiscais judicializadas, simplificando e dando celeridade à emissão dos Certificados de Dívida Ativa com vistas à redução do número de prescrições, otimizando a cobrança e a arrecadação; h) estimular o esclarecimento do contribuinte por meio da divulgação de eventos, palestras e capacitação básica quanto à incidência dos tributos, direitos e deveres.

do Decreto nº 7.185/10); c4) quanto à despesa, a disponibilização do nome da pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento (alínea d, inciso I, art. 7º, do Decreto nº 7.185/10); c5) a indicação do número do processo licitatório correspondente à correlata despesa informada (alínea e, inciso I, art. 7º, do Decreto nº 7.185/10); c6) indicação do bem ou objeto fornecido ou do serviço prestado correspondente à respectiva despesa informada (alínea f, inciso I, art. 7º, do Decreto nº 7.185/10); d) disponibilização completa do registro das competências e estrutura organizacional de todas as Secretarias e órgãos da Administração (inciso I, §1º, art. 8º, Lei nº 12.527/11); e) disponibilização completa e o mais pormenorizada possível de informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, modalidade; requisição do objeto; estimativa do valor; autorização da despesa; designação da comissão de licitação; minuta do instrumento convocatório e do contrato; análise jurídica das minutas e instrumentos convocatórios e do contrato; quando necessário, registros da ata de audiência publicada autorização legislativa e do projeto básico e executivo para a contratação de obras e serviços; edital na íntegra (com todos os elementos do art. 40 da Lei nº 8.666) e todos os atos de publicidade deste; registros da habilitação, qualificação técnica e econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista do licitante; registros da homologação e adjudicação; a proposta na íntegra de cada concorrente; os cadastros de fornecedores ativos; todas as publicações referentes no diário oficial; f) disponibilização completa e o mais detalhada possível de informações concernentes a contratos e convênios (inciso IV, §1º, art. 8º, Lei nº 12.527/11), como o contrato na íntegra, com todos os elementos do art. 55 da Lei nº 8.666; toda e qualquer alteração contratual ou termo aditivo; toda e qualquer causa de extinção ou anulação de contratos, tudo com as devidas motivações; todas as publicações pertinentes no diário oficial; g) no que tange aos convênios: os participantes; a remuneração, origem dos recursos; registro sobre a necessidade ou não de licitação; os prazos de execução ou duração do convênio; registros da identificação do objeto a ser executado; das metas a serem atingidas; das etapas ou fases de execução; do plano de aplicação dos recursos financeiros; do cronograma de desembolso; da previsão de início e fim da execução do objeto e da conclusão de etapas; registro de

todas as publicações no diário oficial; h) disponibilização de todos os casos de dispensas e inexigibilidades de licitações (inciso IV, §1º, art.8º, Lei nº 12.527/11).

Tais sugestões não encerram rol exaustivo, mas, se levadas a cabo a cada exercício financeiro, certamente, terão o condão de consolidar práticas de probidade administrativo-fiscal no seio da Administração Pública.

4. CONCLUSÕES

À guisa de síntese das ponderações feitas até aqui, insta condensar de forma objetiva e sistemática propostas de atuação para o exercício da tutela preventivo-resolutiva da probidade administrativa no contexto da gestão fiscal pelo Ministério Público enquanto instituição vocacionada à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e, por isso, também de relevância pública.

Em primeiro lugar, no tocante ao aspecto do parâmetro da fiscalização e da distribuição do ônus da prova na aferição da probidade administrativa, sugere-se a aplicação plena, integral e irrestrita da norma contida no art. 93 do DL 200/67, no inciso II do art. 3º da Lei nº 12.527 e no art.113 da Lei nº 8.666/93, no sentido de que o ônus da comprovação da probidade no manejo dos recursos públicos é da Administração Pública, assim como também o ônus de justificar e demonstrar a responsabilidade da gestão fiscal por meio da divulgação das informações (transparência) pertinentes ao público, sempre de modo seguro, atualizado, íntegro, autêntico, primário e claro. A utilização dessa regra de distribuição de ônus se aplica à Lei de Improbidade Administrativa como ferramenta de caracterização da conduta dolosa sempre que, instado a rever e retificar práticas irregulares e ilegais, o agente público não demonstrar que tomou as providências de controle cabíveis.

Em segundo lugar, no tocante às condições materiais e estruturais para o exercício do controle da probidade administrativa, sobretudo na área fiscal, sugere-se: (i) que os Ministérios Públicos dos Estados e da União considerem em suas peças orçamentárias, à luz da autonomia administrativo-financeira, a realização de gasto para a implementação de ferramentas da tecnologia da informação e do controle do setor público, buscando, destarte, municiar os órgãos de execução com

mecanismos aptos a fiscalizar os atos da Administração com impacto na tutela da probidade, sobretudo na gestão fiscal; (ii) que tais investimentos prevejam a capacitação e atualização constante de servidores e membros; (iii) que acordos de cooperação técnica e convênios com as chamadas EFS (entidades Fiscalizadoras Superiores), como os Tribunais de Contas, a CGU e outros órgãos ou entidades detentoras de expertise na área sejam estimulados; (iv) que o Ministério Público instaure de ofício investigações para apurar, verificar e acompanhar o desenvolvimento da utilização de tecnologias da informação aplicadas ao controle da administração no setor público junto aos entes federativos dos três níveis com vistas à redução de gastos, combate às fraudes, uso otimizado dos recursos públicos e eficiência dos serviços públicos. Neste particular, o acompanhamento e fiscalização também devem se dar mediante a celebração de termos de ajustamento de conduta à luz do arcabouço normativo supramencionado.

Em terceiro lugar, a tutela preventivo-resolutiva da probidade administrativo-fiscal, conforme visto, exige uma estratégia de atuação em consonância com os recursos da ciência de dados e tecnologias à disposição: (i) o georreferenciamento espacial; (ii) análises preditivas; (iii) o uso de inteligência artificial por algoritmos automatizados; (iv) a internet das coisas; (v) a tecnologia *blockchain*, entre outros instrumentos.

Em quarto lugar, a tutela preventivo-resolutiva da probidade tem como condição necessária a observância real do direito à informação autêntica, íntegra, facilmente acessível, segura e primária. Neste ponto, cabe ao Ministério Público o incansável trabalho de fiscalização e de exigir da Administração Pública a criação, manutenção e atualização de canais livres e abertos de divulgação de toda a informação de relevância pública, como em seus portais de transparência, permitindo-se constante controle pelo próprio cidadão e pelas demais entidades de fiscalização superiores.

Em quinto lugar, a tutela preventivo-resolutiva da probidade exige do Ministério Público uma postura prática de controle da integridade pública, a qual, no contexto da gestão fiscal, implica a definição de prioridades estratégicas e de atuação na área da responsabilidade fiscal a fim de que se fomente uma verdadeira

cultura da probidade administrativo-fiscal junto às estruturas da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

- BASHIR, Imran. *Mastering Blockchain. Distributed ledger technology, decentralization, and smart contracts explained*. 2. ed: Birmingham, UK, Packt Publishing, 2018.
- BRÖHMER, Jürgen. *Transparenz als Verfassungsprinzip: Grundgesetz und Europäische Union*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz*. Berlin: Walter de Gruyter, 1999.
- LIMBERGER, Têmis. *Cibertransparência: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- MARTÍN, Adán Nieto (Coord). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Coord). *O controle da Administração na era digital*. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2016.
- PRINZ, Wolfgang; SCHULTE, A.T. (Ed.) *Blockchain und Smart Contracts. Technologien, Forschungsfragen und Anwendungen*. Disponível em: <https://www.sit.fraunhofer.de/fileadmin/dokumente/studien_und_technical_reports/Fraunhofer-Positionspapier_Blockchain-und-Smart-Contracts.pdf?_=1516641660>.
- SCHMIDT, J. P. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien. Strukturfragen und Regelungsprobleme in historische-vergleichender Perspektive*. Mohr Siebeck, 2009.
- TZEMOS, Vasileios. *Das Untermaßverbot*. Frankfurt am Main: Europäischer Verlag des Wissenschaften, 2004.

AS CARACTERÍSTICAS QUE HABILITAM O *COMPLIANCE* COMO UM NOVO INSTRUMENTO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA CAPAZ DE ENFRENTAR A CORRUPÇÃO

Renee do Ó Souza¹

Resumo: O presente artigo visa a apresentar reflexões sobre o programa de integridade conhecido como *Compliance* previsto na Lei Anticorrupção. Embora a legislação não tenha fornecido um conceito, é possível extrair dela os elementos mínimos conformadores deste instituto. O *Compliance* da Lei Anticorrupção tem como característica central a facultatividade na sua implementação e o oferecimento de um prêmio, qual seja, a atenuação da pena caso a pessoa jurídica que o adota seja condenada por ato de corrupção, o que permite analisá-lo como norma típica da função promocional do direito, de influência do behaviorismo. Essa facultatividade o caracteriza como instituto do neoliberalismo, como espécie de *soft law* e como um dos instrumentos da política pública de combate a corrupção mais promissores do Brasil, afinal, tem potencial de multiplicar, em meio ao setor empresarial, no plano horizontal dos direitos e na esfera privada, a percepção de que valores éticos e de probidade podem ser iniciativas de defesa da própria sociedade organizada, sem a atuação estatal, como meio de combate à corrupção ou de qualquer ato que atente contra o desenvolvimento humano.

Palavras-chave: Programa de Integridade ou *Compliance*. Norma indutora de comportamento.

Abstract: This article aims to reflect on the integrity program known as *Compliance* under the Anti - Corruption Law. Although the legislation has not provided a concept, it is possible to extract from it the minimum elements that conform this institute.

¹ Mestre no Centro Universitário de Brasília – Uniceub. Pós-graduado em Direito Constitucional, em Direito Processual Civil, em Direito Civil, Difusos e Coletivos pela Escola Superior do MP de Mato Grosso. Promotor de Justiça em Mato Grosso. Professor na Pós-graduação de *Compliance* e Direito Anticorrupção no CERS – CURSOS ON-LINE (www.cers.com.br) e da Fundação Escola do Ministério Público de Mato Grosso. E-mail: reneesouza@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/244952498993703>.

Compliance of the Anti-Corruption Law has as its central characteristic the optionality in its implementation and the offer of a premium, that is, the attenuation of the sanction in case the legal entity who adopts it is convicted of an act of corruption, which allows to analyze it as a norm Typical of the promotional function of law and the influence of behaviorism. This faculty characterizes it as an institute of neoliberalism, as a kind of soft law and as one of Brazil's most promising public policy instruments to combat corruption, after all, it has the potential to multiply, in the midst of the business sector, in the horizontal rights Private sphere, the perception that ethical values and probity can be initiatives to defend organized society itself, without state action, as a means of combating corruption or any act that threatens human development.

Keywords: Integrity or Compliance Program. Behavior-inducing standard.

INTRODUÇÃO

A corrupção e a improbidade são ilícitos que devem ser combatidos porque levam ao desvio e desperdício de recursos públicos, impossibilitam a implantação das políticas públicas e precarizam o Estado. Além disso, são práticas que corrompem o tecido social de forma a tornar todas as relações permeadas de um sentimento intolerável de desconfiança que depõe contra valores humanos da sociedade moderna como a democracia, a república, a pacificação dos conflitos sociais. Seus deletérios efeitos, que corroem e degradam o ânimo gregário e ético, em outra perspectiva, ultrapassam a relação pública entre cidadão e Estado e produzem um ambiente economicamente desequilibrado e insustentável, o que é suficiente para inserir a agenda de seu enfrentamento também na esfera das relações privadas.

A percepção nacional de que a corrupção é prática enraizada nas atividades entre empresas e poder público no Brasil é generalizada a ponto de inúmeras pesquisas atuais indicarem que a população brasileira identifica a corrupção como grande problema para sua vida. Embora ainda haja uma cumplicidade da população com atos de desonestidade envolvendo a coisa pública², pesquisas recentes

² Pesquisa realizada pelo Data Popular no início deste ano revela que 3% dos entrevistados se consideram corruptos, e 70% admitem já ter cometido ao menos um tipo de infração. E, enquanto 22% dos brasileiros dizem conhecer uma pessoa corrupta, 80% afirmam conhecer alguém que já

realizadas por diferentes meios de comunicação revelam um crescente repúdio e preocupação do povo brasileiro com atos de corrupção. Em pesquisa de abril de 2014 feita pelo Ibope Inteligência em parceria com a *Worldwide Independent Network of Market Research* (WIN), realizada em 65 países, com 66.806 entrevistados, mostra que 21% citam a corrupção como o principal problema do mundo. No Brasil, esse índice é ainda maior: 29% consideram a corrupção como o problema mundial mais grave³. Em novembro de 2015, pela primeira vez, a Corrupção foi vista como maior problema do Brasil em pesquisa realizada pelo instituto Datafolha. A corrupção liderou o rol das preocupações do brasileiro: Corrupção, com 34%, seguido da Saúde, com 16%, Desemprego, com 10%, Educação, com 8%, Violência/segurança, com 8%, e Economia, com 5%⁴. Em janeiro de 2016, outra pesquisa do Instituto Ibope, encomendada pela Confederação Nacional da Indústria, revelou que 65% dos entrevistados consideram a corrupção o problema número um do Brasil. A categoria havia ficado em terceiro lugar em 2014⁵.

Esse sentimento nacional deve ser cooptado pelo Estado⁶, a fim de resguardar o lastro democrático e prestigiar a soberania popular. Paradoxalmente a este quadro, existe no Brasil um cabedal de leis que buscam enfrentar a corrupção por meio de um complexo sistema de concomitância de instâncias de responsabilidades que pune, em diferentes esferas, um bom número de condutas que drenam recursos e interesses públicos. Esse sistema de corresponsabilizabilidade, contudo, sempre se centrou, predominantemente, no agente público, olvidando-se que os atos de corrupção são

cometeu alguma ilegalidade. Em outro estudo realizado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), a percepção dos entrevistados em relação à forma de agir do brasileiro reflete como tratamos as pessoas, mesmo as que nos são mais próximas: 82% acham que a maioria quer tirar vantagem, e só 16% dizem que as pessoas agem de maneira correta. In <<http://oglobo.globo.com/brasil/corrupto-o-outro-18961820#ixzz4DNyoXGdO>>. Acessado em: 25 jan. 2017.

³ In <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/corruptao-e-o-principal-problema-mundial-aponta-pesquisa/>>. Acessado em: 25 jan. 2017.

⁴ In <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/corruptao-e-vista-como-o-maior-problema-do-pais-diz-datafolha.html>>. Acessado em: 25 jan. 2017.

⁵ In <<http://noticias.band.uol.com.br/brasil/noticia/100000791488/corruptao-e-apontada-como-o-maior-problema-do-brasil.html>>. Acessado em: 25 jan. 2017.

⁶ Cabe à sociedade – dispersa, desorganizada, pouco informada, cheia de coisas para fazer além de prestar atenção na política, pressionar os atores da política a aproveitar essas janelas para fazer mudanças institucionais que diminuam a corrupção (FILHO, Clovis de Barros; PRAÇA, Sérgio. *Corrupção, parceria degenerativa*. Campinas: ed. Papyrus 7 Mares. 2014. p. 108).

bilaterais e contam, na mesma dimensão e nocividade, com a participação do *extraneus*.

A edição da Lei nº 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção⁷, sem descurar da responsabilidade do agente público, robusteceu o protagonismo do particular, seja alcançando-o no sistema de responsabilidade, seja investindo-o em principal articulador de um conjunto de normas que previnem atos de corrupção e fomentam a ética como valor humano.

Dentre outras inovações, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade das empresas adotarem os chamados programas de integridade, também conhecidos como programas de *Compliance*. Trata-se de instituto timidamente difundido no país, de contornos jurídicos e sociais indefinidos, razão pela qual seu estudo merece atenção, principalmente diante do caráter inovador que lhe é peculiar: o fomento da ética dentro das atividades privadas empresariais. O *Compliance* constitui um avanço direcionado à ética e à transparência das relações negociais e um sinal de que a empresa deve adotar um determinado padrão de conduta compatível com uma boa-fé objetiva⁸.

Essa postura da legislação brasileira de estímulo a um comportamento social e empresarial ético é alvissareira e revela o nascimento de uma política pública indutora de comportamento com características behaviorista neoliberal capaz de produzir práticas sociais aptas a enfrentar condutas antiéticas e de corrupção da população e empresas brasileiras. A adoção do *Compliance* no Brasil revela uma nova perspectiva da legislação brasileira para enfrentar o problema da corrupção com a possibilidade de quebrar um ciclo perverso de atos de corrupção que permeia os negócios escusos.

O presente estudo analisará, portanto, os contornos dados ao *Compliance* no Brasil bem como seu enquadramento jurídico enquanto fio condutor de uma nova política pública de enfrentamento à corrupção, fruto da necessidade do Estado fomentar comportamentos éticos entre os cidadãos, em meio às relações privadas,

⁷ Cabe anotar enorme divergência quanto ao nome da Lei. Nº 12.846/2013, que tem sido chamada de Lei Anticorrupção, Lei Empresa Limpa (CGU), Lei de Improbidade Empresarial, Lei de Responsabilidade da Pessoa Jurídica, etc. Preferimos a adoção do nome que, de certo modo, tem se popularizado nos periódicos e noticiários com mais frequência.

⁸ DE CAMPOS, Patrícia Toledo. Comentários à Lei nº 12.846/2013-Lei Anticorrupção. **Revista Digital de Direito Administrativo da USP** (RDDA), v. 2, n. 1, 2014. p. 174.

resguardando, porém, a autonomia da vontade e o livre mercado, característica salutar para o seu sucesso. Serão feitas análises sobre o fundamento constitucional do *Compliance* e sobre a natureza jurídica desse novo instituto jurídico de modo a demonstrar como ele pode enfrentar a corrupção.

DEFINIÇÃO DE COMPLIANCE

O termo *Compliance* é traduzido do inglês como conformidade, observância, complacência ou submissão, substantivo que advém do verbo inglês *to comply* cuja tradução é adequar, cumprir, obedecer.

Sua origem remonta a edição de leis internacionais, sobretudo norte-americana (*FCPA-Foreign Corrupt Practices Act*)⁹ e inglesa (*UK Bribery Act*) que passaram a exigir que as empresas apresentassem um programa geral de adequação de suas normas e práticas a determinados marcos legais comuns ao setor em que atuavam na economia, o termo *Compliance* popularizou-se e ganhou significado próprio. O instituto ganhou sentido próprio e passou a corresponder não apenas conformidade com as regras legais, mas uma disposição geral de comportamento socialmente legal, moral, ético, ligados à honestidade.

Essa abrangência é percebida na Lei nº 12.846/2013, que não adota um conceito legal para o instituto, mas indica pressupostos mínimos que devem lhe servir de contornos mínimos ao prever, no art. 7º, VII, da Lei, como fator para aplicação das sanções “*a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica*”.

Atento a esses pressupostos, *Compliance* pode ser definido então como conjunto de ações e planos adotados facultativamente por pessoas jurídicas visando a garantir o cumprimento de todas as exigências legais e regulamentares do setor ou segmento econômico em que atuam, inclusive preceitos éticos e de boa governança

⁹ Após alguns escândalos de corrupção que ganharam notoriedade internacional, os Estados Unidos da América editou, em 1977, a *FCPA-Foreign Corrupt Practices Act*, legislação que, dentre outras inovações, passou a exigir das empresas que operam na Bolsa de Valores de Nova York que adotassem um conjunto de regras que buscavam evitar e punir fraudes de toda espécie, essencialmente aquelas ligadas a atos de corrupção.

administrativa, visando a evitar, punir e remediar adequadamente fraudes e atos de corrupção em geral.

A primeira consequência extraída da definição acima é a mutabilidade formal do *Compliance*. Como a gama de marcos regulatórios das atividades econômicas são variados, não é possível encontrar um modelo padrão de *Compliance*, pelo que, neste aspecto, sua aferição se dá caso a caso.

Essa imprecisão conceitual acerca do que seja programa de integridade ou *Compliance* aproxima o instituto daquilo que se convencionou denominar no direito de conceito jurídico indeterminado que são institutos jurídicos cujo conteúdo deve ser valorado, caso a caso, pelo julgador, tomando como base os dados concretos da situação em apreciação. Como se sabe, os conceitos jurídicos indeterminados são comuns ao atual modelo constitucional no qual se insere o direito uma vez que a dinâmica da vida moderna impossibilita que todas as situações sejam previstas em leis.

Alguns desses conceitos abertos possibilitam que a interpretação das normas seja permeada por valores éticos de modo a evitar que, em nome do frio cumprimento da lei, sejam validados atos incompatíveis com os ideais de uma vida moderna virtuosa. A adoção de conceitos abertos e jurídicos indeterminados é fruto da superação do formalismo e do positivismo jurídico, o que resultou na cultura jurídica pós-positivista, caracterizada, segundo Luís Roberto Barroso, pela aproximação do Direito à filosofia moral – em busca da justiça e de outros valores –, da filosofia política – em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como economia, psicologia e sociologia.¹⁰

Assim, por exemplo, em nome do princípio da moralidade e da eficiência, o Supremo Tribunal Federal validou a Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça e vedou a prática do nepotismo em todo o Poder Judiciário brasileiro, o que, mais tarde, levou à edição da súmula Vinculante nº 13 da Suprema Corte para pôr cabo a essa prática centenária em toda administração pública nacional¹¹.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2016. p. 346.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC-MC n.º 12. Rel. Carlos Ayres Britto. Publicado DJU em 1º nov. 2006. Versão integral do acórdão disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. V. tb. Luís Roberto Barroso,

Já em respeito ao princípio da eficiência da administração pública, o Supremo Tribunal decidiu, por exemplo, que a imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar aquele princípio (RE 658.026, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 9-4-2014, Plenário, DJE de 31-10-2014, com repercussão geral. Vide: ADI 2.229, rel. min. Carlos Velloso, julgamento em 9-6-2004, Plenário, DJ de 25-6-2004).

Os princípios da moralidade e da eficiência constituem conceitos abertos que, visivelmente, sofrem influxos preconizados pelo neoconstitucionalismo, termo que identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica¹².

A mesma textura aberta e indeterminada é verificada no termo programa de integridade ou *Compliance* previsto no artigo 7º, inciso VIII, da Lei Anticorrupção, o que proporciona, sob os influxos do pós-positivismo, a sua aproximação com valores da ética e da justiça. De outro lado, no atual estágio em que se encontram as relações negociais, celebradas com grande velocidade, informalidade e sem conhecimento de fronteiras geopolíticas, exigir que a legislação regulamente programas de integridade detalhadamente levaria ao risco de uma constante desatualização do instituto e consequente desestímulo na sua adoção.

É certo que, em âmbito federal foi editado o Decreto nº 8.420/2015, que se destina a regulamentar a Lei nº 12.846/13, o qual, em seu artigo 41 prevê que o programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Em qualquer programa de *Compliance* devem ser identificados parâmetros mínimos que

Petição inicial da ADC n. 12: constitucionalidade da Resolução n. 7, do Conselho Nacional de Justiça, *Revista de Direito do Estado*, 1:349, 2006.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2016. p. 300.

caracterizem adequadamente o instituto, previstos no artigo 42 do Decreto nº 8.420/15, que dispõe:

Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;

V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;

VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no [art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013](#); e

XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

§ 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como:

I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores;

II - a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores;

III - a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais;

IV - o setor do mercado em que atua;

V - os países em que atua, direta ou indiretamente;

VI - o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações;

VII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e

VIII - o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o **caput**.

Além da Lei Anticorrupção, a Lei Federal nº 13.303/2016, conhecida como Estatuto Jurídico das Estatais¹³, que igualmente dispõe sobre programas de integridade, porém restritos ao âmbito das estatais, também prevê parâmetros mínimos similares, a saber:

Art. 9.º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:

(...)

§ 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;

II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;

III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;

IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;

V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;

VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

Esses parâmetros podem ser melhores agrupados do seguinte modo¹⁴:

a) Comprometimento da alta administração da corporação, isto é, dos administradores, sócios, dirigentes e liderança da empresa com o programa: como o *Compliance* tem efeito destinado tanto ao público externo da empresa como ao seu

¹³ Trata-se de lei que estabelece, diferentemente da Lei Anticorrupção, a obrigatoriedade de adoção de programa de integridade ou *Compliance* para as estatais, o que se revela compreensível e justificável face da necessidade de administração pública tutelar a indisponibilidade do interesse público.

¹⁴ Esses parâmetros estão contidos também no *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* visualizável no site <www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf>.

público interno, é salutar que os administradores, sócios, dirigentes e liderança da empresa incorporem todos os preceitos definidos no programa. A atuação ética e absolutamente legal desse grupo de pessoas serve para inspirar tanto empregados como usuários, colaboradores e clientes da empresa. Ademais, essa condição fortalece a imagem da corporação e serve de motivação para investidores, principalmente se constituída como empresa de capital aberto cujas ações são negociáveis no mercado de ações. O contrário também é facilmente verificável. Os colaboradores *seniors* que celebram contratos de grande repercussão com pagamentos de propinas e subornos produzem influência negativa sobre os demais funcionários, fazendo-os acreditar ser este o padrão de conduta naquela empresa¹⁵. Por isso se diz que o *Compliance* é um programa *Top Down*, isto é, deve ser adotado de cima para baixo, expressão que faz alusão ao escalonamento hierárquico existente entre as pessoas que atuam na empresa que o adota.

b) Análise de riscos (*risk assessment*): é nesta etapa que são identificados os marcos regulatórios do segmento econômico explorado pela empresa, bem como suas peculiaridades a fim de verificar onde se encontram as ameaças. O mapeamento dos riscos externos atém-se à análise do setor de atuação, número de regulamentos, nível de interação com órgãos da administração pública, local de atuação da corporação. Há ainda mapeamento dos riscos internos que deve partir do tamanho da empresa, casos de fraudes anteriores ocorridos no interior da empresa e rotatividade de empregados.

c) Criação de políticas e procedimento, ou seja, de planos de ações de controle: é a fase de elaboração de um código de conduta ética, canal de denúncias e estruturação propriamente dito do setor de *Compliance*.

d) Comunicação e treinamento: é a etapa que dá eficácia à etapa anterior. É a divulgação dos planos de ações de controle dos componentes do *Compliance* desenvolvidos pela corporação de forma ampla e mais acessível possível, seja aos funcionários ou colaboradores, seja aos administradores. É esta etapa que cria o ambiente interno da incorporação de respeito e cumprimento ao *Compliance*, inserindo-o como um valor comportamental, padrão que elimina resistências à sua

¹⁵ O exemplo foi citado por GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 77.

adoção em razão da crença de que o programa se constitui em mera rotina burocrática do trabalho. Destaca-se nesta fase a divulgação do canal de denúncias (*hot line*) que serve para criar um canal de comunicação entre a empresa e pessoas que tenham conhecimento com algum ilícito envolvendo a corporação ou mesmo um de seus funcionários ou colaboradores.

e) Monitoramento, auditoria e remediação: é fase em que todo o programa é colocado em prática de modo a assegurar a sua função preventiva à fraudes ou a função repressiva consistente em identificar, punir e remediar adequadamente a ilicitude constatada, seja ela qual for. Importante destacar que, embora o programa de integridade tenha como função principal a prevenção a fraudes e atos de corrupção, também deve conter normas que tratem adequadamente da punição do colaborador envolvido no ato. Relembre-se, neste sentido, por exemplo, que a Consolidação das Leis do Trabalho prevê a possibilidade de demissão do empregado, por justa causa, no caso de prática de ato de improbidade (art. 482, a).

Naturalmente que cada uma das etapas acima deve experimentar periódicas atualizações e reedições de modo que todo programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa.

O programa de *Compliance* deve ser implementado e gerido por profissional autônomo, batizado, no mais das vezes, como *Compliance Officer*, com *status* de gerente ou diretor da empresa. Ensinam Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi que a presença desse profissional é imprescindível no ambiente corporativo que funcionaria como um guardião da empresa e teria por principal função garantir que a empresa permaneça dentro da legalidade¹⁶. Não existe ainda regulamentação precisa sobre essa atividade profissional, mas, devido ao âmbito de sua atuação, pode ser exercido por bacharéis em direito, administração, contabilidade e afins. Trata-se de função que deve ser independente a fim de resguardar a imparcialidade das medidas que adota.

¹⁶ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 70.

A International Organization of Securities Commissions – IOSCO, Organização Internacional da Comissão de Valores – OICV, em documento de outubro de 2003, *The Function of Compliance Officer – Study on what the Regulations of the Compliance Officer*, identifica o Compliance Officer como o agente responsável por aconselhar todas as linhas de negócios da instituição, bem como todas as áreas de suporte, no que diz respeito à regulação local e às políticas corporativas aplicáveis à indústria em que atua a organização, sempre zelando pelos mais altos padrões éticos de comportamento comercial. Além disso, o *Compliance Officer* coordena, com outras áreas de controle, a efetiva comunicação com reguladores e facilita a estruturação de produtos, o desenvolvimento de negócios, buscando encontrar soluções criativas e inovadoras para questões tanto regulatórias como internas¹⁷.

A figura do *Compliance Officer* não se confunde com os *whistleblower*, em sentido literal, “sopradores de apito”¹⁸, que são os indivíduos que levam ao conhecimento das autoridades públicas informações relevantes de ilícitos em troca de recompensas vultosas¹⁹.

Nada impede, porém, que o programa de integridade engendrado ofereça recompensas para o *Compliance Officer* ou outrem caso prestem esse tipo de informação.

Na Lei Anticorrupção o *Compliance* não é de implementação obrigatória, sendo que a sua adoção é estimulada na medida em que funciona como mero atenuante de pena caso a empresa seja condenada por uma das infrações previstas na Lei²⁰. Pode parecer pouco, mas como assiná-la José Anacleto Abduch não se pode esquecer que a Lei Anticorrupção adotou o sistema de responsabilidade objetiva, em que as

¹⁷ CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012, p. 31.

¹⁸ Tal qual um árbitro esportivo que sopra o apito para coibir as jogadas ilegais praticadas pelos jogadores, ao verificar quaisquer irregularidades ou mesmo infrações perpetradas no seio empresarial, os *whistleblowers* “soprariam o apito” divulgando tais práticas para apuração pelas autoridades públicas competentes.

¹⁹ Trata-se de mecanismo de investigação pouco conhecido no Brasil que foi, recentemente, fomentado pela ENCCLA, oportunidade que foi batizado como Reportante. Para mais detalhes: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2016>>. Acessado em: 25 ago. 2018.

²⁰ Além da Lei nº 13.303/16 acima mencionada, a Lei Anticoncorrencial brasileira (Lei nº 12.529/2011) também prevê a adoção compulsória pelas empresas de um programa de *Compliance*.

absoluções são restritas a casos em que houver quebra do nexo causal. Neste contexto, investir em um mecanismo seguro de atenuação de pena é mais produtivo. Assim, se, por um lado, a comprovação de mecanismos de *Compliance* pela empresa não tem condão de isentá-la da infração cometida, por outro lado, a atenuação da pena ganha muita importância, sobretudo se considerarmos que a multa prevista pela lei é bastante elevada²¹.

De todo modo, diante do caráter facultativo do instituto, pode-se classificá-lo, como observa Maria Paula Dalari Bucci, como espécie de *soft law* – compreendido como “situações em que a atuação do direito se faz não pela coação estatal (violência legítima weberiana) mas pela indução pré-definida”. A norma não obriga ou vincula, praticamente só aconselha, categorização que ainda será melhor analisada neste trabalho²².

Embora à luz da Lei nº 12.846 o *Compliance* tenha o propósito de funcionar como atenuante de eventual pena de multa, é inegável que o instituto tem efeito secundário comercial de certificação da empresa que o adota. Esse tipo de efeito midiático, para além de mera manobra de marketing, pode agregar valor imaterial à pessoa jurídica que realiza *Compliance*, seja em decorrência da melhora de sua imagem e reputação perante o mercado, seja na eliminação dos prejuízos que os atos de corrupção costumam representar, seja na depuração junto aos *stake holders*, que são terceiras pessoas que se relacionam com uma empresa, como sócios, empregados, comunidade em geral, Estado, clientes, consumidores, etc. A boa imagem da empresa é capaz de atrair novos investidores ávidos por um ambiente que reflete confiança e segurança econômica visto que, conforme salienta Amartya Sen, quanto maior a confiança entre as pessoas, melhor o ambiente para o desenvolvimento das relações econômicas²³.

O efeito valorizador, contudo, pode gerar a indevida externalidade de adoção de programa de integridade fantasioso pela empresa, isto é, de programas sem qualquer eficácia real. Trata-se de postura fraudulenta que desnatura e desvirtua o principal propósito do *Compliance* e, justamente por conter a vontade de enganar a

²¹ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção*. São Paulo: RT. 2014. p. 187.

²² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas-Reflexões sobre Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 21.

²³ SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p.71.

administração pública, leva à necessidade, no caso de uma condenação por ato de corrupção, de aplicação de sanção majorada diante a elevação inexorável da infração cometida (art. 5.º da Lei nº 12.846/13). Ademais, não é de se descartar a possibilidade de a empresa fraudadora ter que indenizar eventuais prejudicados pelos danos experimentados pela publicidade enganosa e pela criação de uma expectativa ilegítima aos *Stake Holders* que esperam da empresa uma postura real de retidão e boa-fé objetiva, expectativa legítima frustrada com a farsa.

Um programa de integridade verdadeiro e eficaz pode representar um novo *standard* para desenvolvimento das atividades negociais empresariais, além de levar a uma mudança de cultura e padrão de conduta das empresas.

É claro que quadros de crise e de restrições econômicas ou exigências regulatórias também podem ser apontados como pontos decisivos para a adoção de um programa de *Compliance*, mas sob uma perspectiva jurídica, além da necessidade de proteger a probidade administrativa, a função social da empresa serve-lhe de fundamento constitucional. Trata-se de norma matricial que, dentre outras consequências, insere o enfrentamento da corrupção no plano normativo, retirando-o da moral. A busca pelo lucro fácil, ainda que mediante cometimento de fraudes, sempre foi considerada como fruto da agressividade do mercado competitivo da livre iniciativa, ou de uma demanda por vendas, por lucros e resultados cada vez maiores, práticas que, doravante, devem ser temperadas pelos imperativos éticos da ordem econômica e defesa da concorrência proba, valores contidos no princípio da função social da empresa²⁴.

²⁴ Como registra Robert Castel: “A empresa expressa a lógica do mercado, da economia, que é 'o campo institucional unicamente das empresas'. Neste plano, a margem de manobra é estreita, porque (o desastre dos países do 'socialismo real', o demonstra) uma sociedade não pode mais ignorar o mercado, assim como a física não pode ignorar a lei da gravitação universal. Mas se é suicida ser 'contra' o mercado, daí não resulta que seja necessário entregar-se a ele”. (CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Tradução Iraci D. Poleti. Petrópolis: Vozes, 11. ed. 2013, p. 523).

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO COMPLIANCE

Com o advento do movimento de centralização da Constituição como base de apoio dos demais institutos jurídicos, produziu-se um fenômeno de constitucionalização do direito. Mesmo o direito privado, antes fulcrado no individualismo e autonomia da vontade do indivíduo, dogma quase absoluta, sofreu os influxos dessa nova configuração de modo que seus institutos passaram a ser compreendidos conforme a Constituição Federal.

As pessoas jurídicas deixaram de, unicamente, representar o agrupamento de pessoas físicas, na maioria das vezes, com o único escopo do lucro e passaram a conter a obrigação de realizar seus objetivos e finalidades que não contrariassem valores constitucionais e realizassem objetivos variados. O lucro, principal mote das empresas, deixa de ser um fim em si mesmo e passa a sofrer a sujeição aos valores axiológicos da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º), da solidariedade humana (CF, art. 3º) e da liberdade e igualdade (CF, art. 5º). Disposições normativas desse tipo imprimem um dever de agir em conformidade com as leis e com a ética na realização de todos os negócios jurídicos, de modo que o programa de *Compliance* encontra na função social da empresa fundamento constitucional de validade.

A função social da empresa já inspira a legislação empresarial brasileira há algum tempo. O ordenamento jurídico nacional, nela inspirada, já tinha previsões contrárias à busca pura do lucro destrutivo como se vê nos artigos 116, parágrafo único²⁵, e art. 154²⁶, ambos da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas).

Na verdade, a função social da empresa decorre do princípio da função social da propriedade, prevista no artigo 170, III, da Constituição Federal, e representa o ingresso da eticidade e da sociabilidade, princípios de natureza coletiva, nas relações

²⁵ Art. 116.

(...).

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

²⁶ Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

jurídicas privadas de modo a assegurar que o egoísmo e o individualismo sejam debelados, e a permitir que a propriedade gere ganhos para toda a sociedade.

O *Compliance*, portanto, é uma ferramenta de adequação das empresas para o cumprimento da função social da empresa pois as harmoniza com os valores constitucionais que regulam a ordem econômica. A função social da empresa é inapelavelmente uma motivação para a elaboração de um programa de integridade, mas, como dito no início deste trabalho, a atenuação da pena de multa prevista na Lei Anticorrupção é a gota d'água final para encorajar as empresas a tanto, principalmente se considerarmos que a multa prevista na lei é bastante elevada.

Mas esse incentivo possui em si mesmo uma aparente contradição bastante peculiar, uma vez que a legislação procura estimular a adoção de um programa de integridade que somente será útil se a empresa praticar ato ilícito que deveria ser evitado por seu programa. Coloca-se então a seguinte indagação: como pode o *Compliance* levar à redução da pena se o ato praticado deveria ter sido evitado acaso fosse eficaz? A resposta a essa indagação reclama um estudo sobre a natureza da norma que instituiu o programa de integridade.

NATUREZA DA NORMA QUE INSTITUIU O PROGRAMA DE INTEGRIDADE OU COMPLIANCE

Insta destacar que a probidade administrativa é o bem jurídico principal protegido pela Lei nº 12.846/13, sendo a função social da empresa e seus consectários lógicos bens jurídicos secundários. Mateus Bertoncini defende que a Lei Anticorrupção tutela a ordem moral, a justiça, o desenvolvimento econômico e social, a livre concorrência, a democracia, a boa governança e a probidade na administração²⁷.

De qualquer forma, tanto a probidade administrativa como a função social da empresa são direitos que podem ser classificados como de 3ª geração visto que titularizados difusamente por pessoas indeterminadas, que ocupam, simultaneamente, posição de credores e de devedores de seus objetos.

²⁷ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção*. São Paulo: RT. 2014. p. 114.

Em casos como esse, a incidência do ordenamento jurídico, que busca a satisfação do objeto contido na norma, deve ir além de estabelecer meras regras proibitivas e repressivas. A titularidade desses direitos por todos os cidadãos dificulta a adoção de medidas punitivas, razão pela qual deve ser preferida a adoção das técnicas de encorajamento, típica da função promocional do direito, defendido por Norberto Bobbio²⁸. Ensina Bobbio que o direito promocional não se atém em premiar quem se pauta apenas em conformidade aos comandos e proibições, mas lança mão de estímulos de conduta em ações permitidas que se dão no espaço do lícito. Nesse espaço age desde a facilitação até a premiação de condutas conforme as escolhas sociais lícitas ao tempo em que dificulta, até os graus máximos, as condutas indesejadas²⁹.

Para os direitos difusos, a função promocional do direito é muito mais significativa porque atinge todo tipo de conduta, ao contrário do sistema regulador repressivo, que se atém ao raio das condutas obrigatórias e proibidas. A efetivação desses direitos difusos pressupõe a participação de todos os membros da coletividade, e essa comunhão só é possível em ambiente de cooperação favorecido pelo ordenamento jurídico de viés promocional.

Por isso o programa de *Compliance* previsto na Lei Anticorrupção parece enquadrar-se nessa categoria de norma jurídica, afinal, embora não obrigatório, é estimulado a ponto de ensejar uma atenuação de pena, pelo que se constitui em um prêmio. É verdade que o efeito premial só é usufruído pela empresa caso seja autuada nas penas da Lei Anticorrupção e caso o programa seja realmente existente, mas essa situação não elimina o efeito recompensador ínsito no instituto.

Para além dessa análise, sob a perspectiva individual, verifica-se no *Compliance* da Lei Anticorrupção um reforço de encorajamento às pessoas que atuam na empresa para agir de forma ética e proba. Nesse caso, a norma torna-se indutora de um comportamento social de natureza promocional.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

²⁹ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007. p. 70.

Não é comum, e para alguns sequer lícito, o Estado editar leis que digam aos cidadãos como devem viver suas vidas e pautar suas ações³⁰ pois esta postura estatal é apontada como violadora da intimidade, da vida privada e da própria autonomia da vontade do cidadão³¹.

Embora o debate acerca dessa questão seja intenso, o *Compliance* Anticorrupção parece tangenciar a polêmica na medida em que não é, essencialmente, obrigatório e, uma vez adotado, estimula que a empresa e as pessoas que a compõem adotem comportamentos lícitos, éticos e probos. Mas o estímulo é meramente premial. Não há coerção ou punição para o descumprimento da norma que cria o *Compliance*. Desta forma, a autonomia da vontade é resguardada ao mesmo tempo em que a adoção de comportamentos mais desejados pelo Estado é estimulada, ainda que em escala individual. E mais, dentro do ambiente da livre iniciativa e livre concorrência.

O estímulo ao comportamento desejado feito pelo *Compliance*, mesmo em nível individual dos membros da empresa, tem ancoragem científica na doutrina da psicologia social conhecida como behaviorismo. Com efeito, para o behaviorismo o comportamento humano é movido pela satisfação e prazer frutos de suas ações anteriores. As ações humanas são selecionadas pelas suas consequências, o que ensejou a criação do princípio do reforçamento operante, que pode ser positivo e negativo³².

Segundo o behaviorismo, o reforçamento positivo é a regra que direciona o comportamento humano pela satisfação obtida em condutas anteriores de modo que

³⁰ Como bem destaca o professor Norte-Americano Michael Sandel: “A discussão sobre a virtude, em contrapartida, apoia-se na premissa de que a ganância é uma falha moral que o Estado deveria desencorajar. Mas quem deve julgar o que é virtude e o que é vício? Os cidadãos das diversas sociedades não discordam quanto a essas coisas? E não é perigoso impor julgamentos sobre a virtude por meio da lei? Em face desses temores, muitas pessoas sustentam que o governo deveria ser neutro no que diz respeito a virtude e vício; não lhe cabe tentar cultivar as boas atitudes ou desencorajar as más.” (SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2011. p.17)

³¹ Ensina Carlos Santiago Nino que o princípio da autonomia da pessoa humana “prescreve que o Estado deve permanecer neutro em relação aos projetos de vida individuais e ideais de excelência humana, limitando-se a elaborar instituições e adotar medidas para facilitar a busca individual desses projetos de vida e a satisfação dos ideais de excelência que cada um defende, e para impedir a interferência mútua no decurso dessa busca. Essa concepção se opõe ao enfoque perfeccionista, segundo o qual é missão do Estado fazer que os indivíduos aceitem e realizem certos ideais de excelência humana homologados, e, por conseguinte, que o direito deve regular todos os aspectos importantes da vida humana”. (SANTIAGO NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 494).

³² BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair. TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. *Psicologias: Uma introdução ao estudo de psicologia*. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 47.

sua reiteração é consequência específica que aumenta a probabilidade futura da ação que a precedeu³³. O reforçamento punitivo, de outro lado, produz consequências aversivas que decrescem a probabilidade futura de uma resposta que o antecedeu³⁴.

Não são cabíveis neste trabalho maiores aprofundamentos sobre o behaviorismo diante dos objetivos ora propostos³⁵, mas, como dito, é possível vislumbrar que a norma que instituiu o programa de integridade ou *Compliance* na Lei Anticorrupção, principalmente em razão da etapa de comunicação e treinamento mencionada antes, estimula a reiteração e a prática de ações éticas e probas, o que, em razão do princípio do reforçamento positivo, insere e multiplica, no cotidiano de várias pessoas, o padrão comportamental capaz de evitar a ocorrência de condutas ilegais na empresa e, em efeito dominó, de fazer com que outras empresas também realizem esse comportamento³⁶.

A natureza premial da norma, ainda que eventual, é positiva porque capaz de estimular a reiteração de ações éticas e, conseqüentemente, produzir o comportamento social desejado. Embora haja um certo flerte com o consequencialismo, visto que a norma premial tem seu comando a partir de uma finalidade cobiçada, em razão da facultatividade do programa de integridade previsto pela Lei Anticorrupção, não se vislumbra com relevância as críticas decorrentes dessa escola de pensamento.

Esse caráter premial do *Compliance*, somado à sua função gerencialista administrativa, entendida como a autoresponsabilidade da pessoa jurídica de controlar e perseguir os potenciais ilícitos que circundam suas atividades, são características decisivas para o enfrentamento da corrupção porque ele é capaz de interromper o padrão racional desses atos.

³³ BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair. TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. *Psicologias: Uma introdução ao estudo de psicologia*. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 47.

³⁴ BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair. TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. *Psicologias: Uma introdução ao estudo de psicologia*. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 50.

³⁵ Para aprofundamento SKINNER, B. F., *Sobre o Behaviorismo*. Tradução Maria da Penha Villalobos. 7 ed. São Paulo: Cultrix, 2006. Sugere-se também a leitura do artigo: O direito como sistema de contingências sociais. AGUIAR, Julio Cesar. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás*. V. 37, n. 02, p. 164 - 195, 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v37i2.23681>>.

³⁶ No mesmo sentido: Observa-se que a prática do comportamento ético no âmbito empresarial, interno ou externo, pode ser adotada e impulsionada tanto pela cooperação quanto pela imposição, sendo a primeira muito mais eficiente, pois demonstra a alteração de mentalidade dos atores envolvidos. (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e a lei anticorrupção nas empresas*. id/507401, 2015. p. 95.)

Após estudar o padrão comportamental da economia moderna, segundo Tim Harford, de um modo geral, a decisão para a realização de ato ilícito percorre dois passos: a motivação/pressão pelo seu resultado e a ausência de controle interno capaz de identificar o ilícito. Isso identifica um forte elemento racional nesses atos, sobretudo nos de corrupção, que também leva em conta as consequências futuras de suas escolhas³⁷. Um real e eficaz programa de integridade é um poderoso instrumento motivacional para o agente deixar de praticar o ato de corrupção, que passa a ser duplo: um sancionatório e outro premial, momento em que atinge o primeiro passo acima identificado vez que o agente é motivado a deixar de praticar o ato de corrupção. Quanto ao segundo passo, o *Compliance* mina a falta de controle interno eficaz em razão das atividades investigatórias e inibitórias praticadas e desenvolvidas pela própria pessoa jurídica.

A facultatividade na implementação de um programa de *Compliance* e, principalmente, o respeito a autonomia da vontade demonstram que essa norma é fruto do Estado Neoliberal compreendido aqui, nos dizeres de Norberto Bobbio, como o Estado que “não elimina as partes em conflito mas sim deixa que o próprio embate se desenvolva entre os limites do ordenamento jurídico posto pelo próprio Estado”³⁸.

Para Norberto Bobbio, contudo, a prática de incentivar sanções positivas por meio da função promocional do Direito é característica do Estado do Bem Estar Social em que o “Estado nem abandona completamente o desenvolvimento de atividades econômicas aos indivíduos, nem as assume para si mesmo, mas intervém com várias medidas de encorajamento dirigidas aos indivíduos”³⁹.

A premissa do mestre italiano, todavia, não é precisa para o programa de *Compliance* decorrente da Lei Anticorrupção porque o aqui o incentivo – atenuação da pena – é hipotético e eventual, condicionado à prática de algum dos atos ilícitos previstos na mesma lei, situação que desloca a análise da premiação à disposição patrimonial da própria empresa infratora. Como o Estado não experimenta qualquer prejuízo quando efetiva o prêmio e, principalmente, como a prática do ato ilícito e a implementação do *Compliance* são atitudes absolutamente ligadas à autonomia

³⁷ HARFORD, Tim. *A Lógica da vida*. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 23.

³⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Ícone, 1995. p. 38.

³⁹ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007. p. 71.

privada da empresa premiada, não se verifica intervenção estatal propriamente, razão pela qual se afigura mais adequado classificar referido instituto como do Estado Neoliberal.

Além disso, o *Compliance*, devido às características acima elencadas, enquadra-se como *Soft Law*, categoria que se caracteriza pela ausência de coerção. Sobre o assunto, explica Leandro Zannoni Apolinário de Alencar em extenso e preciso trabalho monográfico:

Emerge o *soft law* como uma forma de direito não impositivo, apresentada pelo próprio sistema jurídico, pelo mercado ou por uma organização não governamental como recomendação ou aconselhamento. Em regra, há prévia negociação e o direito ajustado entre os interessados não é apresentado numa fórmula rígida; sua força surge do contexto dialógico de construção, apresentação e exigência. Funda-se na relação de confiança promovida entre os atores envolvidos (inclusive, por questões morais e sob necessidade de se fazerem parte do mercado regulado). Assim, *soft law* completa espaços normativos segundo a lógica de cada setor especializado, sem que haja a quebra de coerência, e dá brando sentido às disposições do ordenamento, a minorar violações às normas. No âmbito da regulação colaborativa, a orientação normativa moldada sem a pretensão de comando e controle denomina-se *guidance*. É uma atividade dirigida ao mercado, mas construída com ele, que objetiva trazer previsibilidade e flexibilidade à regulação. De uma forma não impositiva, pretende conformar a atividade dos atores econômicos em busca de homogeneidade e certeza. Traz, pois, regularidade à atividade administrativa, a preencher espaços abertos pela lei, por meio de uma atuação especializada que utiliza o conhecimento e a experiência do mercado. Como é um instrumento maleável, a inovação tecnológica não é prejudicada⁴⁰.

⁴⁰ ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário. *Guidance no contexto do estado regulador: subsídios para uma nova compreensão da função administrativa (reguladora) nas sociedades complexas*. 2014. Trabalho apresentado como dissertação de mestrado em Direito na Universidade de Coimbra. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/28479>>.

Resta verificar a conformação do *Compliance* na miríade legal de enfrentamento da corrupção no Brasil, análise que permitirá verificar tratar-se de instrumento de uma política pública sistêmica de enfrentamento à corrupção.

POLÍTICA PÚBLICA DE ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO

O Brasil possui um bom número de leis que buscam enfrentar a corrupção. São leis de natureza administrativa (Estatutos servidores públicos), criminal (Código Penal e leis esparsas), civil (Lei nº 8.429/92), política (Lei nº 1.079/56), fiscal (Lei Complementar nº 101/2000-Lei de Responsabilidade Fiscal) etc., que abarcam um razoável número de condutas que drenam recursos públicos. Muitas outras normas estruturam ações governamentais que buscam prevenir e debelar a improbidade. Neste sentido são as normas que criaram estruturas públicas e órgãos capazes de atuar no enfrentamento à corrupção, como, por exemplo, a Lei de Lavagem de Dinheiro que criou o COAF, órgão central de controle preventivo e administrativo de transação econômica patrimonial. A própria Lei Anticorrupção, para além do programa de integridade, regulamenta o instituto do Acordo de Leniência e cria o Cadastro Nacional de Empresas Punidas responsável pela divulgação das sanções aplicadas pelos órgãos públicos com base nas suas disposições.

Verificam-se ainda no país edições de leis que procuram fomentar e engajar a participação da sociedade civil na defesa da probidade e no adequado controle social, como a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011).

Esse conjunto de leis, que têm como base o princípio fundamental da probidade administrativa, instituiu um autêntico microssistema de enfrentamento à corrupção, o qual, para além das especificidades de cada um dos ramos de vigência dessas normas, na feliz expressão de Diogo Coutinho, funciona como uma “caixa de ferramentas”⁴¹ capaz de compor uma política pública voltada a questão.

Com efeito, referidas normas não apenas estabelecem modo de prestação de serviço estatal como regulam e fomentam o enfrentamento aos desmandos administrativos. Para Ana Paula de Barcellos, a expressão “políticas públicas” pode designar, de forma geral, a “coordenação dos meios à disposição do Estado,

⁴¹ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.

harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”⁴².

Destaque-se que a Convenção Interamericana das Nações Unidas, internalizada no Brasil por meio do Decreto nº 5687, de 31 de janeiro de 2006, prevê, no artigo 5º, a necessidade de serem adotadas medidas preventivas que se constituam numa política pública de combate à corrupção. Dispõe a norma:

Capítulo II

Medidas preventivas

Artigo 5

Políticas e práticas de prevenção da corrupção

1. Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas.
2. Cada Estado Parte procurará estabelecer e fomentar práticas eficazes encaminhadas a prevenir a corrupção.
3. Cada Estado Parte procurará avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos e as medidas administrativas pertinentes a fim de determinar se são adequadas para combater a corrupção.
4. Os Estados Partes, segundo procede e de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, colaborarão entre si e com as organizações internacionais e regionais pertinentes na promoção e formulação das medidas mencionadas no presente Artigo. Essa colaboração poderá compreender a participação em programas e projetos internacionais destinados a prevenir a corrupção.

Analisando as normas internacionais que tratam do combate à corrupção, Luciano Meneguetti Pereira ensaia um conceito de políticas públicas anticorrupção:

⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 108.

(...) conjunto de ações (normas, atos e decisões judiciais) e programas, levados à efeito pelo Estado (e em certos casos, também por particulares), e que têm como finalidade a prevenção e o combate de todo e qualquer ato que possa importar na violação do ordenamento jurídico posto, especialmente por meio do abuso do poder confiado para a obtenção de ganhos privados, em detrimento do interesse público⁴³.

Merece destaque na norma e no conceito acima o explícito fomento à participação da sociedade nas políticas públicas contra a corrupção, afinal, o Estado não é mais capaz de, sozinho, demover todas as condutas danosas ao convívio social. A realização de uma política pública apta a evitar e enfrentar atos de corrupção é premente uma vez que só a perspectiva judicial do problema não se mostra suficiente. A sobrecarga de governo e os insatisfatórios resultados dessa única opção são improdutivos para os chamados problemas de massa, de modo que o envolvimento do cidadão na solução desse tipo de ilicitude é fundamental.

O *Compliance* habilita-se como instrumento apto a envolver a sociedade civil nessa política pública pois, diferentemente de outros institutos que tiveram esse propósito, como a ação popular, transcende o voluntarismo utópico. Tradicionalmente a defesa da probidade no direito contratual com a administração era opção altruísta e episódica e o desestímulo eminentemente punitivo.

Agora, diante da peculiar função promocional e de fomento às condutas éticas e probas em meio às atividades privadas e negociais, bem como em razão do reforçamento positivo decorrente do encorajamento dado pelo instituto, o *Compliance* transcende a lógica meramente impositiva e sacrificial, para produzir no cidadão o estímulo necessário para, ainda que acidentalmente, enfrentar a corrupção e defender a probidade.

O engajamento e a participação do cidadão no enfrentamento da corrupção por meio do *Compliance* encontram arrimo ainda na teoria da horizontalização dos direitos fundamentais. Segundo essa linha constitucional, os direitos fundamentais, além da proteção que confere ao cidadão em face dos excessos e abusos praticados pelo

⁴³ PEREIRA, Luciano Meneguetti. A contribuição do direito internacional para a formulação de políticas públicas de prevenção e combate à corrupção no Brasil. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, SP, v. 01, n. 01, p. 3-20, out./dez. 2016. p. 9-10.

Estado contra seus direitos e interesses, também o protegem contra os ataques ilícitos que outro cidadão pratica, horizontalmente, contra legítimos direitos e interesses.

Essa nos parece ser exatamente uma das graves consequências da corrupção e da improbidade. O desvio e o desperdício de recursos públicos não apenas drenam e impossibilitam a implantação das políticas públicas e precarizam o Estado. A corrupção corrói e degrada sentimentos agregáveis e éticos salutares para o desenvolvimento da sociedade democrática.

Ora, o *Compliance* e a Lei Anticorrupção tutelam o direito fundamental à probidade administrativa que, por caracterizar-se como direito fundamental, sujeita-se à teoria da horizontalização dos direitos fundamentais. Como tal, esse direito irradia efeitos e tem projeção nas relações entre particulares, seja entre indivíduos que têm relação jurídica com o Estado, seja entre cidadãos usuários dos serviços estatais. Seu feixe irradiante estabelece, mesmo nas relações privadas, verdadeiro dever cívico dos cidadãos em enfrentar os desmandos administrativos uma vez que a proteção a esse novo direito fundamental é incumbência e responsabilidade de todos.

Em razão disso, cabe uma diferente conformação do que já foi sustentado até aqui. Como enfrentar a corrupção e o respeito à ética podem ser analisados como deveres de todos os cidadãos, temos que, em determinadas situações, é possível exigir que uma empresa implemente um programa de *Compliance*. A facultatividade, característica destacada anteriormente neste trabalho, cede à obrigatoriedade, desde que a conduta anterior da empresa tenha violado o direito fundamental à probidade administrativa. Assim, como consequência da prática de um ato de corrupção, como medida de reparação dos danos sociais decorrentes deste tipo de lesão, é possível compelir uma empresa a implementar um programa de *Compliance*.

A exigência, repita-se, em caráter excepcional, pode ser feita tanto em um Acordo de Leniência, termo de ajustamento de conduta, como em uma demanda judicial, principalmente porque as ações de responsabilização judicial para aplicação das penas da Lei Anticorrupção, à luz do seu artigo 21, adotam o rito previsto na Lei nº 7.347/85 que admite sejam deduzidos pedidos que veiculem pretensão condenatória de obrigação de fazer (*ex vi* art. 3º da Lei nº 7.347/85). Trata-se de hipótese de judicialização (em sentido *lato*) dessa política pública, todavia, restrita à condenação por ato de corrupção, em que a obrigação de fazer é provimento

jurisdicional cumulado às outras sanções legais. Afora esta excepcional hipótese, o programa de *Compliance* mantém a facultatividade como característica central.

O prognóstico para o sucesso desse instrumento de política pública de enfrentamento à corrupção é alvissareiro uma vez que o *Compliance* previsto na Lei nº 12.846/13 tem potencial de multiplicar, em meio ao setor empresarial, no plano horizontal e na esfera privada, a percepção de que valores éticos e de probidade podem ser iniciativas de defesa da própria sociedade organizada, sem a atuação estatal, como meio de enfrentar a corrupção ou de qualquer ato que atente contra o desenvolvimento humano.

Em razão disso, o *Compliance* tem uma característica singular enquanto instrumento de política pública que é a capacidade de combater o patrimonialismo e a nociva cultura do “jeitinho brasileiro” que são vistos pelo mercado como fatores de incremento de risco e custos aos negócios. Sem descurar que a corrupção é fenômeno social de diferentes causas, verifica-se que o *Compliance* faz parte dessa política pública na medida em que atua sobre o setor empresarial e privado, sobre o comportamento dos indivíduos e sobre a atuação do Poder Público. Nisso reside seu maior avanço.

Ainda são necessários outros avanços para o enfrentamento da corrupção, mas é inegável que o programa de integridade ou *Compliance* é uma medida importante que caminha nessa direção.

CONCLUSÕES

1. A corrupção e a improbidade são reconhecidas pela população brasileira como fenômenos nocivos e indesejados, sendo o *Compliance* um instituto adotado pela Lei Anticorrupção com a peculiaridade de fomentar a ética e a probidade nas relações negociais privadas, ambiente de atuação pouco explorado antes pela legislação brasileira.

2. *Compliance* pode ser definido como conjunto de ações e planos adotados facultativamente por pessoas jurídicas que busca garantir que cumpram todas as exigências legais e regulamentares do setor ou segmento econômico em que atuam,

inclusive preceitos éticos e de boa governança administrativa, visando a evitar, punir e remediar adequadamente fraudes e atos de corrupção em geral.

3. A falta de definição legal do *Compliance* na Lei Anticorrupção caracteriza-o como conceito jurídico indeterminado, o que é adequado face a informalidade e dinâmica das atividades negociais privadas.

4. As normas de que tratam do *Compliance* fornecem os seus parâmetros mínimos, quais sejam: a) Comprometimento da alta administração; b) Análise de riscos; c) Política e procedimento para implantação dos planos de ações de controle como código de ética, canal de denúncias e estruturação de setor próprio; d) Comunicação e treinamento periódicos; e e) Monitoramento, auditoria e remediação.

5. O *Compliance officer* é o profissional responsável pela implantação e gestão do programa. Para tanto deve manter estrutura hierárquica independente de setores que possam comprometer sua imparcialidade.

6. Na Lei Anticorrupção o *Compliance* não é de implementação obrigatória. Tem natureza de atenuante de pena, caso a pessoa jurídica seja condenada pela prática de algum ato ilícito previsto na lei. O *Compliance* não é causa de isenção de responsabilidade da pessoa jurídica que comete infração da lei anticorrupção.

7. O *Compliance* tem efeito secundário comercial de certificação da empresa que o adota pois agrega valor imaterial à pessoa jurídica, seja em decorrência da melhora de sua imagem e reputação perante o mercado, seja na eliminação dos prejuízos que os atos de corrupção costumam representar. Esse efeito é capaz também de atrair novos investidores ávidos por um ambiente que reflete confiança e segurança econômica.

8. A pessoa jurídica que adota um *Compliance* falso e irreal pratica fraude e deve ter a sanção majorada diante a elevação inexorável da infração cometida (art. 7º da Lei nº 12.846/13), sem prejuízo do dever de indenizar eventuais prejudicados pelos danos experimentados pela publicidade enganosa e pela criação de uma expectativa ilegítima aos *Stake Holders* que esperam da empresa uma postura real de retidão e boa-fé objetiva, expectativa legítima frustrada com a farsa.

9. O *Compliance* encontra fundamento constitucional de validade no direito fundamental à probidade administrativa e na função social da empresa, norma

matricial que promoveu o ingresso da eticidade e sociabilidade nas relações jurídicas privadas.

10. O *Compliance* previsto na Lei Anticorrupção, embora não obrigatório, é estimulado por meio de uma atenuação de pena, que se constitui, destarte, em um prêmio razão pela qual se enquadra na categoria de norma jurídica típica da função promocional do direito.

11. O *Compliance* na Lei Anticorrupção implica na utilização de técnicas do Behaviorismo pois procura estimular a reiteração e a prática de ações éticas e probas valendo-se do princípio do reforçamento positivo, afinal, a multiplicação deste padrão comportamental é capaz de evitar a ocorrência de condutas ilegais na empresa e, em efeito dominó, fazer com outras empresas também realizem esse comportamento. É assim uma norma indutora de comportamento social.

12. A facultatividade na implantação do *Compliance*, bem como pelo fato de desenvolver-se junto ao livre mercado, caracteriza-o também como instituto neoliberal, atualmente denominado como *soft law*.

13. O arcabouço jurídico brasileiro vigente de enfrentamento à corrupção em diferentes instâncias e que cria determinados órgãos públicos funciona como caixa de ferramentas que compõem uma política pública voltada para o tema.

14. O *Compliance* insere-se nessa política pública com a peculiaridade de envolver o cidadão no enfrentamento à corrupção de forma inovadora, fulcrada no estímulo do reforçamento positivo, em meio ao livre mercado.

15. A participação do cidadão no enfrentamento à corrupção por meio do *Compliance* encontra amparo na teoria da horizontalização dos direitos fundamentais. O direito fundamental à probidade administrativa irradia efeitos nas relações privadas e produz verdadeiro dever cívico em enfrentar os desmandos administrativos uma vez que sua proteção é incumbência e responsabilidade de todos.

16. Excepcionalmente é possível exigir que uma pessoa jurídica implemente um programa de *Compliance*. A facultatividade cede à obrigatoriedade, desde que a conduta anterior da empresa tenha violado o direito fundamental à probidade administrativa. Neste caso, como consequência da prática do ato ilícito e como medida de reparação dos danos sociais decorrentes desse tipo de lesão resta possível compelir uma empresa a implementar um programa de *Compliance*, seja num Acordo

de Leniência, seja numa demanda judicial (artigo 21 da Lei nº12846/13 c.c. art. 3º da Lei nº 7.347/85). Trata-se de hipótese de judicialização dessa política pública, todavia, restrita à condenação por ato de corrupção, em que a obrigação de fazer é, em uma decisão/sentença, provimento cumulado com as demais sanções legais.

17. O prognóstico para o sucesso do *Compliance* como instrumento de política pública de enfrentamento à corrupção é alvissareiro uma vez que tem potencial de multiplicar, em meio ao setor empresarial, no plano horizontal dos direitos e na esfera privada, a percepção de que valores éticos e da probidade podem ser iniciativas da própria sociedade organizada, sem a atuação estatal, como meio de combate a qualquer ato que atente contra o desenvolvimento humano.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Julio Cesar. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás*. V. 37, n. 02, p. 164-195, 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v37i2.23681>>.

ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário. *Guidance no contexto do estado regulador: subsídios para uma nova compreensão da função administrativa (reguladora) nas sociedades complexas*. 2014. Trabalho apresentado como dissertação de mestrado em Direito na Universidade de Coimbra. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/28479>>.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROS FILHO, Clovis de; PRAÇA, Sérgio. *Corrupção, parceria degenerativa*. Campinas: Papyrus 7 Mares. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Petição inicial da ADC n. 12: constitucionalidade da Resolução n. 7, do Conselho Nacional de Justiça, *Revista de Direito do Estado*, 1:349, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC-MC n.º 12. Rel. Carlos Ayres Britto. Publicado DJU em 1º nov. 2006. Versão integral do acórdão disponível em <<http://www.stf.gov.br>>.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Ícone, 1995. _____ . *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. *Psicologias: Uma introdução ao estudo de psicologia*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas-Reflexões sobre Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPOS, Patrícia Toledo de . Comentários à Lei nº 12.846/2013-Lei Anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo da USP (RDDA)*, v. 2, n. 1, 2014.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Tradução Iraci D. Poleti. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2015.

HARFORD, Tim. *A Lógica da vida*. Rio de Janeiro: Record, 2009.

SKINNER, B. F. *Sobre o Behaviorismo*. Tradução Maria da Penha Villalobos. 7 ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. A contribuição do direito internacional para a formulação de políticas públicas de prevenção e combate à corrupção no Brasil. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, SP, v. 01, n. 01, p. 3-20, out./dez, 2016.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e a lei anticorrupção nas empresas. Revista de informação legislativa*, v. 52, n. 205, p. 87-105, jan./mar. 2015. id/507401, 2015.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção*. São Paulo: RT, 2014.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

Sites da rede mundial de computadores:

<<http://oglobo.globo.com/brasil/corrupto-o-outro-18961820#ixzz4DNyoXGdO>>

Acesso em: 25 jan. 2017.

<<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/corruptao-e-o-principal-problema-mundial-aponta-pesquisa/>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

<<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/corruptao-e-vista-como-o-maior-problema-do-pais-diz-datafolha.html>>. Acessado em 25/01/2017.

<<http://noticias.band.uol.com.br/brasil/noticia/100000791488/corruptao-e-apontada-como-o-maior-problema-do-brasil.html>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

<www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2017.

<<http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2016>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO FORMA DE EVITAR A PROTEÇÃO DEFICIENTE DO INTERESSE PÚBLICO

THE EXECUTION OF AGREEMENTS IN ADMINISTRATIVE MISCONDUCT LAWSUITS AS A WAY TO AVOID THE PROTECTION OF DEFECTIVE PUBLIC INTEREST

Rodrigo Monteiro da Silva¹

Sumário: Introdução. 1. Uma necessária releitura do princípio da indisponibilidade do interesse público. 2. O respeito ao princípio da vedação de proteção deficiente da probidade administrativa. 3. A celebração de acordos em ações de improbidade administrativa como forma de preservação do interesse público. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente artigo tem a intenção de examinar a possibilidade e viabilidade da celebração de acordos no âmbito das investigações e ações voltadas à apuração de atos de improbidade administrativa, demonstrando que os princípios da indisponibilidade do interesse público e da vedação à proteção deficiente da probidade administrativa merecem receber uma interpretação que busque alcançar a máxima satisfação dos anseios da coletividade.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Acordos. Interesse público. Proteção eficiente.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the feasibility and possibility of entering into agreements in the context of investigations and lawsuits aimed at

¹ Doutorando em Estado de Derecho y Gobernanza Global (Universidade de Salamanca, Espanha). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória – FDV). Especialista em Direito Público (Universidade Gama Filho). Instrutor do Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (PNLD). Promotor de Justiça (MP-ES). E-mail: rodrigomonteiro.es@gmail.com.

investigating acts of administrative misconduct, showing that the principles of unavailability of public interest and prohibition of weak protection of administrative good conduct deserve to receive an interpretation focused on reaching the maximum achievement of the public needs.

Keywords: Administrative misconduct. Agreements. Public interest. Efficient protection.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.429/92 foi moldada com o objetivo de possibilitar o combate à corrupção e ao uso indevido de verbas públicas, com a finalidade de evitar que o dinheiro público destinado à satisfação das pretensões sociais fosse desviado ou se esvaísse em decorrência de escolhas administrativas desprovidas de legitimidade.

Na forma do art. 129, incisos II e III, da Constituição Federal, são, respectivamente, funções institucionais do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, bem como promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social.

Inegável que, para a consecução dessas funções atribuídas ao Ministério Público pelo Constituinte, coube ao *Parquet* manejar de forma reiterada a Lei de Improbidade, instrumento essencial à defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Desde o início de sua vigência a Lei nº 8.429/92 já foi fundamenta para milhares de ações de improbidade administrativa propostas pelo Ministério Público por todo o Brasil², buscando a recomposição dos prejuízos causados a título de dolo e/ou culpa, além da aplicação das sanções previstas no art. 12 do referido diploma.

Passados vinte e seis anos do “nascimento” da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) resta-nos tecer algumas indagações: a judicialização de ações

² Em que pese o art. 17, *caput*, da Lei nº 8.429/92 estabelecer que a ação poderá ser proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, a imensa maioria das ações que tramitam no país são ofertadas pelo *Parquet*. São raras as ações intentadas pela pessoa jurídica interessada, e mais raras ainda aquelas em que as demandas são propostas sem interesse político-partidário.

com cunho claramente sancionatório é (ou foi) suficiente para reduzir os casos de corrupção, de má utilização do dinheiro público e de ofensa à moralidade administrativa? Essa escolha institucional do Ministério Público em dar preferência à repressão trouxe de fato a esperada recomposição dos prejuízos suportados pela sociedade?

Não possuímos uma resposta efetiva aos questionamentos acima; porém, a experiência de mais de uma década de atuação em favor da probidade administrativa, sem a menor dúvida foi capaz de demonstrar que não raro a solução adequada para a defesa (e recomposição) do patrimônio público está bem próxima e ao alcance de nossas mãos: o acordo em ações (e investigações) de improbidade administrativa.

Saímos de um momento demandista em que era louvável (e recomendável) a propositura de seguidas ações de improbidade administrativa voltadas à busca por uma administração pública que respeitasse o princípio da probidade administrativa. Com o passar dos anos percebemos que a judicialização dessas ações pouco contribuiu para se alcançar a recomposição do patrimônio público, prestando-se tão somente à aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, o que sem dúvida se trata de algo extremamente relevante e necessário, ante ao cunho repressivo e preventivo da Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei nº 8.429/92, diversamente do que ocorre com a Lei nº 12.846/13³ (Lei de Combate às Organizações Criminosas) e Lei nº 12.846/13⁴ (Lei Anticorrupção Empresarial) não possui previsão expressa de pactuação de acordos (colaboração premiada ou acordo de leniência) voltados à obtenção de provas e/ou a recuperação do produto ou proveito das condutas ilícitas praticadas em detrimento da Administração Pública.

Além de não possuir regra sobre a possibilidade de celebração de acordos, o § 1º do art. 17 da LIA, em sua redação original, expressamente veda a formalização de transação, acordo ou conciliação. Busca-se com o presente estudo analisar se tal regra se apresenta conectada com o microsistema voltado ao combate à corrupção, o qual veda a proteção deficiente da tutela da probidade administrativa.

³ A colaboração premiada está disciplinada nos arts. 4º a 7º, da Lei n.º 12.850/13.

⁴ O acordo de leniência está disciplinado nos arts. 16 e 17, da Lei n.º 12.846/13.

A *ratio* do referido dispositivo legal que veda a formalização de transação, acordo ou conciliação encontra fundamento teórico no princípio da indisponibilidade do interesse público. Resta relevante ponderar qual é a extensão desse princípio e em que consiste o dever estatal de preservação dos interesses da sociedade. A celebração de acordos no âmbito das ações (e investigações) de improbidade administrativa que poderá importar em benefícios ao colaborador, tal como ocorre na esfera criminal e na esfera administrativa (acordo de leniência), necessariamente causa óbice ao interesse público?

O microssistema de defesa da probidade, do qual a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei de Combate às Organizações Criminosas e a Lei Anticorrupção Empresarial são peças fundamentais, pode conviver com mecanismos legais que impeçam a busca por uma prestação jurisdicional efetiva e adequada?

O ato de improbidade administrativa causa inegável ofensa ao patrimônio público, à moralidade e aos demais princípios norteadores das atividades públicas. Bezerra Filho adverte que a improbidade possui índole hedionda por sua capacidade de infligir prejuízos materiais à coletividade e morais ao sentimento da ordem pública⁵. Há, pois, a necessidade de que a Lei nº 8.429/92 se apresente capaz de combater as condutas (dolosas e culposas) que fazem sangrar os cofres públicos e impossibilitam a oferta de políticas públicas dignas e essenciais à satisfação dos anseios da coletividade.

Nesse contexto, objetiva-se analisar se a celebração de acordos pode ser invocada no âmbito das investigações e demandas instauradas para apuração de atos de improbidade administrativa, com a finalidade única de se buscar a efetividade na prestação jurisdicional com a consequente preservação e satisfação do interesse público.

⁵ BEZERRA FILHO, Aluizio. *Atos de improbidade administrativa: Lei nº 8.429/92 comentada e anotada*. 2 ed. rev. e amp. Curitiba: Juruá, 2014. p. 30.

1. UMA NECESSÁRIA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Embora não previstos expressamente no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público merecem considerável atenção em razão de sua vinculação com a incessante busca pela satisfação dos anseios da coletividade. Referidos princípios materializam, respectivamente, prerrogativas e sujeições a que estão submetidas a Administração Pública em seu poder/dever de zelar pelo bem-estar de toda a sociedade.

Pedra afirma que um sistema ou ordenamento jurídico é constituído pelo conjunto de normas jurídicas. Contudo, não será jamais integrado exclusivamente por regras. Nele se congregam, também, princípios jurídicos ou princípios de direito, havendo uma considerável complexidade na construção da distinção entre os princípios e as regras⁶.

Dworkin esclarece que o direito é construído a partir de princípios aos quais os aplicadores do direito e os cidadãos estão vinculados.⁷ Constituem-se os princípios, dessa forma, a base do ordenamento jurídico, a parte permanente e eterna do direito e também a cambiante e mutável, que determina a evolução, as ideias fundamentais e informadoras da organização jurídica do Estado⁸.

Diante desses fundamentos torna-se relevante conferirmos aos princípios administrativos e, em especial ao princípio da indisponibilidade do interesse público, uma releitura que permita sua compatibilidade com a evolução do Direito e da própria sociedade.

Não se pretende, conforme doutrina capitaneada por Sarmiento⁹ e Binjenbojm¹⁰, buscar a relativização do princípio da supremacia do interesse público em razão de

⁶ PEDRA, Anderson Sant'Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 19-20.

⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 492.

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 146.

⁹ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 27.

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 31.

sua possível incompatibilidade com a tutela de direitos fundamentais. Não vemos qualquer discrepância que bloqueie uma convivência harmônica entre ambos os preceitos constitucionais. Na verdade, busca-se uma relativização voltada, única e exclusivamente, à maximização do referido princípio de modo a alcançar com presteza a satisfação dos anseios da sociedade.

Mello afirma que o princípio da indisponibilidade do interesse público está vinculado a interesses próprios da coletividade, que dessa forma não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis¹¹. Segundo Carvalho Filho há a premissa de que todos os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefício para a própria sociedade¹². E não poderia ser diferente.

Resta, segundo a proposta do presente estudo, buscar uma compreensão do princípio da indisponibilidade do interesse público que verdadeiramente sirva de moldura à satisfação do interesse público. Nesse contexto, qual seria a real dimensão do princípio da indisponibilidade? Haveria de fato, nos termos do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92¹³, efetiva preservação do interesse público ao se proibir, genérica e abstratamente a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de improbidade administrativa?

A busca pela satisfação do interesse público deve ser a bússola de todos aqueles que lidam com verbas públicas ou possuam algum tipo de gerência sobre a coisa pública. Não há como imaginar nenhuma modalidade de condução da gestão administrativa que tenha por objetivo um agir pautado no desejo de dispor daquilo que pertença à coletividade.

O princípio da indisponibilidade do interesse público nos revela que a satisfação dos anseios da coletividade deverá sempre sobressair sobre interesses particulares, bem como sobre os interesses secundários da própria Administração. Revela-se, assim, que o interesse público não está à disposição daqueles que temporariamente

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 69.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 34.

¹³ “Art. 17. [...]:

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput”.

se encontram na gestão da coisa pública. Carvalho Filho assevera que a ideia de interesse público deve guardar coerência com a própria finalidade do Estado¹⁴.

É importante deixar claro que os agentes públicos devem pautar suas condutas sempre nos interesses de toda a sociedade, de modo que os direitos e as garantias do corpo social resem resguardados. Se proteger os interesses da coletividade representa uma obrigação do administrador público, é óbvio que ele não poderá jamais dispor daquilo que insofismavelmente pertence ao povo. O administrador público não é o dono do poder, uma vez que a CRFB, em seu art. 1º, parágrafo único, expressamente destaca que *“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”*.

A clássica obra de Meirelles nos relembra que a Administração Pública não poderá dispor do que é considerado como interesse geral, uma vez que não detém a titularidade do direito público¹⁵. Carvalho Filho, por seu turno, destaca que os bens e interesses públicos não possuem titularidade objetiva, não pertencendo à Administração ou aos seus agentes. Caberá ao agente público tão somente conservar e gerir todo esse patrimônio em prol da coletividade, a quem cabe a real titularidade da coisa pública¹⁶.

Como forma de salvaguardar o princípio da indisponibilidade do interesse público o art. 17, § 1º, da LIA expressamente estabeleceu a vedação à transação, ao acordo ou à conciliação nas ações de improbidade administrativa. Pensou-se, por certo, em evitar que composições mal sucedidas acabassem por causar gravame à satisfação dos interesses da coletividade.

No momento histórico da edição da Lei nº 8.429/92 imperava na dialética processual brasileira um movimento avesso a qualquer tipo de solução consensual ou negociada. A partir da Lei nº 9.099/95 surgiram no Brasil instrumentos aptos a buscar

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 72.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 103.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 25.

um caminho mais adequado e razoável às demandas de natureza penal¹⁷. Nesse sentido Didier e Bomfim:

À época da edição da Lei nº 8.429/1992, o sistema do Direito Penal brasileiro era avesso a qualquer solução negociada. Não por acaso, falava-se em indisponibilidade da ação penal e em indisponibilidade do objeto do processo penal. [...]. A proibição de negociação prevista na Lei de Improbidade Administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal. Não havia sido admitida na improbidade em razão do princípio da obrigatoriedade para o Ministério Público e da visão que a tutela do interesse público era absolutamente indisponível, não admitia graus de tutela. Se agora é possível negociar as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade. Pode-se estabelecer a seguinte regra: a negociação na ação de improbidade administrativa é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em uma relação de proporção¹⁸.

Holanda Júnior e Torres defendem que a vedação expressamente prevista na LIA quanto à possibilidade de transação, acordo ou conciliação decorre do fundamento de que os legitimados ativos à propositura da ação (Ministério Público e pessoa jurídica interessada) atuam segundo uma legitimação extraordinária, ou seja, demandam em nome próprio, porém na defesa dos interesses de terceiros (da coletividade)¹⁹.

Alves apresenta uma peculiaridade acerca do tema. Segundo o autor não caberia a celebração de transação nas ações de improbidade ainda que para tratar de questões unicamente patrimoniais, eis que o instituto da transação depende de concessões mútuas, algo impensável em termos de direitos difusos. Em outro sentido, defende a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta, mesmo em momento anterior ao ajuizamento da demanda, com o escopo de delimitar

¹⁷ Os artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95 tratam, respectivamente, dos institutos da transação penal e suspensão condicional do processo, que permitem uma solução negociada no âmbito de determinadas ações penais, desde que preenchidos os requisitos legais.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

¹⁹ HOLANDA JR., André Jackson de; TORRES, Ronny Charles Lopes. *Improbidade administrativa: Lei nº 8.429/92*. 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 576.

condições, prazo e modo de recomposição integral dos prejuízos causados ao erário²⁰.

Acerca da necessidade de preservação do interesse público, com precisão cirúrgica Medauar adverte:

Não se mostra adequado invocar tal princípio como impedimento à realização de acordos, à utilização de práticas consensuais e da arbitragem pela Administração. Na verdade, o interesse público realiza-se plenamente, sem ter sido deixado de lado, na rápida solução de controvérsias, na conciliação de interesses, na adesão de particulares às suas diretrizes, sem os ônus e a lentidão da via jurisdicional²¹.

Entendemos que em nome da verdadeira indisponibilidade do interesse público cabe ir além, sendo possível inclusive a celebração de transações e acordos de colaboração premiada voltados não apenas à pactuação do integral ressarcimento ao erário, mas também às demais cominações previstas no art. 12 da LIA²².

Prudente recordar que, em atenção à necessária evolução legislativa que deve acompanhar as mutações que ocorrem na sociedade, a Lei nº 13.140/15 (Lei da mediação) de forma expressa trouxe em seu art. 36, § 4º, a possibilidade de conciliação em ações de improbidade administrativa, como se vê:

Art. 36. (...)

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

É preciso lançar mão da razoabilidade para a aferição das sanções que deverão ser aplicadas, de modo que, a depender da gravidade da conduta ilícita

²⁰ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 8. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 866.

²¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 128.

²² Para a celebração de qualquer modalidade de acordo na esfera das ações de improbidade administrativa há a condição *sine qua non* de se buscar o integral ressarcimento dos danos causados ao erário. Isso não significa que o ressarcimento será a única medida entabulada no ajuste. A depender do caso concreto poderá constar no respectivo termo a fixação de multa civil, a proibição de contratar com o poder público, a perda ou a proibição de ocupar cargo público, entre outros, sem prejuízo, em todos os casos, da expressa declaração de reconhecimento da prática da conduta ilícita.

perpetrada, nem sempre o magistrado deverá cominar todas as penas previstas no referido art. 12 da LIA. Dessa forma, diante da prática de um ato de improbidade administrativa de menor repercussão, não haverá por razoável, por exemplo, a cominação da sanção de perda de cargo público ou da suspensão dos direitos políticos, restando útil à preservação do interesse público a fixação, tão somente, do ressarcimento ao erário e do pagamento de multa civil.

Sabemos que a tramitação de uma ação de improbidade administrativa, como regra, demanda uma longa jornada. Da mesma forma, há o considerável dispêndio de recursos humanos e materiais. Os processos arrastam-se por anos; e alcançar uma condenação com trânsito em julgado é uma tarefa árdua. Lembremos, também, que esses mesmos dificultadores devem ser considerados em relação aos requeridos, uma vez que há a necessidade de contratação de bancas de advogados e a quase eterna vinculação a esses processos, com a configuração de uma verdadeira antecipação de pena pelo simples fato da não obtenção de um julgamento em um prazo razoável²³.

O que guarda coerência com a satisfação e a indisponibilidade do interesse público: litigar por anos ou buscar consensualmente uma adequada equação das sanções previstas na LIA? Haverá interesse da coletividade na pactuação de um ajuste que traga como condições o reconhecimento formal da prática ilícita com o integral ressarcimento dos prejuízos, o pagamento de multa e a perda do cargo público? A resposta somente poderá ser “sim”.

Convém destacar, por oportuno, que a possibilidade de lançar mão dos acordos em ações de improbidade administrativa é preocupação antiga do Ministério Público. Ainda em 2010, por ocasião do I Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo, restou aprovada a Tese de nº 5, com as seguintes proposições: a) o instituto da colaboração premiada, por analogia, pode ser aplicado aos processos que apuram a prática de ato de improbidade administrativa; b) as Promotorias de Justiça do Patrimônio Público deverão envidar esforços no

²³ LOPES JR., Aury. *O tempo como pena processual: em busca do direito de ser julgado em um prazo razoável*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=458>. Acesso em: 10 set. 2018.

sentido de ser reconhecida perante o Poder Judiciário a aplicação do instituto da colaboração premiada em matéria de improbidade administrativa²⁴.

Importante deixar claro que a celebração de acordos no âmbito da improbidade administrativa (tal como ocorre na seara criminal e no âmbito da responsabilização administrativa das pessoas jurídicas) não ocorre unicamente no interesse do réu. Pelo contrário. Para que o Ministério Público formalize o acordo há a clara necessidade de que as condições pactuadas no respectivo termo sejam aptas a alcançar um resultado útil para a sociedade. Aí reside o fundamento dessa interpretação que possibilita não flexibilizar o princípio da indisponibilidade do interesse público, mas sim compreendê-lo como um alicerce do sistema jurídico que não pode ser utilizado para engessar uma possibilidade de busca pela satisfação do verdadeiro interesse da sociedade.

Segundo atestam Coura e Freire Júnior, eventuais acordos de colaboração ocorrem no interesse do Estado e não do acusado. Nesse sentido, as regras do acordo deverão sempre ser formuladas pelo Estado, ainda que a proposta tenha partido de um requerimento formal do réu²⁵.

Por se tratar de legitimação concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada (art. 17, *caput*, da LIA), caberá ao promotor de Justiça (ou procurador da república) responsável pela condução do acordo, sempre que possível, trazer para a mesa de negociações (ainda que em momento posterior) a pessoa jurídica colegitimada que foi vítima da prática do ato de improbidade administrativa. Sabemos que por questões práticas isso nem sempre é possível, contudo a não participação da pessoa jurídica interessada não causa óbice algum à celebração do acordo.

Convém destacar que o STJ ainda possui posicionamento tradicional no sentido da impossibilidade de transação, composição ou acordo em ações de improbidade administrativa²⁶. Há, contudo, inúmeros e relevantes precedentes junto

²⁴ Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso%20PatPublico/Teses>>. Acesso em: 11 set. 2018.

²⁵ COURA, Alexandre de Castro; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista do Tribunais*. vol. 969. Ano 105. São Paulo: Ed. RT, jul. 2016. p. 148-159, p. 152.

²⁶ STJ; AgInt-REsp 1.654.462; Proc. 2017/0033118-5; MT; Primeira Turma; Rel. Min. Sérgio Kukina; Julg. 07/06/2018; DJE 14/06/2018; Pág. 1599; STJ; 2ª Turma; REsp 1.217.554/SP; relª Minª Eliana Calmon Alves; DJe 22.08.2013; Pág. 413; STJ; 2ª Turma; REsp 1.198.424/PR; rel. Min. Mauro Campbell Marques; Julg. 12.04.2012; DJe 18.04.2012.

aos tribunais estaduais e federais que caminham em direção ao fortalecimento da mitigação da norma contida no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92, de modo a permitir a celebração de acordos nas ações de improbidade administrativa²⁷.

De se estranhar, porém, que ainda é possível encontrar decisões judiciais que impedem, inclusive, o parcelamento do pagamento dos valores decorrentes de condenação por ato de improbidade administrativa sob o fundamento da indisponibilidade dos interesses tutelados²⁸. Resta mais uma vez questionar: é forma de preservar o interesse público parcelar o valor de uma condenação por ato de improbidade administrativa ou, por apego desarrazoado à norma, deixar de receber o montante?

A doutrina tradicional igualmente afirma que a transação ou o acordo em sede de improbidade administrativa não poderá ser aplicado, sobretudo em razão da ausência de previsão legal. Nesse sentido, Neiva²⁹.

Entendemos, mesmo que na contramão da corrente (ainda) dominante, que não mais se pode enxergar o princípio da indisponibilidade do interesse público a partir de uma visão engessada. “Indisponibilidade do interesse público” se apresenta como um conteúdo jurídico que deverá ser aferido no caso concreto, sempre em prol da defesa dos metamórficos anseios da sociedade. Nesse sentido, Carvalho Filho aponta com precisão:

O novo cenário político, social, econômico e jurídico não conduz à ação de “desconstruir” o postulado, mas sim à de *reconstruir* sua fisionomia mediante processo de adequação aos novos elementos da modernidade. Elidir o princípio se revela inviável, eis que se cuida de axioma inarredável em todo tipo de relação entre corporações e indivíduo. A solução, destarte, está em ajustá-lo para que os

²⁷ TJPR; EmbDecCv 1562314-6/01; Londrina; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Nilson Mizuta; Julg. 23/05/2017; DJPR 06/06/2017; Pág. 227; TJPR; Ag Instr 1591396-3; Londrina; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Nilson Mizuta; Julg. 02/05/2017; DJPR 17/05/2017; Pág. 474; TRF 5ª R.; AC 0000530-61.2012.4.05.8001; AL; Segunda Turma; Rel. Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima; DEJF 21/02/2017; Pág. 32; TJMT; AI 98595/2015; Capital; Rel. Des. José Zuquim Nogueira; Julg. 02/02/2016; DJMT 15/02/2016; Pág. 173; TJDF; Rec. 2009.01.1.199395-3; Ac. 868.934; Sexta Turma Cível; Rel. Des. Esdras Neves; DJDFTE 27/05/2015; Pág. 318.

²⁸ TJSP; AI 2240209-03.2017.8.26.0000; Ac. 11350856; Itirapina; Terceira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Maurício Fiorito; Julg. 10/04/2018; DJESP 16/04/2018; Pág. 3148.

²⁹ NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa*: Legislação comentada artigo por artigo. Niterói: Impetus, 2009. p. 173-174.

interesses se harmonizem e os confrontos sejam evitados ou superados³⁰.

É preciso reconhecer que a judicialização excessiva de demandas, inclusive as afetas à tutela coletiva, representa um equívoco. O Poder Judiciário encontra-se atolado de processos, não sendo possível conferir uma resposta adequada à sociedade³¹. É a demora na prestação jurisdicional decorrente de vários fatores que representa uma verdadeira disponibilidade do interesse público, eis que impossibilita que o Estado busque com efetividade a recomposição dos prejuízos causados por atos de improbidade administrativa.

2. O RESPEITO AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

O sistema jurídico brasileiro que tutela a probidade administrativa é um sistema normativo aberto, composto por diversos princípios que vão muito além da tradicional principiologia prevista no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

No passado fomos moldados a compreender os princípios como instrumentos de complementação das normas em casos de eventuais lacunas. Hoje os princípios não mais possuem essa função de complementariedade, eis que foram alçados, segundo Canotilho, a um patamar de normogeneticidade fundamentante³². Isso quer dizer que os princípios evoluíram de meros “soldados de reserva” para o *status* de verdadeiros fundamentos das regras jurídicas. Nesse sentido, Neves e Oliveira afirmam que atualmente os princípios são considerados normas jurídicas primárias e devem ser levados em consideração mesmo nas hipóteses em que existam regras jurídicas sobre determinado assunto³³.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 82.

³¹ Atualmente, segundo dados do “Relatório Justiça em Números 2015”, o Brasil conta com mais de cem milhões de processos judiciais. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em: 10 set. 2018.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1124-1125.

³³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho de Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 8.

A tutela da probidade administrativa tem como um de seus fundamentos o princípio da proibição da proteção deficiente, restando claro que cabe ao Estado trabalhar de forma eficaz, em sintonia com as regras gerais do microsistema do processo coletivo, com a finalidade de buscar sempre a forma mais adequada de proteção ao patrimônio público. A celebração de acordos voltados ao resgate daquilo que foi desviado (ou indevidamente empregado) dos cofres públicos é o método eficiente e coerente de se tutelar o interesse público.

Ao se levar em consideração o tema afeto à tutela repressiva da improbidade administrativa, deve-se focar, segundo Miranda, nos princípios norteadores da atuação estatal, em especial: a) princípio da máxima efetividade da tutela repressiva da improbidade administrativa; b) princípio da vedação de proteção deficiente da probidade administrativa; c) princípio da vedação do retrocesso social em relação à tutela repressiva da improbidade administrativa³⁴. Revela-se, pois, que a atuação do Estado voltada à defesa da moralidade administrativa não pode sofrer nenhum tipo de mitigação ou constrangimento, merecendo ampla magnitude. E continua ao atestar que o dever de coerência com o princípio da proibição da proteção deficiente implica para o Estado o ônus de criar mecanismos efetivos para a prevenção e repressão aos atos ofensivos ao patrimônio público³⁵.

Qual seria a ofensa ao interesse público na celebração de um ajuste em situações de prática de ato de improbidade administrativa que não tenha causado dano ao erário (a exemplo da prática de nepotismo), caso no respectivo termo conste o voluntário reconhecimento da ilegalidade, com o pagamento de multa civil e a extinção do vínculo jurídico decorrente da nomeação para cargo em comissão?

Fazzio Júnior adverte que o direito a uma administração proba e lícita corresponde ao interesse republicano, do qual ninguém e nenhuma instituição podem dispor³⁶. Não existe discordância no que foi apresentado pelo autor, entretanto resta

³⁴ MIRANDA, Gustavo Senna Tutela repressiva da improbidade administrativa: princípios informadores e microsistema. In: FARIAS, Cristiano Chaves de, *et al* (orgs). *Estudos sobre Improbidade Administrativa*: em homenagem ao Professor J.J. Calmon de Passos. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 299-326.

³⁵ MIRANDA, Gustavo Senna Tutela repressiva da improbidade administrativa: princípios informadores e microsistema. In: FARIAS, Cristiano Chaves de, *et al* (orgs). *Estudos sobre Improbidade Administrativa*: em homenagem ao Professor J.J. Calmon de Passos. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 313.

³⁶ FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 409.

compreender se a coerente pactuação das cominações previstas no art. 12 da LIA corresponde realmente à disposição do interesse público. Cremos que não.

Qual seria o óbice em buscar uma composição a ser celebrada de forma a se albergar o interesse público?

A tutela coletiva de direitos transindividuais tem por objetivo satisfazer os interesses da sociedade, não servindo para a guarda de pretensões de cunho individual. Os processos coletivos possuem assim uma função muito mais ampla: prestam-se à litigação do próprio interesse público, eis que foram especialmente pensados para aquelas demandas jurisdicionais afetas aos interesses coletivos, com ampla vinculação aos objetivos e fundamentos constitucionais³⁷.

O microsistema coletivo possui como alicerces a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, referindo-se Leonel a citados diplomas como o seu “núcleo essencial ou duro”³⁸. No mesmo vetor, Mazzei esclarece a extrema necessidade de se conferir uma interpretação ampla, que garanta robustez ao microsistema, de modo que outras legislações passem a ter as suas regras aplicadas naquilo que for útil e relevante³⁹.

A análise dos referidos princípios, somada à necessidade de se buscar uma prestação jurisdicional efetiva em processos inaugurados para a apuração de atos ilícitos vinculados à probidade na gestão pública guarda sintonia com a satisfação do interesse público, revelando, de acordo com Alves⁴⁰, a existência de um verdadeiro microsistema da tutela repressiva da improbidade administrativa como um inegável direito transindividual.

O sistema de tutela coletiva da probidade administrativa apresenta-se entrelaçado por diversas normas, o que exigirá do intérprete do direito o reconhecimento da existência de um verdadeiro microsistema, com o objetivo de se conferir máxima efetividade ao processo coletivo⁴¹.

³⁷ SANTOS, Maria Charpinel. *A competência na ação de improbidade administrativa*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=05da33eab200f4c5>>. Acesso em: 12 set. 2018.

³⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, n. 4.10, p. 148, 2002.

³⁹ MAZZEI, Rodrigo Reis. A Ação Popular e o microsistema da tutela coletiva. In: GOMES JUNIOR, Luiz Emanuel (coord.). *Ação Popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4.717/65*. São Paulo: RCS, 2006, p. 406.

⁴⁰ ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 607.

⁴¹ LOUREIRO, Valtair Lemos. *Microsistema processual coletivo e a tutela do patrimônio público*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 51.

A Constituição Federal deve ser a única limitação à interação entre instrumentos legislativos voltados à tutela do patrimônio público. Assim, não havendo óbice constitucional, essa interação é medida necessária para salvaguardar a boa administração pública. Nesse sentido, Miranda:

Um dos caminhos, a nosso sentir, é entender, quando não haja limitação constitucional, ser possível a interação entre todos os instrumentos legislativos existentes na tutela repressiva dos atos que atentam contra o patrimônio público e a boa administração pública, notadamente quando a Lei nº 8.429/92 não se mostrar eficiente e suficiente, o que, de forma alguma, representaria uma balbúrdia processual ou um desrespeito ao devido processo legal⁴².

Advogar em favor de uma aplicação restritiva à celebração de acordos no âmbito das ações de improbidade administrativa representa um verdadeiro comportamento contraditório do Estado que afronta o princípio da vedação à proteção deficiente da tutela da probidade administrativa, ante à sua natureza de direito fundamental cuja defesa merece receber atenção especial do Estado.

À pactuação de acordos em ações de improbidade administrativa não importa o esvaziamento ou a mitigação à proteção do patrimônio público. Pelo contrário. Não se defende a utilização do instituto a esmo, sem critérios preestabelecidos. O que realmente se pretende é a sua extensão às ações de improbidade administrativa com a finalidade de se alcançar a melhor tutela para o patrimônio público.

As condutas ilícitas, sobretudo aquelas vinculadas aos desvios de verbas públicas, apresentam-se cada vez mais invasivas e organizadas, de modo que a prevenção e a repressão devam ser igualmente sofisticadas, cabendo ao Estado valer-se de mecanismos legais aptos a possibilitar uma paridade de armas no enfrentamento aos desmandos causados em desfavor da Administração Pública.

O objetivo dessa interpretação voltada à incessante busca pela máxima efetividade das normas que tutelam direitos transindividuais que importam na

⁴² MIRANDA, Gustavo Senna Tutela repressiva da improbidade administrativa: princípios informadores e microssistema. In: FARIAS, Cristiano Chaves de, *et al* (orgs). *Estudos sobre Improbidade Administrativa*: em homenagem ao Professor J.J. Calmon de Passos. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 315.

materialização de políticas públicas voltadas à sociedade em geral, baseia-se no fortalecimento da defesa da tutela do patrimônio público e não no enfraquecimento a sua proteção. Buscar uma compreensão diversa corresponde ao esvaziamento e à proteção deficiente da tutela da moralidade e do patrimônio público.

3. A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO FORMA DE PRESERVAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

Conforme apresentado por Silva, a sociedade brasileira enfrenta um longo processo de descrédito nas instituições públicas provocado, sobretudo, por inúmeras incompatibilidades e fragmentações internas e externas, merecendo destaque a corrupção na Administração Pública⁴³. Diante da especialização e capilaridade de redes orquestradas para dilapidar os cofres públicos torna-se urgente que o Estado lance mão de mecanismos eficazes para tentar frear a corrupção que se alojou na esfera administrativa.

Muito mais do que isso, cabe ao Estado buscar ferramentas que permitam com a maior brevidade possível, sempre que demonstrada a prática de ato de improbidade administrativa (doloso ou culposo), alcançar a recomposição dos prejuízos suportados pela sociedade, em atenção à preservação do interesse público.

Oliveira esclarece que o interesse público primário se relaciona com a necessidade de satisfação de pretensões coletivas (justiça, segurança e bem-estar) por meio de atividades administrativas prestadas à coletividade⁴⁴. A satisfação do interesse público deverá ser, sempre, o objetivo a ser alcançado por toda Administração Pública.

A possibilidade de celebração de acordos em ações de improbidade administrativa não se presta apenas a combater a corrupção, mas sim (e principalmente) buscar a recomposição do patrimônio público (interesse público primário) lesado em razão de condutas dolosas ou culposas, merecendo destaque,

⁴³ SILVA, Rodrigo Monteiro da. *Corrupção e controle social: A transparência como elemento de aperfeiçoamento da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. p. 114.

⁴⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 121.

sobretudo, aquelas praticadas em situações em que restar comprovado que o agente público não tinha o *animus* de cometer nenhuma conduta ilícita (culpa)⁴⁵.

O Ministério Público não deverá celebrar nenhum tipo de acordo quando em risco o interesse público. Será a satisfação do interesse público a bússola a direcionar os limites dos acordos. Para a fixação dos parâmetros e das condições a que se submeterá o investigado/réu há a necessidade de se preservar o interesse da coletividade, em razão do princípio da indisponibilidade.

O desafio é definir quais serão os parâmetros e os limites das cláusulas que irão compor os acordos no âmbito das ações (e das investigações) de improbidade administrativa. Em razão da ausência de previsão legal, tal como ocorre com os acordos de não persecução penal⁴⁶, o Ministério Público brasileiro tem buscado exercer seu protagonismo na defesa da moralidade e do patrimônio público e, a partir de resolução do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, bem como de atos dos respectivos órgãos colegiados estaduais, passou a regulamentar a possibilidade de celebração de acordo em investigações e ações de improbidade administrativa.

Em âmbito nacional a matéria foi tratada pelo Conselho Nacional do Ministério Público por meio da Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017⁴⁷. Em que pese a coragem do CNMP em tratar desse tema tão relevante, referida Resolução não fixou os parâmetros necessários à formatação e limites dos acordos, deixando uma considerável margem de discricionariedade aos membros responsáveis pela condução das investigações na seara do patrimônio público⁴⁸.

Quanto à atuação nos estados merece destaque o pioneirismo adotado pelo Ministério Público do Amapá, que por meio da Res. nº 002/2017, de 28 de março de

⁴⁵ Diversamente do que sustenta Luciano Ferraz (<https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade>), entendemos que a Lei nº 13.655/18, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657/42), não revogou o *caput* do art. 10 da LIA no que tange à prática de ato culposa de improbidade administrativa.

⁴⁶ Conforme Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017 (alterada pela Res. nº 183, de 24.01.2018), o Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou em âmbito nacional o acordo de não-persecução penal, consistente em uma inegável forma de resolução consensual de demandas outrora submetidas ao crivo do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2018.

⁴⁷ Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2018.

⁴⁸ O art. 1º, § 2º estabelece que “É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”.

2017, foi o primeiro a regulamentar internamente a matéria. Posteriormente o Ministério Público dos Estados do Paraná (Resolução nº 001/2017, de 15 de maio de 2017), de Minas Gerais (Res. nº 003/2017, de 23 de novembro de 2017), do Espírito Santo (Res. nº 012/2017, de 19 de dezembro de 2017), do Rio Grande do Norte (art. 69, § 2º, da Res. nº 012/2018, de 9 de agosto de 2018), de Goiás (art. 49, da Res. nº 09/2018, de 27 de agosto de 2018), da Paraíba (Res. nº 019/2018, de 27 de agosto de 2018) e do Rio Grande do Sul (Provimento nº 058/2018, de 18 de setembro de 2018) adotaram a mesma postura.

Em sentido contrário, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, apesar de previsão normativa na Res. nº 001/2017, de 15 de maio de 2017, editou, por maioria de seu Conselho Superior, a Súmula nº 1.053, de 1 de junho de 2017, que veda a possibilidade de pactuação de sanções previstas na Lei nº 8.429/92 por meio de termo de ajustamento de conduta.

De todas as resoluções citadas, merecem destaque as editadas pelo Ministério Público dos Estados de Minas Gerais e da Paraíba, as quais trouxeram parâmetros interessantes para a pactuação dos acordos, por exemplo, com vinculação expressa à necessidade de reparação integral do dano causado ao erário.

Convém lembrar que por meio da Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015, buscou-se afastar a proibição de celebração de transação ou acordo no âmbito das ações de improbidade administrativa, mas como não foi votada em tempo hábil referida MP teve seu prazo de vigência encerrado em 29 de maio de 2016, ante à previsão contida no art. 62, § 3º, da CRFB⁴⁹.

Divergimos daqueles que afirmam não ser possível a celebração de acordos que tragam como uma de suas condições a obrigação de assunção das sanções previstas na Lei nº 8.429/92. É bom lembrar que o acordo não será celebrado se não for razoável para as partes (Estado e investigado/réu). Se o réu, devidamente instruído por advogado, entende que reconhecer suas responsabilidades e assumir voluntariamente algumas das sanções previstas na LIA é o adequado para sua situação fática, não há que se falar em qualquer ilegalidade.

⁴⁹ “Art. 62. [...]:

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes”.

Citamos, por exemplo, previsões contidas nas resoluções do Ministério Público dos Estados de Minas Gerais⁵⁰ e da Paraíba⁵¹ que permitem, teoricamente como uma das condições do acordo a fixação de cláusula de renúncia ao direito de se candidatar a cargos públicos, por determinado período de tempo. No mesmo sentido, o Provimento nº 058/2018 do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul estabelece no art. 8º, II, o compromisso de não assumir cargo ou função pública por determinado período.

Há alguma ilegalidade ou inconstitucionalidade nessa cláusula? Existe o direito fundamental a ser candidato a algum cargo eletivo? Existe um dever fundamental de se candidatar a cargo eletivo? Se assumir esse compromisso for mais benéfico ao investigado/réu do que se submeter aos rigores da Lei da Ficha Limpa⁵² (e manter-se inelegível por oito anos após o cumprimento da pena), ainda assim haverá algum impedimento de ordem legal ou constitucional?

A resposta só pode ser uma: jamais!

Inegável que a celebração de um acordo que preserve o interesse público com a fixação de condições que assegurem impreterivelmente a recomposição do prejuízo suportado pela Administração Pública, guarda sintonia também com o princípio da eficiência, estampado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, sobre o qual convém repisar as ponderações construídas por Marinela:

A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a conseqüente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, nessa situação, o lucro é do povo; quem ganha é o bem comum⁵³.

⁵⁰ Art. 4º, IV.

⁵¹ Art. 5º, V.

⁵² Conforme art. 1º, I, I, da Lei Complementar nº 64/90, são inelegíveis para qualquer cargo os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena.

⁵³ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 99.

A ausência de celeridade nas ações de improbidade administrativa causada sobretudo em razão do desnecessário procedimento bifásico existente na Lei nº 8.429/92 ocasiona um atraso injustificado na tramitação dos processos judiciais, servindo como verdadeiro combustível à impunidade. Percebe-se que a busca por um provimento jurisdicional em ações de improbidade administrativa, a propósito desse gargalo, por si só já ocasiona ofensa ao princípio da eficiência. Convém destacar, ainda, que tal regra legal igualmente afronta o princípio da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Nesse contexto, trazemos mais algumas indagações: existe preservação do interesse em se aguardar por anos (por vezes décadas) os efeitos de uma sentença de procedência (e sequer ter certeza se será possível executá-la), em detrimento de um acordo que abarcará todas (ou a maioria) das pretensões deduzidas na peça inicial da ação de improbidade? Qual é o sentido em não transacionar e desde logo recompor o patrimônio público (além de equacionar algumas das sanções previstas no art. 12 da LIA) e optar por aguardar uma sentença judicial ainda incerta?

A prática demonstra, infelizmente, que ações de improbidade administrativa “redondas” ajuizadas com base em farto acervo probatório têm sido julgadas improcedentes pelos tribunais sob o frágil argumento da ausência da comprovação de dolo. Vale a pena realmente correr esse risco?

A plena e inequívoca reparação dos danos é a condição inexorável para a celebração e homologação de qualquer acordo em sede de controle de patrimônio. Sem a integral recomposição dos danos causados ao Estado é inviável se cogitar qualquer espécie de acordo. A propósito do ressarcimento dos prejuízos suportados pela sociedade convém lembrar que a Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção Empresarial) igualmente congrega o microssistema de combate à corrupção e estabelece em seu art. 16, § 3º, que o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparação integral dos danos causados.

Por uma questão de coerência, bem como em razão do princípio da proibição deficiente da tutela da probidade administrativa, pensamos que os acordos poderão ser celebrados em todas as modalidades de atos de improbidade administrativa, inclusive para aqueles atos que não causaram enriquecimento ilícito e/ou prejuízo ao erário, nos termos do art. 11 da LIA.

Por meio da celebração de um acordo que busque, dentre as sanções trazidas no art. 12 da LIA, o integral ressarcimento dos prejuízos suportados pelo poder público poderia, inclusive, restar pactuado que o investigado/réu expressamente concorde com a realização de alienação antecipada de determinados bens de sua propriedade. Assim como o instituto da colaboração premiada, que possui regramento apenas na legislação criminal, a alienação antecipada de bens não encontra respaldo normativo em legislações de natureza administrativa-civil, entretanto é possível encontrar fundamentos doutrinários e jurisprudenciais que permitam sua utilização nas ações de improbidade administrativa⁵⁴.

A celebração de acordos em ações de improbidade administrativa merece receber contornos adequados, de modo a evitar qualquer óbice aos preceitos constitucionais afetos à tutela da probidade administrativa, sem prejuízo do respeito aos direitos fundamentais dos investigados/réus. Há que se observar uma relação de proporcionalidade apta a sempre preservar o indisponível interesse da sociedade.

Discordamos do posicionamento encampado por Bittar ao defender que os acordos de colaboração em ações de improbidade administrativa caracterizam atos violadores à moralidade, à legalidade e à pessoalidade, ante à negociação de valores e bens considerados indisponíveis⁵⁵. Pensamos justamente o contrário, uma vez que acordos entabulados de forma responsável terão o condão de resgatar a moralidade administrativa, com a recomposição dos prejuízos suportados pelos cofres públicos e o reconhecimento da ilicitude da conduta.

Em sintonia com a necessidade de se alcançar uma prestação estatal que atenda aos interesses da coletividade, Carvalho, ao tratar de uma modalidade de acordo (colaboração premiada), adverte:

Assim, a delação premiada seria uma forma de auxiliar o poder público no combate a condutas violadoras da moralidade pública, permitindo a punição dos responsáveis por grandes esquemas de corrupção,

⁵⁴ SILVA, Rodrigo Monteiro da; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Alienação antecipada de bens em processos de apuração de atos de improbidade administrativa: uma abordagem a partir do dever fundamental de colaboração com a Justiça. *Revista RePro*. São Paulo, Ano 42; Vol. 267, p. 431-456, maio/2017.

⁵⁵ BITTAR, Walter. *O modelo de investigação mista: a improbidade administrativa e os limites ao prêmio da delação premiada*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-modelo-de-investigacao-mista-a-improbidade-administrativa-e-os-limites-ao-premio-da-delacao-premiada-por-walter-bittar/>>. Acesso em: 10 set. 2018.

permitindo ao Ministério Público atingir o topo da pirâmide, alcançando todos os responsáveis pelos atos danosos⁵⁶.

Pensar de modo diverso, com a defesa da tese de que não seria possível a utilização de acordos em investigações e/ou processos voltados à apuração de atos de improbidade administrativa, e com isso impedir o manejo de instrumento sabidamente hábil à busca por uma prestação jurisdicional constitucionalmente adequada representa, conforme Calamandrei, oferecer um remédio longamente elaborado para um doente já morto⁵⁷.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo demonstrar que a busca por uma prestação jurisdicional primada na efetividade da tutela do patrimônio público demanda uma análise sistêmica por parte dos operadores do Direito, com a finalidade de permitir que mecanismos existentes em outros instrumentos normativos voltados à tutela de direitos transindividuais sejam igualmente aplicados aos processos que apuram a prática de atos de improbidade administrativa, sempre com a observância ao contraditório e à ampla defesa, em cujo âmbito habita o devido processo legal.

A prestação de uma tutela jurisdicional coerente com os princípios (explícitos e implícitos) regentes da Constituição Federal é medida de extrema necessidade, uma vez que a prática de atos ilícitos que impedem a materialização do feixe de direitos pertencentes à sociedade, quando submetidos a um Poder Judiciário incapaz de conferir uma resposta satisfatória (e justa), tem trazido significativos e por vezes irreparáveis danos à coletividade.

Foge à razoabilidade negar eficiência às investigações e aos processos judiciais que apuram a prática de atos de improbidade administrativa, a partir da vedação à celebração de acordos que têm o objetivo de buscar a satisfação do interesse público primário.

A Lei de Improbidade Administrativa inequivocamente congrega o microsistema processual das ações coletivas; e em que pese a existência de seu

⁵⁶ CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 982.

⁵⁷ CALAMANDREI, Piero. *Criteri per la definizione dei provvedimenti cautelari*. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Padova: Cedam, 1936. p. 19.

procedimento específico, não somente pode como deve permitir àqueles que lidam diretamente com o combate à corrupção buscar uma interpretação que permita a aplicação subsidiária e complementar de outros instrumentos normativos criados para a proteção da sociedade.

Ninguém discorda que acordos em sede de investigações e/ou ações de improbidade administrativa somente deverão ser pactuados e posteriormente homologados⁵⁸ com a observância do devido processo legal, mediante prudência e bom senso de magistrados e membros do Ministério Público.

Não se prega que os acordos em geral sejam celebrados em ações de improbidade administrativa sem prévio respaldo normativo. O presente estudo tem por objetivo fomentar esse debate que se apresenta crucial aos interesses da sociedade, de modo que se pondere a respeito das experiências já vivenciadas no Ministério Público do Estados do Amapá, do Espírito Santo, de Goiás, de Minas Gerais, da Paraíba, do Paraná, e do Rio Grande do Norte, observando que a máxima e efetiva tutela do patrimônio público somente será alcançada mediante a utilização de todos os mecanismos legais existentes em nosso ordenamento.

Busca-se um diálogo de coerência entre as normas que tutelam direitos e interesses da sociedade, cabendo ao intérprete do Direito trabalhar a partir de uma razoável complementariedade voltada à busca da máxima eficiência e efetividade da prestação jurisdicional, sobretudo aquela afeta à satisfação de interesses transindividuais.

Advogar em prol da manutenção da interpretação que exclui das ações de improbidade administrativa qualquer forma de acordo ou transação (aí incluída a colaboração premiada) representa um inegável equívoco, que põe em xeque não apenas os interesses da sociedade, assim como daqueles agentes ímprobos que de qualquer forma manifestaram o desejo de colaborar com o Estado e dessa forma minimizar os males causados a toda a sociedade por suas condutas ilícitas.

⁵⁸ Concordamos com o que já foi estipulado nas resoluções dos Ministérios Públicos dos Estados de Minas Gerais, Paraíba e Paraná, indicando que caberá ao Conselho Superior do Ministério Público a homologação dos acordos tomados no âmbito inquéritos civis ou procedimentos preparatórios, ao passo que o Judiciário deverá homologar o acordo firmado na após à propositura da Ação.

Em um Estado Social a materialização de prestações públicas destinadas à satisfação das necessidades da sociedade se apresenta como um desafio diário. Conferir saúde, educação, segurança, cultura, enfim, dignidade em geral à população demanda custos, e as verbas públicas não raro se mostram incapazes de satisfazer todas essas pretensões. Dessa forma é preciso que se lance mão de novos mecanismos voltados à recomposição dos cofres público, sempre em observância à satisfação do interesse público.

Nesse vetor, a Lei nº 8.429/92 possui considerável relevância, eis que dotada de capacidade de congrega mecanismos eficientes de repressão e prevenção aos desvios na Administração Pública. Todavia, em que pese a força da Lei de Improbidade Administrativa, torna-se necessário concebê-la de forma eficiente, com a finalidade de permitir que o Ministério Público ofereça à sociedade uma defesa do patrimônio público constitucionalmente adequada. Para tanto, inegável que a possibilidade de celebração de acordos em ações/investigações vinculadas à improbidade administrativa é medida indispensável ao alcance de uma proteção eficiente do patrimônio público e da moralidade administrativa.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8 ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BEZERRA FILHO, Aluizio. *Atos de improbidade administrativa: Lei 8.429/92 comentada e anotada*. 2 ed. rev. e amp. Curitiba: Juruá, 2014.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.
- BITTAR, Walter. *O modelo de investigação mista: a improbidade administrativa e os limites ao prêmio da delação premiada*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-modelo-de-investigacao-mista-a-improbidade-administrativa-e-os-limites-ao-premio-da-delacao-premiada-por-walter-bittar/>>. Acesso em: 10 set. 2018.

CALAMANDREI, Piero. *Criteri per la definizione dei provvedimenti cautelari*. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Padova: Cedam, 1936.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

COURA, Alexandre de Castro; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista do Tribunais*. vol. 969. Ano 105. São Paulo: Ed. RT, jul. 2016. p. 148-159.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

HOLANDA JR., André Jackson de; TORRES, Ronny Charles Lopes. *Improbidade administrativa: Lei nº 8.429/92*. 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, n. 4.10, p. 148, 2002.

LOPES JR., Aury. *O tempo como pena processual: em busca do direito de ser julgado em um prazo razoável*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=458>. Acesso em: 10 set. 2018.

LOUREIRO, Valtair Lemos. *Microsistema processual coletivo e a tutela do patrimônio público*. Curitiba: Juruá, 2015.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZEI, Rodrigo Reis. A Ação Popular e o microsistema da tutela coletiva. In: Gomes Junior, Luiz Emanuel (coord.). *Ação Popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4.717/65*. São Paulo: RCS, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Gustavo Senna. Tutela repressiva da improbidade administrativa: princípios informadores e microsistema. In: FARIAS, Cristiano Chaves de *et al* (orgs). *Estudos sobre Improbidade Administrativa: em homenagem ao Professor J.J. Calmon de Passos*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa: Legislação comentada artigo por artigo*. Niteroi: Impetus, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho de Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANTOS, Maria Charpinel. *A competência na ação de improbidade administrativa*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=05da33eab200f4c5>>. Acesso em: 12 set. 2018.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

SILVA, Rodrigo Monteiro da. *Corrupção e controle social: A transparência como elemento de aperfeiçoamento da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018.

_____; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Alienação antecipada de bens em processos de apuração de atos de improbidade administrativa: uma abordagem a partir do dever fundamental de colaboração com a Justiça. *Revista RePro*. São Paulo, Ano 42; Vol. 267, p. 431-456, maio/2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros. 2000.

CORRUPÇÃO: UMA PERSPECTIVA DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM PARA O SEU ENFRENTAMENTO

CORRUPTION: FIGHTING AGAINST CORRUPTION WITH A PERSPECTIVE FROM THE PHILOSOPHY OF LANGUAGE

Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Por um novo foco no combate à corrupção. 3. Formas de vida para compreensão do fenômeno da corrupção. a) Exemplo dos agentes políticos, chefia e demais colegas; b) Capacitação em integridade; c) Tratamento legítimo da administração aos seus funcionários (criação de vínculos de lealdade com o interesse público). 4. Conclusão.

Resumo: O presente artigo busca promover algumas reflexões no sentido de trazer um novo foco do combate à corrupção, partindo-se de concepções desenvolvidas pela filosofia da linguagem, especialmente com base na ideia wittgensteiniana de 'forma de vida', que ressalta a importância da força comunicativa do ensinamento e da costura de laços de lealdade entre os servidores públicos e uma administração íntegra.

Palavras-chave: Corrupção. Filosofia da Linguagem. Formas de Vida. Práticas. Exemplos. Capacitação. Integridade. Lealdade.

Abstract: This article develops some reflections about a new perspective for the fight against corruption, based on some conceptions developed by the philosophy of language, especially with the wittgensteinian idea of 'forms of life', that highlights the relevance of the communication and the strength of loyalty between the public employees and the administration with integrity.

¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha. Mestre em Criminología y Ciencias Forenses pela mesma Instituição. Foi pesquisador-visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Professor Titular do Programa de Doutorado em Ciências Penais da Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales da Universidad San Carlos de Guatemala. É Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: rlfcabral@mppr.mp.br.

Keywords: Corruption. Philosophy of Language. Forms of life. Practices. Exemples. Training. Integrity. Loyalty.

1. INTRODUÇÃO

O problema da corrupção é, sem sombra de dúvidas, um grande desafio a ser enfrentado pelas nações. A compreensão desse fenômeno intriga estudiosos e leigos. Muitas vezes não se compreende, por exemplo, como é que gente abastada financeiramente ou mesmo pessoas com elevado grau de instrução acaba, por vezes, se envolvendo nesse tipo de atividade ilícita.

A explicação tradicional para os atos de corrupção busca identificar alguma sorte de defeito no caráter de pessoas envolvidas em tais atos.

Por outro lado, a solução protagonista para debelar essas práticas tem nas alterações legislativas a sua principal força gravitacional.

No presente trabalho, porém, a ideia é focar em uma outra perspectiva do enfrentamento à corrupção, é dizer, o objetivo aqui é, ainda que de forma inicial, estudar o fenômeno desde uma visão preventiva, não por meio da punição, mas pelo ensinamento.

Isso porque defende-se aqui que as transformações culturais em larga escala são obtidas prioritariamente por meio do ensinamento, ostentando, assim, a repressão uma função complementar – ainda que relevantíssima. Daí porque se busca, no presente trabalho, trazer algumas reflexões centradas nesse foco de transformação cultural.

Desse modo, neste artigo não serão abordados os importantes temas relativos às alterações legislativas nem ao comentário específico de tipos penais. O foco será a mudança de comportamento, por meio da linguagem.

2. POR UM NOVO FOCO DO COMBATE À CORRUPÇÃO

Parece existir um consenso, nos seguimentos progressistas de nossa sociedade, no sentido de que o tema da corrupção é um dos mais sérios problemas que o Brasil tem e que merece um enfrentamento urgente e efetivo.

Há, porém, um senso comum, principalmente entre os juristas, que o caminho mais rápido e seguro para diminuir o grau de corrupção em nosso país para níveis, no

mínimo, aceitáveis, estaria no aprimoramento de nossa legislação repressiva e processual.

A visão que será aqui apresentada, porém, é um pouco diversa. A nosso sentir, não serão as leis sozinhas que irão salvar o país das chagas da corrupção, muito embora – e é bom deixar isso bem claro – a legislação, principalmente com o fortalecimento das agências e métodos de repressão à corrupção, tem papel imprescindível nessa jornada.

Sem embargo, de nada adianta termos uma legislação exemplar e agências de repressão extremamente eficientes (situação que infelizmente, ainda, não temos), se a cifra oculta dos casos de corrupção é extremamente grande e se persiste uma forte corrupção sistêmica no Brasil.

Desse modo, nos parece que o principal foco para a diminuição substancial dos atos de corrupção residiria numa mudança cultural em relação à forma com que pessoas tratam o dinheiro e os interesses públicos, em especial os funcionários públicos². São as práticas corruptas e sua reiteração desenfreada que geram um sem-número de casos, dificilmente solucionáveis, em larga escala, pelo sistema repressivo tradicional, que deve ser complementar às alterações civilizatórias de uma nação.

É imprescindível, pois, refletirmos sobre como é possível uma mudança dessa cultura, dessas formas de vida³.

3. FORMAS DE VIDA PARA COMPREENSÃO DO FENÔMENO DA CORRUPÇÃO

Quem estuda o fenômeno da corrupção frequentemente se depara com as seguintes perguntas: Por que há pessoas que se prestam a praticar atos de corrupção como, por exemplo, desvio e apropriação de dinheiro público, uso de bens públicos para fins particulares, instrumentalização dos serviços públicos para benefício de parentes ou amigos? Como é que gente abastada financeiramente ou mesmo pessoas com elevado grau de instrução acaba, por vezes, se envolvendo nesse tipo de atividade ilícita? E, por outro lado, como é possível existir gente tão ciosa dos

² É bom deixar claro, porém, que o Brasil, sem dúvida nenhuma, tem órgãos e instituições públicas que ostentam um excelente grau de integridade. O que se propõe aqui é mudar a banda podre do serviço público e político que insiste em utilizar os recursos públicos como instrumento de enriquecimento privado.

³ Como se verá a seguir, esse é um termo proposto por Wittgenstein e que será adotado neste trabalho.

interesses e patrimônio públicos? O que diferencia esse abismo de integridade existente, muitas vezes, entre servidores públicos? Quais são as causas e as soluções para esse problema?

Para desenhar uma resposta a essas indagações, é importante ter-se claro que, geralmente, parte-se de uma compreensão equivocada do fenômeno da corrupção.

Pensa-se, normalmente, que a corrupção decorre de um defeito de caráter. Essa ideia, porém, é tributária de uma visão subjetivista tipicamente kantiana, em que a ética era extraída da lei moral interna do indivíduo.

Essa concepção pode ser sintetizada pela bela e conhecida passagem de Kant: “*Dois coisas me encham o ânimo de admiração e respeito: (...) o céu estrelado acima de mim e a lei moral que está em mim*”⁴.

Já a solução proposta para o problema da corrupção centrada no aprimoramento legislativo decorre do fetiche juspositivista – que ainda goza de grande prestígio entre nós – de crer que a lei constitui, por si só, instrumento privilegiado de alteração da realidade social.

De tal maneira, é possível afirmar que o subjetivismo kantiano e o positivismo jurídico vêm servindo de fundamento filosófico com base nos quais têm sido construídas as soluções tradicionais para o problema da corrupção e que, em nossa opinião, têm se mostrado insuficientes para reagir frente a esse fenômeno.

Diante disso, pretendemos aqui propor um cambio de perspectiva, para que a compreensão do tema seja iluminada pelo paradigma da filosofia da linguagem, notadamente daquela fundada por Ludwig Wittgenstein, a partir de sua obra *Investigações Filosóficas*.

Para tanto, é interessante invocar uma das concepções centrais do pensamento de Wittgenstein: a ideia de formas de vida (*lebensform*).

Para Wittgenstein a vida social humana não é pautada exclusivamente por predileções individuais da pessoa, mas sim é guiada, fundamentalmente, por regras,

⁴ KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Trad. de J. Rovira Armengol. Buenos Aires: Losada, 2003, p. 145. De acordo com Dekens: “(...) apenas a presença em nós da obrigação, ainda que jamais fosse acompanhada de efeitos, representa para Kant o ponto de partida de toda filosofia prática, caráter admirável da humanidade, analogon ético do céu estrelado acima de nossas cabeças.” DEKENS, Olivier. *Compreender Kant*. Trad. Paula Silva. São Paulo: Loyola, 2008, p. 86. Sem embargo, como explica Rorty, essa visão não vem somente de Kant: “Desde siempre, la filosofía moral ha ido diciendo que en nuestras almas está implantado lo que Plantón llamó una reminiscencia de la idea del bien y lo que Kant denominó la ley moral en nuestro interior.” RORTY, Richard. *Filosofía y Futuro*. Trad. Javier Calvo y Angela Ackermann. Barcelona: Gedisa, 2008, p. 160.

não necessariamente jurídicas, que nos permitem reconhecer o certo e o errado, criando um hábito intersubjetivo capaz de indicar um horizonte de ação a ser seguido pelo sujeito.

São essas práticas que nos guiam, orientam a forma como devemos nos comportar e pautam, em nosso dia-a-dia, como de fato nos comportamos.

Tais normas práticas são construídas intersubjetivamente, por meio da linguagem, do ensinamento e da aprendizagem que temos ao longo da vida, de acordo com o contexto de nossa cultura, tradição e sociedade.

Como afirma Glock: *“uma forma de vida é uma formação cultural ou social, a totalidade das atividades comunitárias em que estão imersos os nosso jogos de linguagem.”*⁵

De acordo com Wittgenstein:

*o fato de que agimos desta ou daquela maneira; por exemplo, punimos certas ações, determinamos os estados de coisas dessa ou daquela forma, damos ordens, relatamos, descrevemos cores, interessamo-nos pelos sentimentos alheios. O que deve necessariamente ser aceito, o que é dado – poder-se-ia dizer – são fatos da vida//formas de vida.*⁶

O eixo de referência de nossa forma de vida é a linguagem vista como comportamento, como práticas, como hábito.

Assim, cada pessoa está inserida em uma pauta standard de conduta, dentro do qual a linguagem tem uma função prática. Daí porque *“reconhecer o alcance e limites precisos da linguagem”* é um instrumento primário para o entendimento do comportamento humano⁷.

Conforme sustentam Toulmin e Janik:

Portanto, para o ‘último’ Wittgenstein, a ‘significação’ de qualquer expressão está determinada pelas atividades que se servem de símbolos, que estão conformadas pelas regras (‘jogos de linguagem’), dentro das quais as expressões em questão são utilizadas em seu uso convencional; e, por sua vez, essas atividades, que se servem de símbolos, extraem sua significação das mais vastas pautas de

⁵ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Trad. Helena Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 174.

⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Remarks on the Philosophy of Psychology*, §630, *apud* GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Trad. Helena Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 174.

⁷ JANIK, Allan; TOULMIN, Stephen. *La Viena de Wittgenstein*. Madrid: Taurus, 1998, p. 284.

*atividades (ou 'formas de vida'), nas quais estão incrustadas e das quais são um elemento constitutivo. A solução final que Wittgenstein deu ao inicial problema 'transcendental' consiste, pois, em chegar a reconhecer todas as multiformes maneiras como as 'formas de vida' criam contextos legítimos para os 'jogos de linguagem', e como, por sua vez, eles limitam o alcance e os confins do dizível.*⁸

Assim, o agir ético de uma pessoa não decorre, como defendia Kant⁹, de uma obrigação moral universal de atuar justamente, concepção essa tributária da denominada filosofia do sujeito, a nosso ver, já superada pelo paradigma da filosofia da linguagem, seja em uma perspectiva pragmática, seja em uma perspectiva hermenêutica¹⁰.

São as formas de vida, costuradas intersubjetivamente, que apresentam os caminhos éticos que cada indivíduo, mergulhado nesse contexto de regras e práticas sociais, irá trilhar¹¹.

O agir ético não vem do indivíduo, mas daquilo que ele aprendeu em sua família, em seus círculos de amizade e de trabalho, em sua comunidade e na sociedade em que vive.

Desse modo, a partir do momento em que compreendemos que as formas de vida têm grande influência na prática ou não de atos de corrupção, passamos a entender como as pessoas desenvolvem o seu caminho de vida e, conseqüentemente, estamos habilitados a identificar com maior clareza como é possível promover hábitos que se identifiquem melhor com a pauta normativa que nossa Constituição, republicana e democrática, tem como a adequada.

⁸ JANIK, Allan; TOULMIN, Stephen. *La Viena de Wittgenstein*. Madrid: Taurus, 1998, p. 285.

⁹ Concepção kantiana essa que ainda é muito forte em nossos meios acadêmicos, principalmente no meio jurídico.

¹⁰ Nas palavras de Habermas: "*las filosofías pragmáticas y hermenéutica cuestionan las pretensiones de fundamentación y auto fundamentación del pensamiento filosófico con mayor intensidad que los seguidores críticos de Kant y Hegel. Estas filosofías abandonan ya el horizonte en el que se mueve la filosofía de la conciencia, con su modelo de conocimiento basado en la percepción y la representación de objetos. En lugar del sujeto aislado, que se orienta hacia los objetos y se convierte él mismo en objeto en el proceso de reflexión, no solamente aparece la idea de un conocimiento mediado lingüísticamente y referido a la acción, sino también el nexo entre la praxis y la comunicación cotidianas, en las que se inscribe las realizaciones cognitivas que en su origen son intersubjetivas al tiempo que cooperativas.*" HABERMAS, Jürgen. *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*. Trad. Ramón Cotarelo García, Madrid, Editora Trotta: 2008, pp. 20-21.

¹¹ Conforme afirma Rorty: "*a obrigação moral não se obtém de uma natureza ou de uma fonte distinta da tradição, o hábito ou o costume. A moralidade não é nada mais do que um novo e controvertido costume.*" RORTY, Richard. *El pragmatismo, una versión: antiautoritarismo en epistemología y ética*. Barcelona: Ariel, 2000, p. 206.

Os caminhos para tal desenvolvimento, é importante deixar bem claro, não podem ser traçados metafisicamente. Não há um método universal de superação da corrupção.

Com base em tais premissas é que devemos construir uma estratégia para o aprimoramento de nossas formas de vida, no contexto da prevenção à corrupção, sendo que, em países com histórico de práticas corruptas¹², como o Brasil, esse esforço certamente deve ser muito maior¹³.

É importante notar, porém, que o desafio de coordenar as formas de vida das pessoas para rejeitarem a corrupção é uma missão muito menos complexa do que a de alterar as formas de vida da população em geral, no que diz respeito à criminalidade. Isso porque o número de pessoas que, de alguma forma, tem poder de exercício ou mando sobre (ou mesmo contato com) bens ou interesses públicos é muito mais reduzido do que as possibilidades de práticas delitivas desvinculadas desse contexto.

Além disso, essas pessoas sujeitas a atos de corrupção pública são, em geral, funcionários públicos, portanto, submetidos ao regime jurídico estatal, sendo que a

¹² Sobre essa relação entre cultura, corrupção e possibilidade de mudança, vale a pena trazer o seguinte trecho do artigo de introdução de Rose-Ackerman ao Manual Internacional sobre a Economia da Corrupção: *“Alguns alegam que profundos fatores culturais, históricos e sociais são os motivos determinantes para a corrupção e também explicam o impacto da corrupção no crescimento econômico e outras variáveis. Muitos capítulos deste Manual apontam nessa direção, e provas empíricas apoiam algumas, mas não todas, essas conclusões. Utilizar esses resultados literalmente é um conselho de desespero, pois sugerem que os países não podem escapar de suas histórias. Se a ‘cultura’ de um país inexoravelmente gera corrupção, os responsáveis pela política podem acabar desistindo de um projeto de reforma. Isso parece demasiadamente terrível. É claro que, a realidade dos dias atuais, inclusive as instituições existentes, são influenciadas pela história e cultura. O trabalho estatístico pode concluir que a mortalidade dos colonos, a herança colonial, a religião, a distancia do equador, são importantes causas para as instituições atuais. Isso, porém, não significa que um país, que tem como pano de fundo condições associadas à corrupção e ao baixo crescimento, não possa mudar. Muito embora, isso sugira que essas mudanças precisariam ser muito mais radicais e mais difíceis de alcançar do que em outros países”*. ROSE-ACKERMAN, Susan. *Introduction and Overview in International Handbook on the Economics of Corruption*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2006, p. XX.

¹³ Nesses casos de cultura amigável às práticas corruptas, o Direito e outros instrumentos de ensinamento social têm uma dificuldade muito maior para justificar-se e devem fazer um esforço, ainda maior, para tornar públicas e convencer determinado grupo de pessoas a seguir as normas de integridade, que se mostram contraintuitivas a essas comunidades. É dizer, nos casos em que as normas não estão alinhadas as práticas habituais de determinado grupo de pessoas. (ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 55-56). Isso ocorre pois, quando *“el Derecho entra en conflicto con la intuición lega será necesario un esfuerzo específico de instrucción”* (ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 91), uma vez que as dúvidas sobre a pretensão de verdade de opiniões devem ser eliminadas mediante explicações e afirmações, já que o discurso deve estar fundamentado em boas razões (ETCHEVERRY, José Luiz. *Advertencia a la edición castellana*. En HABERMAS, Jürgen. *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*. Madrid: Cátedra, 1999, p. 13).

administração tem a possibilidade de intervir junto a essas formas de vida de modo muito mais efetivo do que tem em relação aos demais cidadãos.

Se aceitarmos, portanto, que as formas de vida têm grande influência¹⁴ na prática ou não de atos de corrupção¹⁵, a pergunta que surge necessariamente é: como podemos aprimorar as formas de vida dessas pessoas¹⁶?

A resposta genérica parece clara: por meio da linguagem.

A ideia aqui, porém, é concretizar um pouco mais essa resposta, apontando alguns caminhos, não exaustivos, para elevar o nível de integridade na atuação da administração pública brasileira.

Nesse sentido, é certo que as normas jurídicas são evidentemente uma forma de comunicação. Elas, como tal, ostentam uma inegável pretensão de validade¹⁷. É dizer, ao enunciar seu comando normativo, as normas veiculam uma pretensão, uma expectativa de comportamento com relação ao cidadão, que pode com ela concordar ou discordar, ou seja, pode cumprir o que ela comunica ou não.

Essa visão da norma com pretensão de validade, também, é defendida por Habermas:

¹⁴ Evidentemente, não se trata de uma questão de causa e efeito. Muito longe disso, não cremos, nem um pouco, na ilusão de que a tarefa do filósofo é a de colocar a filosofia (ou o direito) no caminho seguro da ciência, como defendia AYER em seu *Language, True and Logic*. As formas de vida somente podem ser compreendidas dentro do seu contexto, considerando-se, inclusive, as causas extraordinárias da sua história pessoal que podem, eventualmente, afastar o indivíduo daquilo que ordinariamente faria (v.g. funcionário com uma filha com câncer, que necessita desesperadamente de dinheiro para o tratamento, pode eventualmente praticar um ato de corrupção, muito embora tenha uma prática de vida extremamente honesta). Jamais podemos nos esquecer do contexto!

¹⁵ É importante também esclarecer que, muito embora no texto estejamos utilizando o termo corrupção, o fazemos mais para fins de leveza do texto. Não é de se ignorar que a doutrina tem sérias dificuldades de conceituar o termo corrupção. Vide, a respeito da complexidade da discussão, a dificuldade na conceituação de corrupção policial (ou seja, é extremamente difícil conceituar uma pequena parte das corrupções possíveis) em DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *Corrupção Policial*, in Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público. SALGADO, DALLAGNOL e CHEKER (org.). Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 214-223. Em nossa visão, é impossível conceituar corrupção com base nas premissas da filosofia do sujeito (ou seja, uma ideia de conceito como espelho da realidade – visão essencialista). O único caminho possível, nos parece, é a partir da ideia wittgensteiniana de semelhança de família (*Familienähnlichkeit*), mas esse desafio ultrapassa os limites do presente trabalho.

¹⁶ Ou poderíamos perguntar, como fizeram Toulmin e Janik: “¿Qué pasa si las lebensformen de una sociedad particular están de tal manera estructuradas que sistemáticamente frustran la expresión de juicios honestos y con buenos principios?” JANIK, Allan; TOULMIN, Stephen. *La Viena de Wittgenstein*. Madrid: Taurus, 1998, p. 336.

¹⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVÉS ANTÓN, Tomás Salvador. Derecho Penal, Parte General. 5ª Ed. Valencia: Tirant la Blanch, 1999, pp. 273-274. Y, como afirma Vattimo: “toda pretensión de validez (...) está fundada en una factible puesta en común (condivisibilità) del proyecto que propone.” VATTIMO, Gianni. Presentación. in RORTY, Richard. *Una ética para los laicos*, Buenos Aires: Katz, 2009, p. 11.

O modelo adequado é, melhor dizendo, o da comunidade de comunicação dos interessados que, como participantes de um discurso prático, examinam a pretensão de validade das normas e, na medida em que as aceitam com razões, chegam à convicção de que as normas propostas, nas circunstâncias dadas, são corretas. O que fundamenta a pretensão de validade das normas não são os atos irracionais de vontade das partes contratantes, mas sim o reconhecimento, motivado racionalmente, das normas que podem ser problematizadas a qualquer momento. Portanto, o ingrediente cognitivo das normas não se limita ao conteúdo proposicional das expectativas de condutas normatizadas; a pretensão de validade normativa, como tal, é cognitiva no sentido de uma suposição (ainda que contra-fática) de que seria possível de ser corroborada normativamente, fundamentando-a num consenso dos participantes, obtido mediante argumentos. Uma ética construída sobre a base de imperativos equivoca-se sobre a genuína dimensão de uma justificação possível dos argumentos práticos: a argumentação moral.¹⁸

Assim, é a comunicação de boas razões, com argumentação racional e persuasão, que torna possível convencer o cidadão, o funcionário público, a seguir a norma, criando com ela laços de lealdade e alterando suas formas de vida.

Essa comunicação de boas razões pode ser feita de diversas maneiras, sendo que, para fins deste artigo, enumeram-se, pelo menos, as três perspectivas que nos parecem mais importantes: a) o exemplo dos agentes políticos, da chefia e dos outros colegas para a criação de um hábito de integridade em determinada unidade do serviço público; b) a capacitação dos funcionários públicos em matéria de integridade; e c) o tratamento legítimo da administração aos seus funcionários, para que seja possível a criação de vínculos de lealdade com o interesse público.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*. Cátedra, Madrid, 1999, p. 176. Desenvolvendo um pouco mais essa ideia, confira-se: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo y lenguaje: hacia una nueva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2017, pp. 73 e ss.

a) Exemplo dos agentes políticos, chefia e demais colegas

Inicialmente, é fundamental ressaltar a imensa força comunicativa do exemplo, em especial daqueles que estão no topo hierárquico de determinado Poder, Instituição ou unidade administrativa.

Os exemplos nada mais são do que as práticas, os hábitos realizados em determinado ambiente. Quando esse exemplo é oriundo da pessoa que tem a maior responsabilidade e visibilidade de atuação, ele acaba marcando o tom da forma de vida a ser praticada em determinado contexto.

Assim, quando um agente político é eleito ou escolhido por conta de critérios outros que não sua capacidade para cumprir as funções¹⁹ ou que tenha sido eleito com base em fundamentos espúrios (v.g. compra de apoio político, recebimento de doações eleitorais como moeda de troca para futuros benefícios decorrentes do exercício da função do eleito), não há dúvidas que sua atuação já entra comprometida por um *deficit* de legitimidade e dificilmente terá ele a capacidade (ou o interesse) de reger sua atuação pela batuta da ética.

Aliás, nesse tema, os partidos políticos poderiam ter atitudes verdadeiramente revolucionárias; poderiam realizar um rigoroso filtro ético sobre aqueles que são escolhidos para ser candidatos ou mesmo aqueles que são escolhidos para cargos políticos ou em comissão na administração pública.

Infelizmente, esse não é o *lebensform* adotado pela maioria das siglas partidárias em nosso país. Muita gente não está disposta a pagar o preço da integridade.

Claro que não podemos ser ingênuos, a integridade, em especial nesses aspectos, tem um alto custo pessoal: existe, infelizmente, muita gente com práticas corruptas, que tem um enorme eleitorado cativo ou grande poderio político ou econômico para influenciar a conduta de outros políticos ou mesmo de uma bancada no parlamento.

¹⁹ Não se está aqui a criticar as escolhas políticas. Os agentes políticos devem, evidentemente, guardar afinidade ideológica com o governante eleito. O que se critica é a escolha de pessoas que não tenham nenhuma potencialidade, por exemplo, para exercer um Ministério ou uma Secretaria Estadual, em casos em que o único critério para a escolha foi o de acomodar interesses fundados no famoso *'toma-lá-dá-cá'*. A situação é muito mais grave, quando a pessoa escolhida já tenha um histórico ou projeto de vida desvinculados da integridade e do interesse público.

É óbvio que essa falta de integridade na política é muito conveniente, inclusive para aqueles que não desviam, recebem ou se apropriam de dinheiro público, ou seja, aqueles que se olham no espelho e se veem como pessoas honestas.

Isso porque a falta de ética facilita muito a vida da situação, do governo, uma vez que aprovam projetos de lei com maior facilidade, mantêm a governabilidade sem grandes debates ou entraves e o tom das críticas é muitas vezes amenizado. Mas nada disso é de graça.

Esse é o *lebensform* que rege a prática política em muitas esferas de governo e da federação, inclusive nas relações entre Poderes e Instituições.

Por isso que – para seja possível falar seriamente em combate à corrupção – deve-se mudar radicalmente a forma de fazer política no Brasil. E, com o devido respeito dos que pensam em contrário, não será uma mudança na Constituição que fará isso, nem mesmo uma reforma política (que, claro, pode ajudar – jamais resolver o problema).

Essa reforma ética somente se dará “*mediante um processo de desarticulação das práticas existentes e criação de novos discursos*”²⁰. É dizer, ou se transforma radicalmente essa práxis política ou o futuro não nos oferecerá um horizonte muito promissor em tema de diminuição da corrupção²¹.

Não são, porém, apenas os agentes políticos que devem mudar. Em uma perspectiva microcós mica, essa mudança de práticas deve também ser levada a efeito em todas as unidades administrativas.

Nesses casos é, também, de rigor que os funcionários dos mais altos escalões apresentem postura exemplar no exercício das suas funções, evitando qualquer uso instrumental dos bens e serviços públicos, rejeitando com veemência qualquer prática antirrepublicana.

Da mesma forma, devem buscar a punição exemplar daqueles que têm desvio de conduta, sem qualquer sentimento de apadrinhamento, proteção ou omissão. Sem embargo, não há dúvidas, cortar na carne gera desgastes, incompreensões e, inclusive, represálias. A tarefa não é fácil, mas é o caminho correto e imprescindível para a mudança.

²⁰ MOUFFE, Chantal. *En torno a lo político*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 40.

²¹ Conforme afirma Rose-Ackerman sobre mudanças para o combate à corrupção: “*Reformas não ocorrem no vácuo, mas são profundamente afetadas pelo contexto político no qual são implementadas.*” ROSE-ACKERMAN, Susan. *Introduction and Overview* in *International Handbook on the Economics of Corruption*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2006, p. XXI.

Assim, fundamental que as Instituições e os detentores de cargo de hierarquia superior pratiquem uma postura comunicativa muito clara para os outros funcionários, no sentido de que as práticas administrativas naquela unidade devem ser pautadas pela mais límpida ética.

Uma chefia corrupta, leniente ou conivente com os desvios éticos acaba, em última análise, autorizando implicitamente que os funcionários de escalão inferior sigam o mau exemplo.

Da mesma forma a conduta dos demais colegas é um barômetro para analisar a existência de práticas corruptas. Uma unidade administrativa em que seja a regra a prática de condutas de corrupção (p. ex. uma delegacia de polícia em que os investigadores e escrivães têm costume de extorquir investigados, testemunhas e vítimas) cria-se um ambiente bastante hostil às condutas éticas de funcionários novos que lá cheguem.

Assim, o ambiente²² de cada unidade administrativa com relação à corrupção é um sintoma muito relevante para a identificação e solução de problemas de corrupção²³. Nesse sentido, via de regra, o tom dado nesse ambiente está (ou deveria estar) sob a batuta da chefia, salvo naqueles contextos de degradação ética tão

²² Aqui é muito importante o ambiente, as práticas. Não devemos cair na visão protetora do sistema consagrada pela denominada teoria da maçã podre, como consigna Dallagnol: *“Não se pode adotar uma visão simplista das causas da corrupção policial, como a teoria da maçã podre, segundo a qual a corrupção é um problema meramente particular, envolvendo o indivíduo desonesto (a metáfora se refere ao fato de que os policiais corruptos seriam apenas algumas poucas maçãs podres do barril). Tal concepção não raro é apregoada publicamente por chefes de corporações policiais que buscam com isso defender a imagem de suas instituições e a eficiência de sua liderança e supervisão através do ‘isolamento’ do problema, que ‘solucionam’ demitindo o policial desviado e apregoando que agora a instituição está novamente ‘limpa’. A teoria da maçã podre, segundo a Comissão Knapp que investigou a corrupção policial em Nova Iorque, tem duas premissas: ‘primeiro, a moral do Departamento exige que não haja um reconhecimento oficial da corrupção, ainda que praticamente todos os membros do Departamento saibam que ela existe de modo extenso; segundo, a imagem e efetividade públicas do Departamento exigem uma negação oficial dessa verdade’.”* DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *Corrupção Policial*. In SALGADO; DALLAGNOL; CHEKER (org.). *Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 255.

²³ Esse dado é tão relevante que, inclusive, uma das formas de classificação da corrupção toma eles em conta. É possível, portanto, dividir-se essa análise em dois tipos de corrupção: (i) corrupção praticada por agentes de nível inferior que se beneficiam de uma oportunidade para corrupção e (ii) corrupção sistêmica praticada em larga escala, sendo que, nesta última, em alguns casos mais graves, é possível constatar: a) quando um braço do poder público está organizado de modo a operar como um máquina geradora de renda; b) quando uma democracia nominal pode ser determinada pelo sistema eleitoral corrupto em que o dinheiro determina o seu resultado; c) quando os governos se engajam em grandes projetos e transferem ativos de modo a acarretar efeitos significativos na saúde dos negócios de organizações nacionais e estrangeiras. Cf.: ROSE-ACKERMAN, Susan. *Introduction and Overview* In *International Handbook on the Economics of Corruption*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2006, p. XVII.

profunda que mesmo os superiores acabam vendo-se incapazes de promover mudanças²⁴.

b) Capacitação em integridade

Uma das formas mais importantes para apresentar boas razões com a finalidade de convencer as pessoas a aprimorarem seu modo de vida adotando uma prática mais ética é a comunicação de uma aprendizagem que, no âmbito dos funcionários públicos, pode ocorrer por meio da capacitação em integridade.

Sobre a importância da função educacional, assim argumenta Zygmunt Baumann:

*O principal instrumento moderno para criação do código de escolha foi a educação. Trata-se de um esforço institucionalizado para instruir e treinar os indivíduos na arte de usar sua liberdade de escolha dentro da agenda estabelecida legislativamente. A educação visa a prover os optantes de sinais de orientação, regras de conduta e, acima de tudo, valores que orientem a opção, ou seja, dotá-los da capacidade de distinguir entre as razões corretas e incorretas de preferência e da inclinação a seguir aquelas e evitar essas. A educação visa a induzir os indivíduos a internalizar as normas que dali em diante guiarão a sua prática.*²⁵

Desse modo, com vistas a criar um hábito ético no funcionalismo público e nas suas relações com o sistema privado, é fundamental que, com periodicidade,

²⁴ Nesse sentido também afirma Dallagnol a respeito da corrupção policial: “Segundo IVKOVIC, os chefes de corporações policiais normalmente têm grande poder e controle sobre todo o funcionamento da organização, de modo que sua postura quanto à corrupção e abuso de autoridade, refletida não só em palavras mas especialmente em atitudes, tem um impacto significativo no comportamento dos policiais. Dentre as atitudes do chefe com impacto no comportamento da corporação estão o próprio comportamento honesto ou corrupto do chefe, a reação diante da corrupção alheia (a quem a reação se estende, bem como qual a intensidade e severidade da reação), e a prioridade que confere ao assunto (corrupção) na sua pauta de planejamento, coordenação, organização e controle, estando englobados aí o estabelecimento de mecanismos de supervisão, regras claras contra a corrupção, combate ao ‘código de silêncio’ etc. Quando o chefe ‘fecha os olhos’ para o programa e o nega, os liderados tendem a ver a liderança como corrupta, ingênua, incompetente ou incapaz de fazer frente à corrupção ou ao abuso. Quando o chefe adota a ‘teoria da maçã podre’, ele deixa de perceber as necessidades de reforma institucional e concede livre campo para que o comportamento desviado se desenvolva. PUNCH assevera que o líder da corporação é peça essencial para uma mudança institucional e que pode restaurar ordem e disciplina.” DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Corrupção Policial. In SALGADO; DALLAGNOL; CHEKER (org.). Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 265-267.

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, p. 79.

recebam esses servidores uma capacitação adequada para a mudança ou reforço de um *lebensform* íntegro.

Evidentemente, essa capacitação tem que se assentar em boas razões; tem que se estabelecer de forma dialógica; horizontal e não hierarquizada; de maneira ética e não instrumental. Aqui, vale a força do melhor argumento²⁶.

Está claro, também, que os cursos em que há um discurso unilateral, autoritário e com uma visão que desconsidera o contexto interno da vida dos funcionários destinatários dificilmente gera os efeitos pedagógicos pretendidos.

Da mesma forma, os discursos moralistas, com frases de efeito e impregnadas de senso comum sobre a corrupção, também, geram pouco efeito de transformação.

Os cursos devem apresentar um bom aprofundamento teórico, mas sem descurar do seu objetivo primordial de orientar e ensinar como deve ser um comportamento correto em determinados grupos de casos.

Os cursos, por isso, devem ser voltados ao contexto específico de cada carreira, de cada região do país e devem abordar os problemas e dilemas específicos enfrentados pelo auditório de servidores que está em treinamento.

Assim, por exemplo, os policiais militares devem ter uma orientação sobre as situações do dia a dia da rua ou dos ambientes burocráticos que a PM enfrenta. Os policiais civis e federais devem focar nas suas respectivas tarefas que têm muitas características distintas das dos policiais militares. Os policiais de fronteira devem ter informações e orientações para os casos específicos de fronteira, os fiscais da receita para os casos que normalmente ocorrem nessa atuação e assim sucessivamente.

Cada carreira tem suas práticas específicas, e a capacitação deve respeitar essas diferenças e focar nas fragilidades e nas maiores exposições a riscos de corrupção que se apresentam para os respectivos servidores.

Ademais, os problemas nacionais e regionais nossos são muito característicos. Por isso, muito embora seja bastante relevante o aprendizado de boas

²⁶ Assim, também afirma Kindhäuser: “*La racionalidad, que exige la comunicación orientada al acuerdo, no es de naturaleza instrumental. Aquel que acepte argumentar exigencias de verdad o de valoración de forma discursiva, expresa ya con esto que la verdad y la valoración no se pueden encontrar por medio del engaño o de manipulaciones de las convicciones. Con la aceptación de un diálogo racional se reconoce implícitamente el principio de que solamente es válido el poder del mejor argumento. Este es el principio discursivo de la igualdad de derechos y de la responsabilidad común solidaria de todos los participantes.*” KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Bogotá: Univ. Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996, pp. 38-39.

práticas já empregadas em outras regiões ou países, dificilmente será possível combater os problemas locais e regionais com o mero transplante de práticas realizadas em outros contextos.

O convencimento e a argumentação podem e devem valer-se de argumentos racionais, mas também evocar argumentos sentimentais²⁷, tentando sensibilizar as pessoas da importância de um agir ético, das consequências gravíssimas que a corrupção acarreta da vida concreta de inúmeros brasileiros²⁸.

Ademais, deve fomentar os laços de lealdade entre os agentes públicos e os interesses republicanos, fomentando os ideais de uma causa pública, sendo certo que o desenvolvimento de uma sociedade se determina justamente pela sua capacidade de aprendizagem institucional²⁹.

A função educativa da capacitação é relevantíssima. É importante que se demonstre com razões e com sentimento a importância de um agir ético na administração pública. Em suma: trazer boas razões para que se insira, em nossas formas de vida, uma práxis de acordo com uma pauta de correção, de honestidade.

c) Tratamento legítimo da administração aos seus funcionários (criação de vínculos de lealdade com o interesse público)

Outro aspecto comunicativo fundamental diz respeito ao modo com que o Estado trata seus funcionários. Se a relação entre o Estado e os funcionários é de exploração seguramente eles terão poucos motivos para manter uma relação de fidelidade ou lealdade com as instituições para as quais trabalham.

²⁷ Rorty defende a diferenciação entre a discussão com base em razões e a educação com base no sentimento, conforme se verifica do seguinte trecho de seu livro: *“La mayor parte del proceso de educar no se basa en la argumentación, a menos que uno extienda al alcance del término ‘argumento’ más allá del reconocimiento intelectual. En particular, una parte muy importante de lo que es educar consiste simplemente en una apelación al sentimiento. Es verdad que la distinción entre esta apelación y un argumento es borrosa. No obstante, supongo que nadie dirá que hacer que un nazi empedernido vea películas sobre la apertura de los campos de concentración, o hacer que lea el Diario de Anna Frank, sea lo mismo que discutir (arguing) con él.”* RORTY, Richard. *El pragmatismo, una versión: antiautoritarismo en epistemología y ética*. Barcelona: Ariel, 2000, pp. 124-125.

²⁸ Veja-se que, conforme noticia Rorty, muitos professores para (re)educar jovens nazistas faziam com que os alunos lessem o Diário de Anne Frank para sensibilizarem-se com os horrores causados pelo nazismo. Alguns educadores para combater as ideias racistas ou homofóbicas também orientavam a leitura de livros como *Black Boy* e *A Boy's Life*. Cf. RORTY, Richard. *El pragmatismo, una versión: antiautoritarismo en epistemología y ética*. Barcelona: Ariel, 2000, pp. 79-137.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*. Madrid: Cátedra, 1999, p. 31.

Desse modo, a Administração tem que fomentar uma causa pública pela qual valha a pena lutar, bem como deve tratar seus funcionários de modo respeitoso, democrático e ético. Ademais, sob o aspecto financeiro, deve existir uma contraprestação justa e correspondente à responsabilidade, à exigência de formação educacional e aos riscos do cargo³⁰.

O agente público deve sentir-se prestigiado, sentir que a chefia está ao seu lado, compartilhando os mesmos ideais de concretização da causa pública.

A humilhação, a perseguição, o desrespeito, a atribuição de tarefas meramente burocráticas e sem uma finalidade específica, tudo isso contribui fortemente para a corrosão das relações de lealdade entre os funcionários e a administração.

Quando, por outro lado, o funcionário é valorizado, vê sentido no exercício de suas funções, vê que está contribuindo para uma causa pública, tem um líder democrático e com relações horizontais, fica muito mais facilitada a costura de relações de lealdade e os efeitos positivos na produtividade e integridade são bastante efetivos.

Ademais, deve a administração também ver seu agente com cuidado. Deve velar pela sua saúde física e mental, deve, ainda, – e isso é muito relevante para o combate à corrupção – estar atento à vida privada do agente, especialmente se está com filho doente, em conflito familiar ou se está passando por sérias dificuldades econômicas, sendo bastante importante a implementação de programas de auxílio psicológico, médico e, inclusive, de orientação financeira para os funcionários públicos.

Todos esses gestos são sinais comunicativos muito fortes de uma relação de atenção e cuidado com aquele que, em última análise, é a administração materializada em carne e osso.

Nesse sentido, vale trazer a análise de Tyler, professor da Universidade de Yale, sobre interessante estudo realizado por Kurt Lewin, que demonstra a força e a importância de uma liderança baseada na democracia e participação, ao contrário de uma liderança autoritária:

³⁰ Claro que não é tudo que os sindicatos e associações pleiteiam que deve ser atendido. Em um país como o nosso, em que a carência de recursos é a regra, todos temos que ter consciência de que 'o cobertor é curto'. Ademais, há muitas pautas associativas que longe estão de buscar o interesse público ou a melhora das condições de trabalho, muitas vezes veiculando apenas interesses corporativos para uma busca de 'mais poder'.

Uma distinção experimental chave introduzida no enfoque feito pela pesquisa de Lewin foi o comportamento de estudantes enquanto o líder estava presente e o comportamento enquanto ele estava ausente.

Descobriu-se que, quando um líder de um grupo autocrático deixava a sala de aula, o comportamento dos jovens mudava (o tempo de trabalho dos meninos baixava de 52% para 16%). Quando o líder era democrático, essa mudança não acontecia (por exemplo, o tempo de trabalho baixava apenas de 50% para 46%). Portanto, quando o tempo era motivado por meios democráticos, os meninos trabalhavam independentemente da presença da autoridade apresentando-lhes recompensas e/ou sanções. Lewin argumenta que uma liderança democrática, com participação, envolve a motivação interna dos meninos. Assim, o comportamento não está mais vinculado a presença de forças externas representadas pelo líder. Em lugar disso, o comportamento flui da motivação interna – do que os meninos querem fazer ou sentem o dever de fazer.³¹

Claro que toda pesquisa deve ser vista com certa parcimônia e atenção ao contexto no qual ela foi produzida. Não restam, porém, dúvidas sobre a importância que um trato adequado dos funcionários pela administração tem para uma atuação leal e compromissada dos funcionários. A administração deve vê-lo como um integrante, um companheiro de trabalho e de lutas, favorecendo, assim, a internalização das normas e a criação de lealdade, tornando, como consequência, o combate à corrupção uma tarefa muito menos árida.

Essas relações de lealdade devem ser fortalecidas com a Administração íntegra, e não com colegas aéticos. O estreitamento da relação funcionário-integridade faz com que os servidores, ao ver algum colega com atitude corrupta, o vejam como traidor, como alguém que está frustrando as expectativas de uma prática correta, afetando a imagem da administração como um todo. Isso é muito importante para evitar o terrível efeito da lei do silêncio ou das omissões de funcionários honestos quando presenciam atos de corrupção.

³¹ TYLER, Tom R. *Why people cooperate*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press, 2011, p. 04.

4. CONCLUSÃO

A título de conclusão, é importante ressaltar que o foco deste trabalho foi centrado basicamente em uma visão comunicativa-preventiva do enfrentamento à corrupção, pois – a nosso sentir – somente investindo nessa perspectiva é possível diminuir fortemente os níveis de corrupção.

Para isso, porém, é imprescindível a existência de vontade política e esclarecimento popular para cobrar que sejam realizadas as necessárias mudanças. Sem isso, fica muito difícil mudar ou as mudanças que são operadas acabam sendo feitas de forma muito tímida.

Continuando esse estado atual de coisas, a lógica da repressão vai acabar mantendo-se como a protagonista nesse cenário, quando o ideal é que ela fosse mera coadjuvante.

Claro que é imprescindível o aprimoramento de muitos institutos jurídicos e as mudanças da lei e da prática comunicativa devem caminhar juntas, uma complementando a outra, uma ajudando a outra.

Nesse sentido, deve-se celebrar a transparência, o controle social, horizontal, vertical, a melhora do sistema de controle financeiro, bem como deve ser desburocratizada e aprimorada a forma como se faz investigação, persecução e reparação dos danos, seja desde uma perspectiva penal, seja administrativa.

Esses aspectos, porém, extrapolam os estritos limites do presente trabalho que buscou realçar, repita-se, a importância da força comunicativa na prevenção à corrupção.

É evidente que as medidas aqui sugeridas não são exaustivas, nem tampouco seus resultados são automáticos e imediatos, mas sem sombra de dúvidas, nos parece, apresentam um horizonte promissor para o longo e árduo trabalho de combate à corrupção.

Desse modo, é de se reconhecer a complexidade dos problemas e a dificuldade de se mudar velhos hábitos. Isso, porém, – e sempre correndo o risco de parecer ingênuo – não deve inibir a incansável tentativa de mudança.

Afinal, o problema da corrupção não é um problema dos outros, ele é nosso. Ademais, não é um problema teórico, é prático, uma vez que somente com uma efetiva alteração de nossos hábitos será possível viver em uma sociedade que promove a ética e reprovava a corrupção.

BIBLIOGRAFIA

- BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo y lenguaje: hacia una nueva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2017.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVÉS ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal*, Parte General. 5ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *Corrupção Policial*. In SALGADO; DALLAGNOL; CHEKER (org.). *Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- DEKENS, Olivier. *Compreender Kant*. Trad. Paula Silva. São Paulo: Loyola, 2008.
- ETCHEVERRY, José Luiz. Advertencia a la edición castellana. In HABERMAS, Jürgen. *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*. Madrid: Cátedra, 1999.
- GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Trad. Helena Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, trad. Ramón Cotarelo García. Madrid: Editora Trotta, 2008.
- _____. *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*. Madrid: Cátedra, 1999.
- JANIK, Allan; TOULMIN, Stephen. *La Viena de Wittgenstein*. Madrid: Taurus, 1998.
- KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Trad. de J. Rovira Armengol. Buenos Aires: Losada, 2003.
- KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Bogotá: Univ. Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996.
- MOUFFE, Chantal. *En torno a lo político*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- RORTY, Richard. *El pragmatismo, una versión: antiautoritarismo en epistemología y ética*. Barcelona: Ariel, 2000.
- _____. *Filosofía y Futuro*. Trad. Javier Calvo y Angela Ackermann. Barcelona: Gedisa, 2008.

- ROSE-ACKERMAN, Susan. *Introduction and Overview in International Handbook on the Economics of Corruption*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2006.
- TYLER, Tom R. *Why people cooperate*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press, 2011.
- VATTIMO, Gianni. Presentación. In RORTY, Richard. *Una ética para los laicos*. Buenos Aires: Katz, 2009.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª. Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, edición del Instituto de Investigaciones Filosóficas de La Universidad Autónoma Nacional de México (traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines), 3ª ed. Barcelona: Editorial Crítica, 2010.
- _____. Remarks on the Philosophy of Psychology, §630, apud GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Trad. Helena Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO