



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

VINICIOS ALENCAR CAVALCANTE

**A LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI N° 12.846/2013) ANTE O DEVER DA BOA
ADMINISTRAÇÃO**

**FORTALEZA
2015**

VINICIOS ALENCAR CAVALCANTE

A LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI Nº 12.846/2013) ANTE O DEVER DA BOA
ADMINISTRAÇÃO

Monografia submetida à Coordenação
do Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Áreas de concentração: Direito
Administrativo e Direito Constitucional.

Orientador: Professor Mestre William
Paiva Marques Júnior

FORTALEZA
2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

C377I Cavalcante, Vinícius Alencar.
A lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) ante o dever da boa administração / Vinícius
Alencar Cavalcante. – 2015.
78 f.: il. color. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso
de Direito, Fortaleza, 2015.

Área de Concentração: Direito Administrativo e Direito Constitucional.
Orientação: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior.

1. Administração pública - Brasil. 2. Inelegibilidades - Brasil. 3. Corrupção na política -
Brasil. 4. Crime contra a administração pública – Brasil. I. Marques Júnior, William Paiva
(orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

VINICIOS ALENCAR CAVALCANTE

**A LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI N° 12.846/2013) ANTE O DEVER DA BOA
ADMINISTRAÇÃO**

Monografia submetida à Coordenação
do Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Áreas de concentração: Direito
Administrativo e Direito Constitucional.

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profª. Me. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Jacques Henrique Gomes da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus, à minha família e aos meus amigos, em razão do apoio incondicional e incentivo proporcionado durante toda essa jornada.

AGRADECIMENTOS

O fim da árdua tarefa de realizar um texto monográfico propicia sensações incríveis de realização e alegria. Durante essa jornada somos rodeados de pessoas que imprimem a sua marca e nos proporcionam a força necessária para a realização deste sonho.

Em virtude disso, primeiramente agradeço a Deus por ter me proporcionado a felicidade de conseguir ingressar na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Foi uma longa fase de estudos para que este sonhe se concretizasse, e sem o apoio Dele nada disso seria possível.

Aos meus pais, José Oci Cavalcante e Maria do Carmo Alencar Cavalcante, por todo o esforço dispensado durante toda a minha vida na minha criação, superando todas as dificuldades que se amontoavam de forma a me proporcionar uma educação de qualidade. Vocês são meu porto seguro e minha razão de viver. Hoje sou concluo minha graduação de forma madura em consequência da criação e do amor que recebi. Amo vocês!

Às minha irmãs Adaiana, Adriana e Amanda por todo o incentivo e apoio que me deram e continuam a me dar, seja por meio de palavras encorajadoras ou simplesmente sustentando o amor que nos nutre. Por mais difícil que fossem as circunstâncias, sempre tiveram paciência e confiança.

Ao professor William Paiva Marques Júnior, fica minha gratidão por ter sido, antes de tudo, seu aluno e agora, orientando. Sempre muito solícito, é dono de um conhecimento imensurável, o qual compartilha com seus alunos de forma a contribuir para o engrandecimento intelectual de cada um. Muito obrigado, professor, por ser exemplo de integridade e dedicação e, especialmente, ter auxiliado este trabalho.

À professora Mestre Fernanda Cláudia e ao mestrandoo Jacques Henrique Gomes da Silva pelo tempo dedicado a esta monografia e por aceitarem, sem hesitar, o convite para compor a minha banca, engrandecendo-me com seus ensinamentos.

À minha tia Albanita Lopes pelo amor, carinho, dedicação, e pelos demais momentos em que me proporciona imensa alegria.

Ao meu cunhado Eriverton Resende pelo incentivo e apoio pessoal e material, de fundamental importância na minha formação acadêmica.

Aos meus grandes amigos de vida do Colégio Militar de Fortaleza, Carla Patrícia, Charlilce Tietre, Layza Bindá, Lucas Leite, Marcela Carvalho, Pedro Neiva,

Raísa Melo e Ramón Gondim por serem o meu exemplo de determinação, persistência e dedicação aos estudos e que direta ou indiretamente me influenciam a ser um homem digno e capaz de conquistar meus objetivos. Muito obrigado pela amizade e carinho. Vocês são mais que especiais.

Aos meus inseparáveis amigos de faculdade Edson Cutrim, Ludmila Ipiranga, Luis Carlos Vieira, Matheus Pereira, Paulo Augusto Monteiro, Rayssa Viana, Thiago Parente, Victor Campos e Walessa Pegado, do grupo "Me Seg", por todos os momentos de alegrias, tristezas, frustrações, descobertas, conquista, estudos e amor divididos. Deus atrasou meu ingresso na faculdade porque estava selecionando as pessoas certas que caminhariam esse maravilhoso percurso comigo. A união nos fortalece e é dessa forma que seguiremos os novos ciclos que virão, sempre contando com o apoio uns dos outros. Muito obrigado por todos estarem ao meu lado durante este que se fez o momento mais importante da minha vida até agora.

Aos meus amigos Davi Oliveira e Lucas Solon, irmãos que a vida me deu, por me proporcionarem momentos inesquecíveis de alegria, diversão, companheirismo e de amizade. Sou muito grato por tê-los conhecido e poder ter compartilhado minha jornada acadêmica com vocês.

Aos amigos Clécia Godinho, Cristiane Sampaio, Larissa Pereira, Leandro Targino, Thiago Gurgel, Valquíria Oliveira e Saullo Oliveira pelos instantes de felicidade, apoio e amizade.

Aos membros da gestão "Pensar e Agir" do Centro Acadêmico, Diogo Portela, Fernando Firmeza, Florence Barroso, Kívia Castro, Mayara Mendes e Rebecca Lira, que me adotaram como um membro "postizo" e se tornaram amigos valiosos.

Ao Caio Vieira pela amizade, confiança e pela indicação no meu primeiro Estágio de Direito no escritório de Advocacia e Consultoria Rafael Pordeus, enquanto eu ainda estava no terceiro semestre da faculdade, o que me proporcionou uma experiência inigualável e um grande amadurecimento profissional.

À advogada Elizabeth Pereira Paiva pelos ensinamentos profissionais e aconselhamentos de vida durante meu Estágio no Banco do Nordeste do Brasil.

Às amigas Caroline Gáudio, Caroline Fugi, Caroline Mazza e Catarina Ferreira por todo o tempo em que estivemos nos incentivando e estudando juntos no cursinho. Sem o apoio de vocês eu não teria conseguido conquistar este sonho.

Aos amigos, Andrelaine Lemos, Camila Arruda, Davi Solon, Laís Gondim, Letícia Pequeno, Lucas Leopoldo, Mirna Giselle e Tyna Scortegagna, por toda a

diversão, conselhos, paciência e tempo que dedicaram a estar comigo. Muito obrigado pela amizade de vocês.

E, por fim, a minha querida Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, instituição que me acolheu durante esses 5 anos e pela qual nutrirei eterna saudade.

A todos aqueles que colaboraram e me incentivaram na realização deste trabalho.

*A verdadeira função do homem é viver,
não existir. Eu não gastarei os meus dias
a tentar prolongá-los. Usarei o meu
tempo. (Jack London)*

RESUMO

O fenômeno da corrupção, mesmo sendo um problema histórico, tem recebido uma atenção universal, principalmente de organizações internacionais que procuram cada vez mais combater seus efeitos deletérios por conta das consequências nocivas que gera ao Estado Democrático de Direito. Apesar da dificuldade encontrada na formulação de um conceito padronizado de corrupção, observa-se que no Brasil ela tem origem na era colonial, com o patrimonialismo. Ela está entranhada na cultura brasileira através do "jeitinho brasileiro" e sua prática e impunidade são um dos grandes problemas no Brasil. A partir disso, busca-se estudar a Lei nº 12.846/2013, conhecida por "Lei Anticorrupção", como proposta de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública a começar pelo reconhecimento da existência de um direito fundamental à boa Administração Pública implícito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, enfocando com a identificação da centralidade do cidadão como destinatário das políticas públicas e a Administração Pública como organização pública de serviço objetivo aos interesses gerais.

Palavras-chave: Administração Pública; Corrupção; Lei Anticorrupção; Direito fundamental à boa administração; participação popular.

ABSTRACT

The corruption phenomenon, even as a historical problem, has received universal attention, mainly from international organizations, who are increasingly looking to combat their harmful effects and consequences to democracy and its rule of law. Despite the difficulties in formulating a common concept to corruption, it is observed that in Brazil it comes from its colonial period, ruled by patrimonialism, and it's fixed in Brazilian culture with the "Brazilian way" and its practice and impunity. From this, the present study aims to analyze the Law No. 12,846/2013, known as the "Anti-Corruption Law," proposed to increase the liability of legal entities from committing acts against public authorities. It starts with the recognition of a fundamental right to good Public administration, implicit in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, in 1988, then focus on the identification of the citizen as main beneficiary of public policy, as well the public administration being considered a public service organization aimed to general interests.

Keywords: Public Administration; Corruption; Anti-Corruption Law; Fundamental right to good administration; popular participation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 ASPECTOS GERAIS DA CORRUPÇÃO E SUAS INTERFACES.....	14
2.1 Corrupção: aspectos gerais	14
2.2 Conceito de corrupção sob várias perspectivas	17
2.2.1 A corrupção Política e a Burocrática	20
2.2.2 O Enfoque Jurídico, Sociológico e Econômico	22
2.3 Causas da corrupção	27
2.4 Combate e percepção da corrupção	28
2.5 A corrupção no Brasil	30
3 O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO	33
3.1 Contextualização e características do direito fundamental à boa administração ..	33
3.2 Boa administração como um direito fundamental	36
3.3 Direitos fundamentais como parâmetros para a discricionariedade administrativa e a vinculatividade dos órgãos públicos	40
3.4 Limitação à discricionariedade administrativa	42
3.5 O Princípio da Proporcionalidade	43
3.5.1 O direito fundamental à boa administração e o princípio da proporcionalidade	44
3.6 O dever de motivação dos atos administrativos.....	46
4 A LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI Nº 12.846/2013) ANTE O DEVER DA BOA ADMINISTRAÇÃO.....	48
4.1 Análise da Lei nº 12.846/2013	49
4.2 Responsabilidade civil objetiva na Lei nº 12.846/2013	51
4.3 <i>Compliance</i> Lei nº 12.846/2013	54
4.4 O acordo de leniência na "Lei Anticorrupção"	55
4.5 O direito fundamental à boa administração aplicado na Lei nº 12.846/2013	58
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64
ANEXO A - <i>Corruption Perception Index 2014</i>	68
ANEXO B - LEI Nº 12.846 DE 1º DE AGOSTO DE 2013	69

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.846/2013, aprovada pelo Congresso Nacional e publicada no dia 2 de agosto de 2013, entrou em vigor em 29 de janeiro de 2014. A norma, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública promete trazer inovações ao Direito Público, iniciando uma nova ação de persecução da corrupção em seu sentido lato.

A "Lei Anticorrupção" como vem sendo chamada, tem como uma de suas principais características a possibilidade de responsabilização objetiva das empresas envolvidas em práticas que geram danos ao patrimônio público, estabelecendo uma alternativa de punir as empresas por atos de corrupção contra a Administração Pública. Isso, contudo, não exclui a responsabilização individual de dirigentes, administradores ou de qualquer pessoa natural pela prática de atos ilícitos.

A Lei também trata da possibilidade de celebração de acordo de leniência com as empresas infratoras, constituindo-se em uma espécie de delação premiada, a qual é utilizada em âmbito penal.

A Lei Anticorrupção deve ser aplicada com prudência e com base nos princípios constitucionais norteadores do Direito, entre eles o direito fundamental à boa administração.

O direito fundamental à boa administração, inspirado no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice) e que está implícito na Constituição brasileira, é estudado nesse trabalho a partir da responsabilidade do Estado nos casos de excesso ou omissão.

Alguns estudiosos apontam que antes mesmo da Carta de Nice, a Constituição Federal de 1988 já previa um direito fundamental à boa administração numa administração pública que promova a dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, devendo, para tanto, basear-se em ideias concretizadas na probidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade.

Essa análise se mostra importante porque a boa administração pública, pelo menos no Brasil, está intimamente ligada ao dever assistencial do Estado. Essa característica assistencialista é bem marcante em nosso Estado, bastando a verificação das políticas públicas, como por exemplo, o bolsa família.

A Administração Pública, como responsável pela criação e execução das políticas públicas, deve garantir a participação e integração do cidadão no processo

decisório de ação e formação do ato administrativo. A participação popular é um avanço democrático no gerenciamento da coisa pública, limitando o poder discricionário do Estado.

O direito à boa administração, nesse sentido, tem relação com a atuação do Estado, visto que este é um direito fundamental que garante a efetividade dos demais direitos fundamentais aplicados à Administração Pública.

Deste modo, a presente monografia, através de pesquisa bibliográfica e documental, bem como pela análise da legislação nacional, tem por objetivo abordar a Lei nº 12.846/13, demonstrando sua aplicabilidade e características, analisar o direito fundamental à boa administração pública, sob o prisma do direito fundamental à administração pública eficiente e proporcional como compromisso constitucional e analisar os diversos aspectos da Lei nº 12.846/13 em sua relação intrínseca com o dever da boa administração.

Assim, no primeiro capítulo procurar-se-á dar ênfase aos aspectos gerais da corrupção, principalmente em âmbito nacional, passando pela análise da dificuldade de se chegar a uma definição pacífica, analisando suas formas política e burocrática e seus enfoques jurídico, sociológico e econômico. Além disso, serão estudadas as causas da corrupção, o seu combate e percepção, através de uma análise de dados empíricos, culminando com uma breve abordagem da corrupção no Brasil.

No capítulo seguinte, o direito fundamental à boa administração será analisado na Constituição brasileira a partir de sua influência na Carta de Direitos da União Europeia e dos princípios norteadores da Constituição Federal a fim de que se possa entender o dever discricionário de agir da Administração Pública.

O terceiro e derradeiro capítulo analisará a Lei nº 12.846/2013 suas características e peculiaridades, bem como o direito fundamental à boa administração ante a Lei em apreço, enfocando a participação do cidadão como uma das garantias do Estado Democrático de Direito.

Por fim, serão explanadas as razões de relevância e importância existentes entre a Lei nº 12.846/2013 e o direito fundamental à boa administração.

2 ASPECTOS GERAIS DA CORRUPÇÃO E SUAS INTERFACES

A corrupção é um complexo fenômeno global, alcançando inclusive países extremamente desenvolvidos economicamente, tais como Canadá, Estados Unidos e Japão. Devido a sua natureza multidisciplinar, tem sido objeto de estudo de várias áreas como a sociologia, a economia, a psicologia, a ética e o Direito. Em virtude disso, não há uma definição unânime de corrupção de modo que satisfaça todas as correntes de pensamento.

Todavia, a corrupção é um flagelo social que reclama a intervenção do Estado. Uma das formas de interferência é através da aplicação de leis. Apesar dos muitos esforços dispensados no combate à corrupção, percebe-se uma escalada dessas práticas no Brasil, em razão dos escândalos que constantemente vêm a público oriundos de todos os setores que compõem o Poder Público.

Com o auxílio de organizações internacionais os países vêm buscando adotar práticas de transparência e governança para adotar medidas previstas em tratados internacionais para combater a corrupção.

Os países são monitorados pelo Banco Mundial e pela agência *Transparency International* que periodicamente verificam a evolução dos países elaborando índices de percepção da corrupção (ICP), assunto a ser melhor abordado ao longo deste capítulo.

Entre alguns dos motivos para a corrupção, é recorrente citar o sistema judiciário lento e pouco eficiente, a alta burocracia, o alto poder discricionário na elaboração de implementações políticas e os baixos salários dos agentes públicos. No entanto, não se pode esquecer que pessoas que possuem cargos de alto escalão também praticam atos corruptos, pois são seduzidas por propinas e por oportunidades de desvios financeiros.

A corrupção, desde pequenas transgressões a grandes desvios de recursos públicos, compromete o crescimento econômico dos países, sendo a responsável por muitos dos problemas que atingem a população do Brasil.

2.1 Corrupção: aspectos gerais

A corrupção é intrínseca às relações sociais e o seu estudo tem despertado o interesse no mundo acadêmico, com a finalidade de procurar entender a maneira como

se manifesta nas sociedades, de compreender os motivos pelos quais os agentes envolvidos cometem tais atos desonestos e de tentar mensurar os danos causados por essa prática ilícita na esfera econômica, social e política.

A prática da corrupção está longe de ser um fato inerente à sociedade moderna. É um ato tão antigo que remonta a épocas e a povos passados. A Lei das XII tábuas, por exemplo, já trazia previsões severas de combate às condutas ímporas de juízes. Antônio Pagliaro e José da Costa Jr. (2009, p. 99) nos relembram que "a lei mosaica punia o juiz corrupto com a flagelação, e a grega, com a morte", e trazem exemplos de casos reais quando afirmam que "Cambises mandou esfolar vivo um juiz corrupto, utilizando sua própria pele para recobrir a cadeira que iria ser ocupada por seu sucessor" e quando "Dario fez pregar numa cruz um juiz julgado corrupto".

Não restam dúvidas de que o tema corrupção tem ganhado cada vez mais destaque nos últimos anos, principalmente nos noticiários. É um assunto complexo que está inserido na sociedade e que merece uma análise a partir de amplas perspectivas, sejam elas sociológicas, jurídicas ou político-econômicas para que se possa compreender essa matéria. É, ainda, inquestionável que esse fenômeno é extremamente nocivo à sociedade como um todo, pois pode afetar o crescimento econômico de um país, comprometer o seu desenvolvimento social e enfraquecer a democracia.

Dissertar sobre corrupção é fazer uma reflexão sobre ética, tendo em vista que corrupção e ética são condutas que não se separam. A ética é intrínseca ao ser humano, sendo por isso essencialmente cultural. A par disso, discorre Affonso Ghizzo Neto (2008, p 98):

(...) é a partir de valores já existentes que a humanidade recria a história, impondo novos padrões éticos e posturas morais. A ética, como se disse, é relacional, apresentando uma readequação social constante. Seu caráter instável e renovável possibilita a evolução ou o retrocesso histórico. Somos o que vivemos, o que presenciamos cotidianamente, edificando nossa ética a partir de nossas condutas e dos exemplos que nos rodeiam.

Nesse sentido, Affonso (2008, p. 98) continua seu entendimento afirmando que "há que se constar que os brasileiros herdaram da Pátria-Mãe, valores e anti-valores que, ao longo do tempo, formataram o caráter, a índole e a identidade da nação brasileira".

A história da corrupção política do Brasil tem características do patrimonialismo. Este tem como características a confusão entre o público e o privado

(o uso do patrimônio público como se fosse privado), a troca de favores, o favorecimento de setores da economia, o empréstimo de dinheiro público a favorecidos, o empreguismo, o nepotismo, o clientelismo, o compadrio, o bolsismo educacional fundado em interesses eleitorais, excesso de cargos de confiança, dentre outros, assim como o fácil enriquecimento ilícito. Práticas estas que perduraram por muito tempo na nossa sociedade e que ainda possuem raízes na atualidade.

Raymundo Faoro, em sua obra "Os Donos do Poder", uma das mais estudadas quando se fala em patrimonialismo, aponta que a mácula do Estado brasileiro reside na formação histórica do País desde o período colonial, em virtude da política portuguesa adotada na época, uma vez que a estrutura administrativa do poder patrimonial do estado português foi inteiramente importado e implantado no Brasil. Esse modelo patrimonial foi padronizado historicamente, e, a partir dele, estruturaram-se a Independência, o Império e a República do Brasil.

Ainda segundo o autor, o Brasil teria se espelhado em Portugal e reproduzido a mesma política centralizadora. O Estado estava presente na vida dos indivíduos nos mais diversos aspectos. Antes mesmo da constituição de algumas vilas coloniais, ou mesmo da afirmação de um patronato rural dominante, de coronéis chefes de engenho e de líderes regionais, já existia no interior do Brasil todo um sistema cartorial apto a registrar, controlar e fiscalizar as produções (FAORO, 2001).

No Brasil, o tema corrupção já foi diversas vezes usado para explicar Revoluções e golpes de Estado. Diversos políticos são eleitos prometendo combatê-la, assim como tantos outros foram derrubados sob a acusação de praticá-la.

Atualmente, a corrupção está cada vez mais ligada aos desvios de dinheiro público praticados por agentes públicos¹ (em sentido amplo) integrantes da Administração Pública, privilegiando-se o interesse privado e causando grandes danos ao patrimônio público. Em virtude disso, que manifestações populares como as que

¹Conceito de agente público com base na Lei nº 8.429/92. Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 26. maio 2015.

ocorreram por todo o Brasil a partir de junho de 2013, estão gradativamente mais constantes.

Mesmo que a corrupção não se trate de um problema novo, o nível de alerta que ela tem recebido, ultimamente, nos leva a induzir que existe mais corrupção nos dias de hoje do que no passado, em virtude da diminuição nos níveis tolerância social.

Todavia, diretamente proporcional ao elevado índice de corrupção, é possível verificar a existência de um crescimento de instituições não governamentais de combate à corrupção, bem como, no plano internacional, do surgimento de normas anticorrupção. Atentando para essa inserção da temática do combate à corrupção na agenda da comunidade internacional, o Brasil, ratificou três importantes convenções: a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção da ONU); Convenção Interamericana contra a Corrupção (Convenção da OEA); e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Convenção da OCDE)².

Apesar dessa efetiva participação do Brasil no cenário mundial, o País ainda possui a imagem de corrupto perante os países estrangeiros e tampouco conseguiu desprender-se dessa imagem dentro do território nacional.

Foi a partir desse prisma geral, e com o intuito de atender os compromissos internacionais de combate à corrupção, que o Brasil, em 01 de agosto de 2013, publicou a Lei nº 12.846/2013, também conhecida como a "nova lei anticorrupção", que será melhor analisada mais adiante, em capítulo específico.

2.2 Conceito de corrupção sob várias perspectivas

Para que se possa compreender melhor este objeto de estudo, é imprescindível, *a priori*, esclarecer o que pode vir a ser entendido como corrupção, em seus mais amplos conceitos.

Definir corrupção ainda hoje se torna uma tarefa difícil, em virtude, como já dito, das diversas perspectivas que podemos adotar para a formulação de um

² Convenção da ONU: assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006.

Convenção da OEA: aprovada pelo Congresso Nacional em 25 de junho de 2002 e promulgada pelo Decreto nº 4.420 de 6 de outubro de 2002.

Convenção da OCDE: aprovada pelo Congresso Nacional em 14 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto nº 3.678 de 30 de novembro de 2000.

significado. Além disso, corroborando com esse entendimento, afirma Bezerra (1995, p.12):

A corrupção não é um fenômeno exclusivo de uma sociedade ou de um momento de seu 'desenvolvimento' - como sugerem teorias evolucionistas ou modernizantes -, pois está presente nas formações sociais as mais distintas, como indicam vários dos trabalhos publicados nestes últimos anos em ciências sociais. Contudo, as práticas que são designadas como corruptas e corruptoras não são idênticas; elas sofrem uma variação significativa. Dito de outro modo, **o fenômeno da corrupção possui uma dimensão legal, histórica e cultural que não pode ser negligenciada quando se busca analisá-lo.** (grifou-se)

Depreende-se disso que a causa da corrupção está associada a aspectos culturais, sociais, históricos e políticos que, analisados isoladamente, não podem nos fornecer um significado ideal do que se entende por corrupção. Além disso, ao avaliar seu conceito sob o prisma de um momento da sociedade ou de seu desenvolvimento, estariamos cometendo um grave equívoco de percepção da realidade, pois a evolução histórica e o desenvolvimento econômico de uma sociedade produzem reflexos ao longo do tempo que, notadamente, vão contribuir para uma abordagem das causas da corrupção.

Cabe mencionar, ainda, a definição de Klitgaard (1994, p. 40), que ensina:

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

Pode-se extrair da citação apresentada que a corrupção, simplificando, é o abuso do poder público para o benefício ou satisfação dos interesses privados. É, enfim, a sobreposição dos interesses privados sobre os interesses públicos.

A partir desse ponto de vista, para caracterizar um ato corrupto o desvio de conduta de um agente de função pública deve ser direcionado a obter vantagens para si ou para terceira pessoa, recebendo em troca um benefício em pecúnia, uma evolução de *status* ou uma satisfação particular.

Em virtude de tais interesses privados, alguns autores procuraram delimitar o conceito de corrupção, baseando-se na conduta do sujeito corruptor. Assim, cabe aqui mencionar a definição de Brei (1996, p.2):

O termo corrupção inclui uma enorme diversidade de atos: trapaça, velhacaria, logro, ganho ilícito, desfalque, concussão, falsificação, espólio, fraude, suborno, peculato, extorsão, nepotismo e outros. Isso cria razoável dificuldade para se chegar a uma definição consensual. O fenômeno pode ser observado numa graduação quase infinita. Vai de pequenos desvios de comportamento à total impunidade do crime organizado, por parte das várias áreas e níveis governamentais.

Vislumbra-se, assim, mais uma vez que corrupção é uma ação por meio da qual uma pessoa burla regras públicas formais em busca de um ganho muitas vezes monetário. Concordando com o pensamento de Klitgaard, Brei explica que existe uma diversidade de atos que, se praticados, corroboram para intensificação da corrupção, mas, ao mesmo tempo, dificultam a aproximação de uma definição consensual.

No Brasil, atualmente, costuma-se associar a prática de atos corruptos com os atos praticados pelos nossos representantes políticos, uma vez que são inúmeros os escândalos de desvios de dinheiro público que os envolvem e sua repercussão no Ministério Público.

A imprensa investigativa nesse ponto tem cumprido um papel fundamental ao colaborar para promoção de uma transparência dos gastos públicos, denunciando esquemas de corrupção envolvendo o dinheiro público para que o Judiciário possa punir os responsáveis infratores.

Todavia, não podemos olvidar como afirma Brei (1996, p.2), que o fenômeno da corrupção surge de "pequenos desvios de comportamento à total impunidade do crime organizado...". Em outras palavras, e adaptando essa afirmativa à nossa realidade, podemos perceber que o famoso "jeitinho brasileiro" nada mais é do que uma prática delituosa, já que a origem da corrupção em si se dá com o desempenho dessas pequenas violações no convívio social.

Em seu livro intitulado "O jeito na cultura jurídica brasileira", Keith S. Rosenn (1998, p. 13) explica que:

A peculiaridade no Brasil é que essa prática de desvio das normas legais para alcançar o fim desejado elevou-se de um modo tal, que resultou na criação de uma instituição paralegal altamente cotada conhecida como "o jeito". O jeito se tornou parte integrante da cultura jurídica no Brasil. Em muitas áreas do direito o jeito é a regra; a norma jurídica formal, a exceção.

Segundo o autor, os brasileiros usam o termo no diminutivo "jeitinho" "com referência a vários modos distintos de comportamento, os quais possuem conotações totalmente diferentes no contexto social" (ROSENN, 1998, p. 13).

Enfim, sinaliza o autor 5 (cinco) tipos diferentes de comportamentos que caracterizam o "jeito" brasileiro: (1) o servidor público que deixa de cumprir seu dever legal em troca de vantagens pecuniárias ou promoções funcionais (2) o particular que emprega um subterfúgio para frustrar a prestação de uma obrigação legal sensata e justa; (3) o agente público que cumpre suas funções com rapidez somente mediante vantagens pecuniárias ou promessa de promoção; (4) o particular que burla uma lei irrealista, injusta ou economicamente eficiente e (5) o servidor público que foge do cumprimento de seu dever legal em razão de sua convicção de que a lei é irrealista, injusta ou economicamente ineficiente.

Destarte, "Esse estado de coisas, quase imperceptível nas origens, traz à lembrança, de imediato, a teoria norte-americana das *broken windows*, indicando que pequenas infrações, caso não coibidas, evoluirão para infrações mais graves" (GARCIA, E.; ALVES, 2011, p. 9).

A partir disso, pode-se destacar que existe corrupção a partir de um comportamento individual, fenômeno isolado que será julgado com base em valores ético e morais, como também existe a corrupção em sua forma generalizada, passando a ser característico de uma sociedade. Esse tipo de corrupção se apresenta a partir de um relacionamento entre o público e o privado, em setores onde os agentes públicos possuem um alto poder de decisão.

Como geralmente acontece com todas as definições jurídicas, ainda mais quando se trata de termo com amplos significados, a definição de corrupção está longe de ser pacífica, pois cada uma delas vai procurar focar e enfatizar num aspecto considerado relevante por seu pesquisador.

É importante salientar que é relevante entender os mais variados tipos de corrupção para que se possa estabelecer estratégias e desenvolver programas de combate e prevenção.

2.2.1 A corrupção Política e a Burocrática

A corrupção pode ser caracterizada como um problema político ou burocrático que permeia entre o setor público e o privado.

Também chamada de corrupção de alto nível hierárquico, a corrupção política é aquela ligada a grandes desvios de dinheiro dos cofres públicos e, muitas vezes, envolve pessoas com um alto poder aquisitivo, que formulam contratos com o

poder público para extrair vantagens. Dá-se com a parceria entre grandes empresas ou empresários e políticos ou funcionários de alto escalão de um país. Além disso, ocorre quando um sistema governamental de um país ou a formulação política e a legislação são postos para beneficiar políticos e legisladores. Através dessa "grande corrupção", os grandes empresários ou empresas irão utilizar suas posições econômicas para arrebatar propinas ou para buscar a formulação de leis em nome de grupos específicos. De modo geral, entende-se a corrupção política como um comportamento ajustado para manter a distribuição de riqueza entre determinadas classes ou grupos de pessoas. É o uso do poder político e do cargo para favorecer indivíduos ou entidades coletivas de forma ilícita.

Explica Simão (2011, p.35) que a corrupção política assemelha-se "ao uso do poder público para proveito, promoção ou prestígio particular, ou em benefício de um grupo ou classe, de forma que constitua violação da lei ou de padrões de elevada conduta moral".

Esse tipo de corrupção pode ocorrer em qualquer país, mas possui maior incidência em governos autoritários e onde os servidores públicos possuem um maior poder discricionário. São vícios como o suborno, a extorsão, o nepotismo, o clientelismo, o peculato e a lavagem de dinheiro.

Como um exemplo de corrupção política ou corrupção de alto nível hierárquico, podemos citar aqueles casos em que a privatização de empresas públicas beneficia empresários e políticos que se aproveitam dessa situação para extrair rendas indevidas.

Percebe-se que nesse tipo de corrupção há uma busca desenfreada pelo enriquecimento por meio da esfera política e não no mercado privado. Esse tipo de prática originou o que se conhece por comportamento *rent seeking*.

A teoria do *rent seeking* (caçadores de renda) doutrina que os agentes econômicos perseguem o máximo de renda ilegal que podem conseguir sem se importar com as regras de conduta, almejando privilégios e transferências de rendas de outros grupos. Essa prática aparece com mais frequência dentro da administração pública, em virtude da burocracia dos procedimentos e dos altos custos para licença de empreendimentos privados.

Já a corrupção burocrática ou pequena corrupção ou, ainda, corrupção de baixo nível hierárquico, é aquela existente nas atividades cotidianas. Essa "pequena" corrupção geralmente envolve funcionários públicos de baixo escalão, que se

aproveitam da corrupção para aumentar suas compensações, sem que para isso seja demandado ser parte de um sistema político ou que se gere repercussões políticas. Ela é, via de regra, de mais fácil identificação, e, por consequência, naturalmente punível, ocorrendo quando os cidadãos necessitam de favores dos funcionários públicos.

Estaria, a pequena corrupção, mais próxima da definição de Klitgaard, apresentada anteriormente, devido à utilização do cargo público para obter privilégios particulares. Assim, seria a corrupção burocrática um termo geral que se refere ao mau uso da autoridade para ganho pessoal, podendo ser ou não monetário. É a violação de leis e regras administrativas que se desviam dos deveres formais e fundamentais da função pública para o exercício de comportamentos inerentes ao interesse privado.

O pagamento de propina é o tipo mais comum de corrupção burocrática. Para exemplificar, podemos citar o caso do guarda de trânsito compensado para não aplicar uma multa, praticando um ilícito.

Em relação às duas formas de corrupção aqui apontadas: política (grande) e burocrática (pequena), assevera André Pimentel Filho (2015, p.67) em seu artigo:

Sem embargo da dificuldade de por vezes se identificar no caso concreto o que de fato é grande ou pequeno, esta classificação tem o mérito de isolar dois fenômenos que, apesar de interligados, têm características diferentes. Os dois tipos têm relevante componente cultural, como é lógico, mas a pequena corrupção tem fatores geradores específicos, como o nível salarial dos funcionários, a qualidade do vínculo empregatício, a existência de um mecanismo de controle preventivo e repressivo efetivo e o modo de acesso ao cargo (indicação política ou seleção pública) De todo modo é certo que os dois tipos de influenciam reciprocamente, e não se pode dizer de modo absoluto qual é o mais grave.

Apesar das divergências de conceitos, todos possuem uma característica em comum, conforme fora ressaltado no tópico anterior deste trabalho, a apropriação ilegal de renda e do uso do cargo ou função pública para fins particulares.

2.2.2 O Enfoque Jurídico, Sociológico e Econômico

O "enfoque jurídico" é aquele que aprecia a corrupção como uma infração à norma vigente em cada país, baseando-se no positivismo jurídico. Nesta definição é empregado o critério legal a partir do que é delimitado pelo Código Penal, o qual vai determinar a ocorrência ou não do fenômeno, tipificando-o em delito ou crime.

O Código Penal brasileiro, por exemplo, divide a corrupção em ativa e passiva. A corrupção ativa está tipificada no artigo 333 como "oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício"³, e a corrupção passiva é especificada no artigo 317 como "solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar a promessa de tal vantagem"⁴. Ressalta-se, aqui, a participação do funcionário público agindo em tal condição.

Outros tipos penais como o peculato, suborno e o abuso de autoridade também são considerados crimes de corrupção. Em outras leis, como a de improbidade administrativa e a de licitações e contratos, podemos, de forma semelhante, encontrar crimes como a fraude nas licitações e o enriquecimento ilícito, respectivamente.

Costuma-se criticar o critério de definição com base na ilegalidade, haja vista que é um fenômeno que não se limita ao campo positivista da norma jurídica e que raras vezes se limitam às definições penais dos códigos. Essa forma de abordagem esquece, ainda, que as leis são oriundas dos valores morais da sociedade em uma determinada época, concepção esta que sustenta e dá embasamento a sua eficácia.

Outro ponto forte é o fato de que o que é considerado ilegal ou corrupto em um determinado país pode não ser em outro, com base no regime legal vigente. Entende-se que cada sociedade entende a corrupção de forma diferente. Além disso, é preciso uma determinação judicial para caracterizar um ato como corrupto, podendo este ato vir a não ser o mais apropriado, pois, como sabemos, a lei sofre da discricionariedade dos seus aplicadores.

E, por fim, como a prática da corrupção é fundada numa definição jurídica, quando não houver uma norma sobre o assunto, não existirá corrupção.

Cumpre, ainda, destacar que, em muitos países, as leis são elaboradas pela elite dominante em benefício próprio, mostrando a fragilidade desse enfoque jurídico, tendo em vista que, conforme explanado, seria considerado crime somente aquilo que está previsto no ordenamento jurídico, podendo este ser arquitetado em prol de uma classe ou grupo de pessoas.

³ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20. mar 2015

⁴ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20. mar 2015

O "enfoque sociológico" enfatiza o relativismo cultural em suas análises. Esse conceito permite que uma situação não pareça corrupta se comparada a outra, a depender do contexto sociocultural. O que se considera como uma atitude corrupta em um determinado país num certo momento pode ser aceito em outro país em outra conjuntura histórica.

Nesse âmbito, a tradição sociológica é focada na realidade social, procurando justificar, por este método, a existência da corrupção com base no critério da legitimidade, e não pelo critério da legalidade, utilizado no enfoque jurídico.

Com base nessa perspectiva sociológica, em que a percepção de corrupção varia a partir do contexto social de cada povo, explica Heidenheimer (1978, *apud* VIEIRA, *online*) que:

(...) embora certos comportamentos possam ser corruptos por determinados cidadãos conscientes das normas oficiais, o compartilhamento desse ponto de vista por outros cidadãos se dá em diversos graus. Indivíduos diferentes percebem um mesmo fato, apresentado como corrupto, de diversas formas, baseado apenas nos seus interesses, quanto à percepção da violação de preceitos éticos e morais, e numa correlação de similaridade entre os fatos e as suas próprias atitudes diante deles.

Assim, Levando em consideração essa visão e com base no modo como os atores sociais (elite e opinião pública) percebem a corrupção, Heidenheimer a distingui em branca, cinza ou negra.

Diferenciando as três categorias, André Pimentel Filho (2015, p.65) ensina:

A concordância de elite e opinião pública de que um ato é irregular, grave e reprovável faz com que seja considerado corrupção negra. A discordância de um dos estratos sociais sobre a reprovabilidade do ato importa em considerá-lo um ato de corrupção cinza. E quando a maioria dos dois estratos consideram dado ato não reprovável moralmente, denomina-se corrupção branca.

Ainda segundo o autor (PIMENTEL FILHO, 2015, p. 66): "Esta classificação tem o mérito de evidenciar que nem sempre há razoável consenso social sobre a caracterização da corrupção".

Na visão sociológica, o conceito de corrupção está ligado à modernização e ao desenvolvimento econômico. Isso significa dizer que a corrupção tende a crescer em momentos de crescimento e modernização de um país porque surgem novas fontes de riqueza com a expansão do governo. (Huntington, 1968 *apud* VIEIRA, *online*).

Sendo assim, não há como separar a corrupção das transformações ocorridas em uma economia.

A abordagem sociológica, por fim, traz definições amplas do conceito de corrupção, uma vez que variam de acordo com a percepção do povo sobre o que é ou não é um ato corrupto em determinado contexto histórico e socioeconômico, dificultando um ponto de vista mais categórico.

O "enfoque econômico", por conseguinte, examina a corrupção a partir de duas concepções: a microeconômica e a macroeconômica. (GARCIA, R., 2003 *apud VIEIRA, online*):

A perspectiva microeconômica que analisa a corrupção a partir dos modelos do comportamento individual maximizador de utilidade teve início com os estudos da economia do crime e continuidade por meio da teoria do rent-seeking. A perspectiva macroeconômica, por sua vez, está interessada em estimar os efeitos da corrupção sobre fenômenos como o crescimento econômico, o investimento, a qualidade da infraestrutura, a inflação.

Fincando o objeto de estudo sob o aspecto microeconômico, as duas principais abordagens da perspectiva da economia política da corrupção são a economia do crime e a teoria do *rent-seeking*, na qual a primeira deu continuidade à segunda.

Os modelos de análise microeconômicos vão avaliar as escolhas feitas pelos agentes econômicos, que julgarão os custos e benefícios de suas condutas quando partícipes do crime aqui em questão. Sobre esse ponto, discorre Garcia (2003, R., p. 37):

Os custos são determinados pela probabilidade de a ação ser descoberta ou não; pela multa imposta pela conduta e pela severidade da punição imposta. Os benefícios são determinados basicamente pelo ganho financeiro com a prática da ação. Dependendo da magnitude destas variáveis haverá maior ou menor incentivo para a entrada ou não de agentes públicos no mercado corrupto.

A partir de então, os agentes corruptos vão avaliar se a atividade é ou não atrativa.

Pela economia do crime entende-se que o crime da corrupção no setor público envolve uma relação multilateral entre a autoridade pública e o agente da sociedade civil que se associam contra os interesses da sociedade, enquanto num crime comum há apenas uma relação bilateral entre um agente criminoso e um inocente (VIEIRA, *online*). Pondera o autor, contudo, que essa perspectiva "não distingue a

corrupção do simples roubo, fraude ou qualquer outra atividade ilegal", motivo pelo qual critica essa abordagem, porque não oferece "critérios coerentes para a determinação do fenômeno da corrupção".

Outra abordagem moderna é a teoria do comportamento *rent seeking*. Também chamada de *public choice* (escolha pública) "promoveu um avanço frente à tradição anterior ao tratar a corrupção como o resultado da busca, por parte de alguns agentes ou grupos, de rendas monopolistas concedidas pelo Estado" (VIEIRA, *online*). É esse comportamento que explica as razões de muitas das decisões que são tomadas pelos nossos dirigentes políticos serem tomadas inclinadas para beneficiar grupos empresariais em detrimento da sociedade civil.

Conforme explicado em tópico anterior, *rent seeking* ou caçadores de renda são aqueles que procuram maximizar sua renda, gerando desperdício social e a ineficiência do sistema econômico.

Silva (2015, *online*) leciona que "A relação entre a teoria do caçador-de-renda e a corrupção dá-se na própria definição da função objetivo dos agentes públicos e privados e na estrutura de incentivos que predomina dentro da sociedade". Assim, explica o autor que "todos os agentes, se puderem, caçam renda dentro e fora da lei, caso não haja nenhuma consideração de restrição moral ou legal que imponha algum custo à ação". Exemplo disso são os monopólios, aonde o governo vai "ajudar a criar, aumentar ou proteger a posição de monopólio de um grupo. Fazendo isto, o governo aumenta as rendas de monopólio dos grupos favorecidos às custas dos compradores dos produtos e serviços destes grupos" (MULLER 2003, p. 333 *apud* MACIEL, 2005 p. 7-8).

De acordo com essa teoria, para minimizar a busca por renda ilegal dos "caçadores", o combate à corrupção deve ser feito inibindo os mercados de monopólio e reduzindo a regulamentação do mercado, de forma a aumentar a concorrência. Uma regulamentação de mercado forte abriria terreno para que os empresários procurassem alternativas para enfrentar os monopólios do Estado. A propina apareceria como um mecanismo para políticos burlarem o sistema e capturar parte da renda gerada por esse monopólio.

Nesse sentido, Vieira (2015, *online*) elucida:

(...) o excesso de controle com o intuito de coibir a corrupção pode implicar na ineficiência da administração pública, fazendo com que a busca da integridade mediante as reformas institucionais caminhem, necessariamente,

no aumento gradativo e sistemático dos custos de controle e dos espaços de poder discricionário que permitem a extração de propinas (gerando um círculo vicioso).

Por fim, volta o autor a tecer as mesmas críticas feitas à teoria da economia do crime, agora à teoria do *rent seeking*, afirmando que "a definição de corrupção como rent-seeking apesar de oferecer um amplo referencial analítico para os fenômenos econômicos e políticos, não esclarece quais os critérios necessários para determinar a separação entre o comportamento corrupto e íntegro" (VIEIRA, 2015, *online*).

2.3 Causas da corrupção

De forma semelhante às dificuldades de se apresentar uma definição concreta de corrupção, consegue-se afirmar que os estudiosos também encontram obstáculos quanto à apresentação de causas da corrupção.

A corrupção não tem uma causa única para sua existência, mas sim múltiplas. Dessa forma, seu fato gerador é complexo, pois existe em decorrência de uma gama diversificada de fatores, todavia, atinge todas as sociedades: em umas de forma mais rara e em outras de forma totalmente disseminada.

Os principais estudos a respeito das causas da corrupção apontam seu início na área da economia política, explorando as causas econômicas da existência da corrupção e as teorias que procuram avaliar suas consequências a partir de variáveis econômicas, tentando quantificar as relações entre corrupção e investimento ou desempenho econômico de um país. (NUNES, 2008, p. 67).

Garcia (2003, R., p.14), manifesta-se dizendo que, anteriormente tratada como falha moral por parte dos agentes públicos, a visão moderna de cientistas e economistas sociais atribui uma série de razões para se compreender as possíveis causas da corrupção:

- (i) intervenção estatal excessiva; (ii) má governança das instituições públicas;
- (iii) excesso de regulamentações e normas; (iv) centralização das decisões burocráticas;
- (v) isolamento entre níveis hierárquicos; (vi) falta de competição na esfera pública e (vii) o excesso de poder discricionários de burocratas e políticos.

Assim, na visão de Garcia (2003, R., p. 40), a corrupção possui causas sistêmicas, sendo inerente à sociedade. Sobretudo, a corrupção é causada pela ação do

governo e pela interação governo/público/privado, em função do grau de desenvolvimento das instituições públicas ou privadas, ou ainda da estrutura de mercado.

Nunes (2008, p. 68), por sua vez, complementando as ideias de Garcia, destaca a importância de se conhecer os fatores determinantes da corrupção com o escopo de desenvolver mecanismos preventivos e repressivos de combate à corrupção. À luz desse entendimento destaca seus fatores geradores da corrupção:

- a) a ausência de democracia ou má governança das instituições públicas e, consequentemente, de instituições democráticas adequadas, destacando-se os mecanismos independentes de controle governamental, tais como um Poder Judiciário, um Poder Legislativo e um Ministério Público independentes; ausência de órgão superiores de fiscalização e uma imprensa livre; b) Excessiva intervenção do Estado na economia; c) Excesso de burocracia e falta de transparéncia nos regulamentos e procedimentos administrativos; d) Elevada discricionariedade do Poder Público na formulação e implementação de políticas públicas; e) Ausência de um ambiente competitivo; f) a cultura do patrimonialismo e do clientelismo. Além desses fatores ainda teríamos outros tais como salários e rendimentos inadequados no setor público; deficientes condições de trabalho dos servidores, sem motivação para a eficiência; a falta de códigos de condutas, de regras e de diretrizes éticas ao setor público e também ao setor privado.

Hodiernamente, portanto, entendem os estudiosos abordam que a conduta corrupta deriva menos da falta de princípios éticos ou morais e mais das condições materiais propícias para a prática do ilícito. Contudo, não se deve esquecer que ética e corrupção são condutas indissociáveis.

2.4 Combate e percepção da corrupção

A despeito do fato da corrupção possuir uma dimensão legal, histórica e cultural, atualmente, economistas passaram a examiná-la sob o ponto de vista econômico. Instituições financeiras como o Banco Mundial e organizações não-governamentais, como a *Transparency International*⁵ preocupam-se com as implicações da corrupção sobre a economia mundial. Diante disso, procuram estabelecer um controle e um combate à corrupção com ênfase na transparéncia e boa governança dos Estados.

⁵ A *Transparency International* é um ONG não-governamental criada em 1993 que objetiva o combate à corrupção promovendo a transparéncia, responsabilidade e integridade em todos os níveis e setores da sociedade.

O Banco Mundial desde 1996 passou a manifestar sua inquietação com a corrupção, mas foi a partir de 1998 que o Banco programou uma ofensiva à corrupção abrangendo quatro áreas diferentes: o controle da corrupção em projetos do Banco Mundial; o apoio a países interessados em controlar a corrupção; a incorporação do critério da “corrupção” em todos os programas de empréstimo do Banco; o apoio a iniciativas internacionais para controlar a corrupção. (PONTES, 2008, p. 3284).

Com tal característica, o Banco Mundial aponta entre suas principais políticas públicas o combate à corrupção. Destaca Garcia (2003, R., p18) que "em Estados com elevados índices de corrupção, a propina aumenta o custo na operacionalização de negócios, afastando investidores e tendo efeitos perversos sobre o crescimento econômico e a alocação de recursos".

A entrada do Banco na luta contra a corrupção deu mais importância ao tema internacionalmente, gerando dados e informações para experimentos como o cálculo do grau de corrupção, volume dos desvios e o custo da corrupção para a Economia.

Os especialistas que estudam o tema têm feito análises periódicas dos índices de percepção da corrupção, buscando encontrar estatísticas. Esses índices são uma das melhores ferramentas para se estimar e comparar o grau de corrupção de um determinado país com outros.

Diante da importância estratégica dessas informações, a ONG *Transparency International*, que trabalha junto ao Banco Mundial, proporcionou uma de suas contribuições mais notórias: o ICP⁶. Este índice, compilado anualmente pela ONG desde 1995, é oriundo de várias fontes, entre elas especialistas no assunto, analistas locais e empresários, que analisam a corrupção interna atribuindo notas de zero (máximo de corrupção) a cem (mínimo de corrupção).

Trata-se apenas de um índice qualitativo devido à dificuldade em se comparar dados empíricos relativos à corrupção entre países.

Um ponto forte que merece consideração, como afirma Ana Cristina Melo de Pontes (2008, p. 3285), é "a possibilidade de inclusão, em um só índice, de dados oriundos de grande número de fontes, o que aumenta a confiabilidade das informações obtidas".

⁶ Índice de Percepção da Corrupção (em inglês Corruption Perceptions Index).

Em contrapartida, explica Abramo (2005, p 34-37 *apud* MORES, 2009, p 108):

(...) Não há garantia de que as opiniões das pessoas envolvidas nas pesquisas realizadas para o índice sejam independentes entre si; não se tem o conhecimento do nível das instituições dos países envolvidos; a opinião das pessoas está relacionada com o acesso à informação e notícias disponíveis nos meios de comunicação; as percepções acerca da corrupção indicam pouco sobre o sentido empírico da corrupção.

Apesar das críticas, o ICP tem o mérito de ter dado início à inclusão do assunto corrupção na agenda internacional. Nesse sentido assevera Ana Cristina de Melo Pontes (2008, p 3285-3286):

A partir desses dados, os países, por meio de seus governantes, passam a demonstrar uma preocupação cada vez mais ascendente em melhorar os seus índices e mostrar para a população e para a comunidade internacional que estão adotando providências para combater efetivamente a corrupção, de forma a buscar melhorias contínuas no crescimento econômico e no desenvolvimento social de seus países.

O último ICP divulgado pela ONG é de 2014. Atualmente, o Brasil ocupa a 69^a posição, num total de 174 países, obtendo quarenta e três escores, mantendo praticamente a mesma pontuação dos anos de 2013 e 2012⁷, o que indica um considerável e preocupante nível de corrupção no País⁸.

No Anexo A, acostado no final deste trabalho, é possível constatar algumas das informações acima apresentadas.

2.5 A corrupção no Brasil

Nos dias atuais, a quantidade de notícias de irregularidades a respeito da forma com que tem se tratado a coisa pública, sugere que a atividade corrupta no Brasil tem se tornado corriqueira, o que só atrapalha o desenvolvimento do País.

Os esquemas de lavagem de dinheiro e de proteção da corrupção política são periodicamente divulgados pelas principais mídias de comunicação. Episódios como o do "mensalão", e agora recentemente, o do "petrolão", evidenciam a situação

⁷ Fonte *Transparency International*, disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2014/results>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

⁸ Vide anexo A sobre os Índices de Percepção da Corrupção dos anos de 2012 a 2014.

alarmante de estrago do dinheiro público para gerenciar a República e estabelecer a governabilidade de um partido no poder.

O persistente nível de corrupção que hoje assola o Brasil, origina-se, em grande parte, das práticas já existentes no passado, principalmente do período de colonização e império, que tem grande participação na formação cultural do País. O que percebemos, nos dias atuais, pode ser entendido pelo reflexo da evolução cultural brasileira, evolução baseada em princípios como o do patrimonialismo, clientelismo e coronelismo, herança de tempos passados que só nos trouxe prejuízos.

Outro ponto a ser suscitado é o fato de ainda existirem práticas de nepotismo e favorecimentos pessoais em muitos setores da Administração pública, a despeito da legislação em vigor que incrimina essas práticas, remetendo-nos, mais uma vez à períodos antigos, onde essas práticas eram comuns na "máquina estatal".

Segundo Garcia, (2003, R., p. 20-21) "no Brasil, existe a crença de que a corrupção surge, de forma organizada, a partir do governo Juscelino Kubitschek (JK) com sua política de investimentos dirigida a obras civis e rodoviárias", onde ocorriam grandes superfaturamentos⁹.

No entanto, foi logo após a redemocratização, em 1990, com o presidente Collor de Mello, que o País teve um grande aumento na corrupção, alcançando níveis endêmicos, o que, posteriormente, ocasionou o *impeachment*¹⁰ do presidente. Esse momento histórico, de tão marcante, é bastante relembrado pelos brasileiros, principalmente devido à atual conjuntura política de escândalos de corrupção envolvendo o Partido Trabalhista (PT), partido da atual presidente reeleita Dilma Rousseff.

Os tipos mais comuns de corrupção no Brasil, hodiernamente, são: a troca de recursos por apoio, seja ele político, financeiro ou favores pessoais e a corrupção em sentido restrito, que se refere a atos ilegais praticados por agentes do governo para enriquecer, levantar fundos de campanha ou comprar apoio de membros do Legislativo e administradores públicos, bem como de grupos de interesse.

Concluindo, essa ideia de que é impossível controlar a corrupção, faz com que os brasileiros desenvolvam um sentimento de descrença, que resulta num

⁹ Aumentar artificialmente os preços de bens ou serviços vendidos ao governo para propiciar lucros adicionais às empresas em troca de propinas

¹⁰ Termo que denomina o processo de cassação de mandato do chefe do poder executivo pelo congresso nacional, pelas assembleias estaduais ou pelas câmaras municipais por crime comum, crime de responsabilidade, abuso de poder, desrespeito às normas constitucionais ou violação de direitos pátreos previstos na constituição

individualismo exacerbado, uma cultura egocêntrica, onde cada um pensa exclusivamente no seu bem estar singular. É preciso sair do comodismo diante as inúmeras fraudes aos bens públicos que tomam conta do nosso País.

Não podemos mais apontar como solução a simples edição de novas leis, pois estas não são suficientes para combater a corrupção. José Murilo de Carvalho (2009, *online*) nesse caso diz que “a mania de regulamentação foi introduzida e reforçada pela grande presença de juristas no poder legislativo e na administração do estado”. De acordo com o autor, “a aspiração maior desses juristas é formular a legislação perfeita, que enquadre toda a realidade e evite qualquer brecha por onde possa escapar o transgressor”.

Dificilmente, a corrupção será dizimada, não apenas no Brasil, mas em qualquer outro país do mundo, mesmo aqueles com baixo índice de corrupção, todavia deve-se buscar soluções para atenuá-la.

Uma transformação cultural na sociedade tem que acontecer, como mudança de hábitos e condutas ilícitas, haja vista que a corrupção não é uma transgressão exclusiva dos políticos brasileiros, do contrário, ela é o retrato de toda uma sociedade, basta mencionar o denominado “jeitinho brasileiro”, que nada mais é que uma forma de burlar a lei em favor de interesses pessoais, da garantia de acesso a serviços e oportunidades através de métodos que não são os identicamente utilizados pelos demais cidadãos.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO

O direito fundamental à boa administração é uma síntese dos direitos que vinculam direta e indiretamente a Administração Pública. É um direito de recente estudo na doutrina nacional, inspirado no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Os principais deveres decorrentes desse direito são: a boa gestão dos recursos públicos; o dever dos agentes públicos de atuar em conformidade com os princípios éticos compatíveis com suas finalidades e desempenhar da melhor forma possível suas atribuições; o dever da Administração de agir de acordo com a lei, os bons costumes e a moral e exercer a atividade administrativa com presteza, rendimento, perfeição, de forma eficiente e eficaz para o satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Além disso, uma boa administração deve adotar princípios gerais como o da proporcionalidade adotando medidas de otimização dos resultados, a fim de evitar vícios da discricionariedade administrativa, como o excesso e a omissão.

3.1 Contextualização e características do direito fundamental à boa administração

No começo de 2000 a União Europeia passou a estudar a necessidade de estabelecer princípios, especialmente no âmbito de seus Estados-membros, que ajudariam a formar uma estratégia de melhor convívio e desenvolvimento de seus países, além de fortalecer o laço político entre eles.

Com esse intuito de integração e de proteção a direitos fundamentais e a fim de gerar homogeneidade e funcionamento harmônicos entre alguns dos pressupostos da União Europeia, como a livre circulação de bens e pessoas, foi elaborado um instrumento conciliador: a Carta dos Direitos Fundamentais de Nice de 2000, na qual o direito fundamental à boa administração foi consagrado, dando-lhe acolhida expressa (Esse direito, apesar de inicialmente consagrado na Carta de Direitos da União Europeia, nasceu de uma construção doutrinária, jurisprudencial e normativa. Isto posto, não é um direito novo¹¹).

¹¹ A primeira constituição que pode ser apontada como símbolo da ideia de boa administração é a Constituição Finlandesa de 1919 (art. 16). A constituição italiana de 1948, por sua vez, já trazia em seu

A Carta de Nice defendeu a inclusão da boa administração dentro do rol de direitos fundamentais dos cidadãos europeus, nos seguintes termos:

Artigo 41¹².

Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
 - a) o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente;
 - b) o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;
 - c) a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.
3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.
4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

Através de uma análise do Artigo 41, identifica-se o direito à boa administração aglomera um conjunto de direitos procedimentais que têm por escopo proteger os interesses dos particulares perante os órgãos da União Europeia. Essa previsão incita uma expectativa de atuação e desempenho nas pessoas, as quais esperam uma conduta padrão do Estado na condução dos procedimentos de acordo com o direito positivado nas situações especificadas.

Com o Tratado de Lisboa, que passou a vigorar a partir do dia primeiro de dezembro de dois mil e nove, a Carta dos Direitos Fundamentais de Nice foi expressamente reconhecida, passando a ter o mesmo valor jurídico dos tratados de estruturação da União Europeia¹³, fazendo encerrar as discussões a respeito da aplicabilidade de um documento que não surgiu sob a forma de um tratado, no âmbito dos Estados-Membros (VALLE, 2010, p. 110).

O direito fundamental à boa administração não encontra previsão expressa na Constituição da República do Brasil de 1988. À vista disso, existem no ordenamento

artigo 97 que os cargos públicos se organizavam segundo os preceitos da lei de modo a assegurar o bom funcionamento e a imparcialidade da Administração. (MORGADO, *online*).

¹² Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 09. abr. 2015.

¹³ O artigo 6º do Tratado de Lisboa assim determina: "Art. 6º, 1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados" Disponível em: <http://europa.eu/pol/pdf/consolidated-treaties_pt.pdf>. Acesso em: 09. abr. 2015.

jurídico do brasileiro outros dispositivos constitucionais que nos levam à sua identificação, mesmo que de forma implícita. É o que ocorre com o artigo 37, *caput* da nossa Carta Magna que evidencia o princípio da eficiência, intrinsecamente ligado ao direito à boa administração e que deve estar presente nas práticas da administração pública.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, *online*) preleciona que a Constituição Brasileira se antecipou à Carta dos Direitos Fundamentais de Nice no que diz respeito à previsão de um direito à boa administração:

Diria que a Constituição de 1988, muito antes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, consagrou um direito fundamental à boa administração. Todos nós sabemos onde esse direito está, principalmente (não exclusivamente), ancorado: no artigo 1º, III, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e no artigo 37, onde estão elencados os princípios diretivos da administração pública. Com efeito, uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, devendo, para tanto, ser uma administração pautada pela probidade e moralidade, imparcialidade, eficiência e proporcionalidade. A nossa Constituição, como se percebe, foi mais adiante. Além de implicitamente consagrar o direito fundamental à boa administração, ela já previu expressamente os critérios, diretrizes, princípios que norteiam e permitem a concretização dessa idéia de boa administração. Então, diria que a nossa Constituição, na verdade, já antes da Carta da União Européia, pelo menos no âmbito formal, talvez tenha ido até mesmo além da própria União Européia.

Seguindo essa linha de pensamento, cabe destacar os ensinamentos de Juarez Freitas (2009, p. 22), precursor da doutrina do direito fundamental à boa administração pública no Brasil:

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 cogêncio da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.

Assim, de acordo com esses autores, o direito à boa administração é uma norma constitucional implícita, de direta e imediata eficácia, decorrente da própria subordinação que o Estado Democrático de Direito determina ao administrador (VALLE, 2010, p. 129). Isso implica dizer que esse direito, ora em debate, merece a proteção do nosso sistema normativo, pois o direito à boa administração baseia-se no Estado de Direito.

Deve-se frisar, contudo, que o Direito, por si só, não pode ter a presunção de definir boa administração, uma vez que seu conceito advém da multidisciplinaridade, ou seja, pensado, também, por outras áreas do conhecimento como, por exemplo, a Economia, a Administração e a Ética.

3.2 Boa administração como um direito fundamental

Uma das totalidades de problemas que envolvem o direito à boa administração é averiguar se, de fato, tem natureza de direito fundamental.

Por se tratar, como já mencionado, de um direito implícito, pois não se encontra positivado no ordenamento jurídico brasileiro, o que faz com que a boa administração seja considerada um direito fundamental no Brasil?

Como resposta a esse questionamento, deve-se explorar os requisitos necessários definidos por Robert Alexy (1999) para que um direito seja positivado entre os direitos fundamentais: universalidade; fundamentalidade; abstratividade; moralidade e prioridade.

A primeira particularidade apontada pelo autor é a de que o direito deve ser universal, pertencente a todos os seres humanos. São, então, aqueles válidos a todos e independem de cultura, raça ou religião. Isso não implica dizer que a coletividade não possa ter direitos fundamentais, podem ser "meio para a realização de direitos do homem" (ALEXY, 1999, p. 60).

Em segundo lugar, deve ser um direito moral, quando sua base é válida moralmente, ou seja, não depende da sua positivação.

O terceiro requisito é que faça jus à sua "proteção pelo direito positivo estatal" (ALEXY, 1999, p. 60), que seja um direito preferencial, tendo prioridade sobre o direito positivo. Sendo assim, norma ou decisões judiciais que porventura estejam se opondo aos direitos fundamentais são juridicamente viciadas.

O direito deve ser, ainda, fundamental e deve preencher duas condições: "deve tratar-se de interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito" e "que o interesse ou carência seja tão fundamental que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito" (ALEXY, 1999, p. 61). Desta maneira, a violação ou não satisfação desses direitos proporcionaria a possibilidade de morte, sofrimento grave ou afetação do núcleo da autonomia.

Por fim, o quinto atributo é que seja um direito abstrato, suscetível de restrição, a qual pode ser obtida através da ponderação, buscando assegurar que a redução seja mínima ou menor possível.

Nessa perspectiva, é possível fazer algumas identificações entre o direito à boa administração e os requisitos estabelecidos por Robert Alexy (1999).

O Estado deve agir de forma impessoal em seus procedimentos, de forma que atinge a sociedade como um todo e não apenas parcela desta, obedecendo ao pressuposto da universalidade. Essa forma de agir institui na população uma expectativa de comportamento padrão do Estado que nada mais é do que o direito à boa administração consagrado no Art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice. Esse comportamento padrão deverá, assim, ser cobrado por todos aqueles que forem alvo da legislação estatal.

No tocante à fundamentalidade e à preferência, é possível identificar que sem o direito à boa administração as pessoas estariam submetidas às arbitrariedades dos Poderes Estatais, o que justifica a fundamentalidade e preferência desse direito, na medida em que sua carência no ordenamento deixaria o cidadão desprotegido das decisões e atos abusivos do Estado.

Em relação à abstratividade, vê-se que o direito à boa administração é passível de sofrer restrições, quando diante de um conflito com outros direitos fundamentais, como, por exemplo, pode-se citar as recorrentes decisões judiciais que alteram a alocação de verbas orçamentárias destinadas para a área de saúde, em face do risco de morte de algum paciente necessitando de uma medicação cara, específica e ainda não prevista no SUS.

Por fim, destaca-se a base moral do direito à boa administração, uma vez que o princípio constitucional da moralidade, de eficácia direta e imediata, sugere um novo e profundo controle dos atos administrativos o que permite sua assimilação ao direito fundamental à boa administração pública, pautado, do mesmo modo, na probidade, eficiência e proporcionalidade.

Outro ponto que deve ser ressaltado e que também já foi mencionado é o fato de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, antes mesmo da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice, já previa, de forma implícita, o direito à boa administração, como ensinou Ingo Wolfgang Sarlet. O que se verifica, assim, é o mesmo discurso em distintos códigos de fala (VALLE, 2010, p. 134).

Cabe também mencionar que existe um grande número de direitos fundamentais fora do Título II da Constituição brasileira, mas ainda assim consagrados na própria Constituição. Exemplo disso é a proteção ao meio ambiente, prevista no art. 225¹⁴, direito fundamental de terceira dimensão¹⁵, a despeito da sua localização no texto constitucional.

Essa interpretação se faz à luz do §2º do artigo 5º¹⁶ da Constituição, que estabelece um rol meramente exemplificativo dos direitos fundamentais. Os direitos formais estão consagrados no rol do título II, enquanto os direitos materiais estão fora desse rol, podendo ser implícitos ou expressos, como é o caso da proteção ao meio ambiente, já citado, ou do direito à boa administração, objeto deste estudo.

Explicam Sarlet (2015, *online*) e Leandro Antonio Pamplona (2012, p. 19) que não se deve reduzir a incidência do art. 5º, § 2º, somente aos tratados internacionais, visto que "reduzir a incidência do art. 5º, § 2º, aos tratados é simplesmente esvaziá-lo significativamente de sentido" (SARLET, 2015, *online*).

O reconhecimento da existência de direitos implícitos, entretanto, como aponta Sarlet, é criticado por alguns autores, já que veem isso como uma "[...] banalização dos direitos pela sua excessiva multiplicação" (2015, *online*), ou como uma "[...] inflação jusfundamentalista" (ANDRADE, 2015, *online*), que ao expandir em excesso os direitos fundamentais "[...] pode culminar por erodir essa mesma idéia – afinal, quando tudo é fundamental, nada é fundamental." (VALLE, 2010 p. 130). Essa elasticidade do sistema jusfundamental deve, então, "[...] ser equilibrada, de modo a resistir à tentação de alargar a ideia e a força irradiante dos direitos fundamentais a todos os escaninhos das relações sociais, que acabaria por provocar a sua desfiguração" (ANDRADE, 2015, *online*).

Por esse motivo que Ingo Wolfgang Sarlet (2015, *online*). afirma que "[...]" para reconhecer um direito fundamental fora do título II, ainda que seja na Constituição,

¹⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitucacaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015

¹⁵ Os direitos da terceira dimensão são direitos transindividuais que transcendem os interesses do indivíduo e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano com alto teor de humanismo e universalidade, tais como: direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, de comunicação, etc.

¹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

preciso demonstrar a sua fundamentalidade material, que é presumida em relação aos direitos do Título II". Além disso, cabe aqui destacar as ponderações feitas pelo autor quando reconhece o direito fundamental à boa administração:

Em verdade, direitos implícitos são os que estão subentendidos no sistema constitucional, de tal sorte que os direitos e/ou princípios implícitos sempre são e só podem ser, direitos textuais implícitos, já que sempre estão contidos em outros explicitados no texto constitucional. Então, na verdade, **o Juiz não está criando um novo Direito a partir do nada, quando reconhece um direito implícito**, já que ele necessariamente haverá de partir do texto, do sistema constitucional. No fundo, como já apontado, **quando se “define” um novo direito implícito, na prática, o Juiz simplesmente está a redefinir o âmbito de proteção ou o âmbito de aplicação normativa de um direito fundamental já preeexistente**. Em caráter ilustrativo, temos o recente exemplo do sigilo fiscal e bancário, a identidade genética da pessoa humana, o direito ao conhecimento da origem biológica etc. Não se cuida, portanto, de direitos realmente novos, mas sim, de reconhecer proteção jurídica a novas formas de violar outros direitos, como a dignidade, a intimidade, a privacidade, etc, como se verifica nos exemplos referidos. (grifou-se)

A partir do entendimento do autor, pode-se inferir que para o adequado exercício da função administrativa, deve-se ter uma garantia de efetividade dos demais direitos fundamentais aplicados à Administração Pública, o que seria possível com o início do reconhecimento da fundamentalidade da boa administração.

Assim, reconhecer o direito à boa administração como fundamental é ampliar a esfera de proteção dos direitos tidos como fundamentais no título II da Constituição. Além disso, como explica Vanice do Valle (2010, p. 132), se:

[...] é no âmbito da função administrativa que se assegura a concretização dos direitos fundamentais no que toca aos deveres de atuação do Estado, evidente a indissociação entre resultado (normalmente tutelado no elenco do Título II) e meio, cujos parâmetros de atuação se veriam definidos no direito fundamental à boa administração.

Desta maneira, mais uma vez estar-se-ia caracterizando o direito à boa administração como de natureza fundamental.

Por fim, merece exposição a opinião de Raimundo Márcio Ribeiro Lima (2015, *online*), que, em crítica aos autores mencionados acima, entende a boa administração é um dever constitucional que não se confunde com direitos e deveres fundamentais:

A boa administração é decididamente um dever constitucional do Estado que não possui conteúdo definido, muito embora seja delimitado, nos meios e fins, pelos direitos fundamentais e, nesse ponto, destaca-se a importância da

discricionariedade para escolher meios, ou seja, o gestor público alcança uma boa administração mediante a discrição para escolher meios destinados ao cumprimento dos comandos constitucionais. Aliás, tal discricionariedade decorre da própria estrutura dos deveres positivos.

O autor (2015, *online*) afirma que a fundamentalidade "representa uma enorme perplexidade na operatividade dos comandos constitucionais, sem falar que banaliza o Texto Constitucional". O autor mostra-se refratário ao reconhecimento da boa administração como um direito fundamental, posição esta não predominante, conforme demonstrado.

3.3 Direitos fundamentais como parâmetros para a discricionariedade administrativa e a vinculatividade dos órgãos públicos

O agente público, na tomada de decisão administrativa, geralmente se acha num conflito entre o interesse público e os direitos fundamentais a serem assegurados e promovidos pelo Estado. Todavia, o objetivo principal dos direitos fundamentais é proporcionar ao indivíduo uma posição jurídica de direito subjetivo, a fim de limitar a atuação do Estado. Sendo assim, não há, necessariamente, uma rivalidade entre esses dois aspectos, haja vista que a promoção de direitos fundamentais constitui um interesse público. Contudo, ocasionalmente, pode ocorrer um choque de interesses dos particulares e do Estado.

O administrador público deve prover meios necessários para que esses direitos se concretizem, reconhecendo-se como um intérprete do Direito, com o conhecimento de que deve estabelecer um sopesamento de valores para uma gestão apropriada dos recursos públicos.

Avaliando a importância dos Tribunais para uma melhor interpretação jurídica dos direitos fundamentais, leciona Henrique Moreira Leites (2008, p. 79) que:

[...] as diversas escolhas que a Administração realiza cotidianamente devem primar pelo caráter tópico e sistemático da interpretação jurídica, a saber, devem, acompanhar a evolução histórica de cada direito fundamental implicado a partir de suas decisões e reconhecer na jurisprudência padrões de condutas quanto à delimitação dos direitos fundamentais. Isto não implica dizer um seguimento indiscriminado dos direitos fundamentais tal qual plasmados nos acórdãos dos Tribunais, mas a consideração destes na formação do conhecimento prático jurídico administrativo.

Conforme ministra o autor, a discricionariedade administrativa deve acompanhar a jurisprudência para uma efetiva aplicabilidade dos direitos fundamentais, de forma a avaliar e escolher as melhores soluções, mediante justificativa válida, entretanto, é fundamental ter em mente que o direito muda constantemente, devendo o agente público acompanhar a evolução histórica de cada direito fundamental.

Conclui o autor pela "possibilidade de, contemporaneamente, os direitos fundamentais servirem de parâmetro para a contínua delimitação da liberdade da Administração Pública na fruição de seus poderes" (LEITES, p. 81).

Todavia, deve-se ressaltar que os direitos fundamentais são instituídos pela Constituição de modo formal, e produzidos por uma pluralidade de dispositivos constitucionais, não sendo possível sua instituição por meio de legislação ordinária ou jurisprudência.

De acordo com Justen Filho (2012, p. 140):

Direito fundamental consiste em um conjunto de normas jurídicas, previstas primariamente na Constituição e destinadas a assegurar a dignidade humana em suas diversas manifestações, de que derivam posições jurídicas para os sujeitos privados e estatais.

Nesse diapasão, complementa-se que o direito à boa administração vai limitar a atuação do Estado, visto que este é um direito fundamental que garante a efetividade dos demais direitos fundamentais aplicados à Administração Pública, conforme explanado no tópico anterior.

No tocante à vinculação dos órgãos públicos, a Constituição brasileira não faz menção expressa da incorporação dos direitos fundamentais pela Administração Pública, sendo resultante de interpretação, já que a Carta Magna limitou-se a exigir sua imediata aplicabilidade.

Não obstante, os direitos fundamentais como princípios e valores constitucionais não podem deixar de aplicar-se em toda a ordem jurídica, abrangendo as relações entre particulares e agentes públicos (políticas e administrativas), bem como as relações entre particulares. É o que expõe Herique Moreira (2008, p. 82), quando afirma que "os direitos fundamentais vinculam a Administração e atuam juridicamente, como verdadeiras regras de ouro, que preservam o Estado Democrático de Direito, inclusive, contra os seus próprios abismos [...]".

Além disso, a definição dos direitos fundamentais de Justen Filho (2012) deixa claro que os direitos fundamentais têm eficácia vertical (no relacionamento entre

sujeitos privados e estatais) e eficácia horizontal (relacionamento direto entre particulares).

Diante do exposto, é possível afirmar que o regime jurídico aplicável à Administração Pública está baseado em deveres constitucionais, com o objetivo de promover a realização das necessidades da sociedade, especialmente a promoção e proteção dos direitos fundamentais.

3.4 Limitação à discricionariedade administrativa

De acordo com Juarez Freitas (2009, p. 09), a Administração Pública, exercendo sua discricionariedade, não pode fazer escolhas de forma desmedida, devendo sofrer controle, em virtude de "[...] contumazes vícios forjados pelo excesso degradante, pelos desvios ímparobos ou pela omissão desidiosa".

O que ele chama de "Estado da escolha administrativa legítima" deve ser o "Estado da proporcionalidade [...] entendido como vedação simultânea de excesso e omissão". (FREITAS, 2009, p. 19-20). Esse Estado da discricionariedade legítima consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 212) anota que "a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito".

Justen Filho, por sua vez, propõe que:

A discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Todas as definições apresentadas possuem em comum o critério subjetivo de escolha da melhor deliberação a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados pelo ordenamento pátrio. Essa forma de produzir solução por meio de uma ponderação atrela a discricionariedade administrativa ao princípio da proporcionalidade. Por outro lado, um elevado grau de discricionariedade cria oportunidades para práticas corruptas.

3.5 O Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade desempenha relevante função hermenêutica, verdadeiro ordenador do direito, já que somente através dele os outros encontram a sua condição de aplicabilidade e eficácia. É aquele que constitui a unidade e a coerência da Constituição mediante a exigência de ponderação axiológica em cada caso concreto. A circunstância de ele não estar previsto expressamente na Constituição do Brasil não impede que seja reconhecido, invocando o disposto no § 2º do art. 5º¹⁷: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O princípio da proporcionalidade tem como essência e destinação preservar os direitos fundamentais, coincidindo com a essência e destinação de uma Constituição que é atualmente concebida para desempenhar um papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático.

Algumas vezes, diante de todos os Direitos Fundamentais albergados na Constituição, ocorrerão momentos em que a Administração Pública terá que decidir qual bem jurídico deverá proteger. É preciso fazer uma ponderação de direitos fundamentais conflitantes no caso concreto. Mas, "em nenhuma circunstância um Direito Fundamental deve suprimir inteiramente o outro, na colisão de exercícios" (FREITAS, 2009, p. 66). Juarez Freitas (2009, p. 66) assinala que o agente público "está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais".

Para estabelecer critérios para solucionar esse problema, o princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios: o princípio da adequação, o princípio da exigibilidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Versando sobre esses subprincípios, ensina Henrique Moreira Leites de forma sucinta (2008, p. 89):

Compreende-se que a medida que tende a limitar a efetividade dos direitos fundamentais será adequada quando, por sua natureza, for apropriada e idônea à obtenção do resultado almejado. Fala-se aqui, então, de aptidão da medida a ser implementada a atingir o resultado previsto. A necessidade, por seu turno, busca uma otimização, no sentido de que se um tipo de limitação aos direitos fundamentais pode ser obtido por mais de um meio, opte-se sempre pelo meio menos gravoso, menos prejudicial à pessoa e à

¹⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

coletividade. E a proporcionalidade em sentido estrito é a relação de proporção entre meio e fim, ou seja, se as vantagens advindas da intervenção superam as desvantagens.

Diante disso, a melhor solução para o caso concreto é aquela que possa maximizar ou otimizar aqueles fins constitucionais.

3.5.1 O direito fundamental à boa administração e o princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é parte integrante da ideia de boa administração pública, além de também ser indispensável para a preservação dos valores fundamentais.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 79) afirma que a proporcionalidade é um dos aspectos que constitui o princípio da razoabilidade, isto porque o princípio da razoabilidade exige, entre outras coisas, a proporcionalidade.

Para ela, o princípio da razoabilidade é aplicado no Direito Administrativo "como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo poder Judiciário" (DI PIETRO, 2009, p. 79).

Ainda segundo a autora "essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto" (Di Pietro, 2009, p.79).

Apesar da norma legal permitir que a Administração Pública tome decisões com base em critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade, às vezes, deve ser entendida no caso concreto, onde os fatos vão delimitar a melhor solução a ser tomada pelo agente.

A assimilação feita por Marçal Justen Filho também é nesse sentido:

O intérprete tem o dever de avaliar os efeitos concretos e efetivos potencialmente derivados da adoção de certa alternativa. Deverá selecionar aquela que se configurar como a mais satisfatória, não do ponto de vista puramente lógico, mas em vista da situação real existente.

Importante relação entre discricionariedade e o princípio da proporcionalidade se acha em Juarez Freitas (2009) quando fala do vício da

discricionariedade excessiva ou abusiva e do vício da discricionariedade insuficiente ou por omissão, que devem ser proibidos.

Na arbitrariedade excessiva, a administração deve sempre observar se os limites impostos à competência discricionária foram ultrapassados, caso em que o agente público escolhe uma solução sem amparo legal ou quando a atuação administrativa se dá com desvio abusivo das finalidades legais ou constitucionais (FREITAS, 2009, p. 27).

Já na discricionariedade por omissão, "o agente deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce com inoperância, inclusive ao faltar com os deveres de prevenção e precaução" (FREITAS, 2009, p. 27). Neste caso, os agentes adotam medidas insuficientes para garantir os direitos fundamentais, restando violado o princípio.

Concluindo, a discricionariedade administrativa pode estar viciada pelo excesso ou pela omissão. A não observância, nesses casos, do princípio da proporcionalidade pelo agente administrativo gera o dano. Para exemplificar, Juarez Freitas (2009, p. 64) expõe o seguinte exemplo:

Se a administração pública decidir realizar uma obra nova em vez de dar prioridade a obras inacabadas, provavelmente configurar-se-á uma arbitrariedade por excesso, ou seja, um vício comissivo de descomedimento e ineficiência. No pólo oposto, quando a administração pública não escolhe o momento certo de praticar determinado ato, recolhendo-se numa inércia injustificável, peca por omissão, e resta igualmente quebrada a proporcionalidade, agora pela escolha de uma conduta aquém do cumprimento das atribuições associadas à competência.

Não se aceita mais a discricionariedade pura da Administração Pública. A tomada de decisões está vinculada à Constituição, aos direitos fundamentais e aos princípios administrativos. É a supremacia da Constituição que norteia toda a atividade da Administração Pública pelos princípios, regras e valores nela previstos. O princípio da proporcionalidade tornou-se uma garantia constitucional que protege o cidadão contra os abusos cometidos pelo Estado.

A discricionariedade passa a ser entendida como associada à Constituição e aos direitos fundamentais. Isso impõe um controle do ato discricionário orientado pelos princípios constitucionais, não sendo suficiente a simples alegação de oportunidade ou conveniência.

3.6 O dever de motivação dos atos administrativos

Pela definição de boa administração de Juarez Freitas (2009), apresentada no início deste capítulo, percebe-se que o direito fundamental à boa administração está estreitamente ligado a outros princípios constitucionais como a eficiência, eficácia, proporcionalidade, imparcialidade e motivação.

Além desses, no conceito do autor abrigam outros direitos, tais como: a) o direito à administração pública transparente; b) o direito à administração pública dialógica; c) o direito à administração pública imparcial; d) o direito à administração pública proba; e) o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada, f) o direito à administração pública eficiente e eficaz, além de econômica e teleologicamente responsável. (FREITAS, 2009, p. 22-23).

Esses direitos não excluem outros, pois são "*standard mínimo*", e, em virtude disso, o autor citado propõe que o dever de motivação dos atos administrativos é imprescindível ao direito fundamental à boa administração no Brasil.

Referente ao princípio da motivação, William Paiva Marques Júnior (2009, p. 203) opina:

O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.

Toda e qualquer ação do Estado, representado pelo administrador público, deve ser justificada com os fundamentos de fato e de direito. Isso significa dizer que o agente público deve fundamentar os atos vinculados e os discricionários, com o intuito de corrigir erros manifestos e recorrentes, vícios de excesso e de omissão.

Explica Juarez Freitas (2009, p. 50) que "a motivação é o escudo do cidadão contra arbitrariedades e desvios invertebrados". Em outras palavras, a motivação é o controle para a discricionariedade administrativa.

Henrique Moreira Leites (2008, p. 91-92), estudando a moralidade na boa administração explica que:

É preciso uma mudança de atitude do administrador público, que leve em consideração uma nova ótica da discricionariedade e da vinculação administrativas, comprometido não em utilizar o termo "discricionariedade"

como defesa e sinônimo de “imunidade”, mas que compreenda que as situações que envolvem maior discricionariedade para a escolha das várias opções que se lhe apresentam, e por este motivo, merecem maior e melhor fundamentação. Esta é a relação que se instaura, no Estado de Direito contemporâneo, entre a liberdade de atuação da administração pública e o dever de motivar, especialmente se levado em conta que a atuação estatal envolve, muitas vezes, limitações aos direitos fundamentais.

A motivação oferece razões imparciais, universais e aceitáveis, bem como, confere eficácia ao princípio da impessoalidade, eliminando-se as vontades particulares. O dever de motivar tende, ainda, a impedir danos indenizáveis, ou seja, prejuízos a terceiros. Por fim, a motivação busca assegurar a continuidade e estabilidade das políticas públicas, criando um ambiente seguro ao planejamento.

O princípio da motivação encontra-se previsto na Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O art. 50 da mesma lei determina vários tipos de motivação de atos administrativos:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I- neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Esse rol expositivo do art. 50 da lei nº 9.784/99, todavia, é meramente exemplificativo, pois “sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato” (MARQUES JUNIOR, 2009, p. 203).

4 A LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI N° 12.846/2013) ANTE O DEVER DA BOA ADMINISTRAÇÃO

A corrupção pode prejudicar seriamente o desempenho econômico de um país, na medida em que altera os gastos governamentais, afeta as decisões de investimentos, limita o crescimento econômico, abala a legitimidade dos governos e a confiança do Estado.

Costuma-se perceber que países com maior efetividade do governo e maior eficácia das leis possuem menores níveis de corrupção percebida do país. O Brasil, por exemplo, tem alto nível de corrupção percebida, uma vez que apresenta elevada burocracia e fragilidade das instituições, que, aliados à baixa eficiência do Sistema Judiciário, reduzem a eficiência da administração pública brasileira, indo de encontro aos deveres de boa administração.

O custo da corrupção gera um montante de recursos que deixam de ser aplicados em outras atividades no País (saúde, educação, tecnologia, etc.) porque são desviados para o pagamento de atividades corruptas, causando um grande impacto negativo para o desenvolvimento econômico.

A atenção com a questão da corrupção atinge a comunidade internacional, que demonstra preocupação com o tema, procurando combater a corrupção de forma articulada e consorciada, com a premissa de que ela compromete interesses comuns a todos os povos.

Nesse diapasão, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 3.678 de 30 de novembro de 2000¹⁸, define corrupção como:

[...] um fenômeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade.

Tal Convenção prevê, entre outras medidas, que os Estados adotem medidas de responsabilização de pessoas jurídicas pela corrupção de servidores públicos estrangeiros, estabelecendo sanções de natureza penal, civil e administrativa.

¹⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 02 maio 2015.

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 que entrou em vigor em 29 de janeiro de 2014 foi impulsionada por essas diretrizes.

4.1 Análise da Lei nº 12.846/2013

A Lei nº 12.846/2013, também conhecida por "Lei Anticorrupção", começou a vigorar no Brasil no início de 2014. Foi aprovada pelo poder Legislativo após a enorme pressão da população, que em meados de junho e julho de 2013 foi às ruas reivindicar o descontentamento com escândalos de corrupção, as grandes despesas públicas e a falta de transparência institucional.

A proposta inserida na Lei nº 12.846/2013 é a persecução da corrupção em sentido lato, combatendo-a em seu nascêndouro, coibindo, inicialmente, a ação dos corruptores e não dos corrompidos. Para isso, a referida Lei consagra condutas tipificadas como ilícitos penais, além da previsão do chamado "acordo de leniência". Propõe, ainda, a aplicação de penas duras nas searas cíveis e administrativas àqueles que cometem atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, conforme previsão no art. 5º da Lei¹⁹.

A Lei também prevê a proteção aos princípios que regem a Administração Pública, unificados no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como os implícitos e os esparsos na legislação, dentre eles o princípio da boa administração e da proporcionalidade.

A "Lei Anticorrupção" trata dos danos causados ao Estado por entes personificados ou não, possibilitando a responsabilização das Pessoas Jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. O alvo da Lei são as empresas corruptoras, que poderão ser punidas quando praticarem ilícitos como fraude a licitações, manipulação ao equilíbrio econômico-financeiro de contrato ou tentativas de suborno de agentes públicos, mesmo que a prática da conduta tenha sido praticada por seus agentes, colaboradores ou fornecedores.

¹⁹ Lei nº 12.846/2013. Art. 5º "Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil".

Os principais diplomas estrangeiros que motivaram e possuem identificação com a Lei nº 12.846/2003 são o *Foreign Corrupt Practices Act* dos Estados Unidos (FCPA)²⁰ e o *Bribery Act* do Reino Unido (UKBA)²¹.

A "Lei Anticorrupção" veio acrescer ao já extenso arcabouço jurídico relacionado à prática de corrupção, coexistindo com os demais diplomas existentes e disciplinando mais um regime de combate à corrupção no Brasil.

Uma das grandes inovações trazidas por essa nova lei, contudo, é a responsabilização objetiva, nos âmbitos administrativo e civil, das pessoas jurídicas, pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.

Outras importantes novidades trazidas pela Lei são o *compliance*, o acordo de leniência, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, bem como a rigidez das sanções.

É inegável que a "Lei Anticorrupção" inovou em diversas disposições legais em relação às demais normas presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, manifesta-se Antonio Carlos Vasconcelos Nóbrega (2014, p. 66):

Com efeito, anteriormente a preocupação do legislador tinha como foco principal a responsabilização das pessoas físicas responsáveis por atos de corrupção. Diversos diplomas legais são voltados para tal objetivo, sendo possível mencionar a Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e a Lei n.º 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Federais), além da própria legislação penal prevista na Lei nº. 8.666/93 (Lei de Licitações) e no Código Penal. A responsabilização das pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção limitava-se, em regra, à impossibilidade de contratar com a Administração Pública. Neste sentido, podemos citar os arts. 87 e 88 da Lei nº. 8.666/93, o art. 7º da Lei n.º 10.520/02 (Lei do Pregão) e o art. 46 da Lei n.º 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União). A responsabilização com base em outros diplomas legais, tais como na Lei n.º 8.429/92, depende da demonstração da responsabilidade subjetiva dos agentes (pessoas físicas), além de não abranger os ilícitos criminais e os atos contra a administração pública estrangeira.

Essa Lei, como visto, diverge das demais por ser a primeira no ordenamento jurídico brasileiro a adotar a responsabilidade civil e administrativa de empresas que pratiquem atos nocivos ao patrimônio público, já que a responsabilização concentrava-se apenas na pessoa física. A pessoa jurídica será responsabilizada, independentemente da responsabilização dos indivíduos envolvidos, ou seja, sem a comprovação de dolo ou

²⁰ O FCPA foi editado em 1977 e emendado em 1988 e 1998. Os Estados Unidos foi o primeiro país, de forma isolada, a adotar legislação punitiva de corrupção praticada no exterior. Não é um diploma autônomo como o UKBA e a "Lei Anticorrupção" brasileira, pois insere disposições a um diploma pré-existente, o *Securities Exchange Act* de 1934.

²¹ O UKBA, editado em 2010, é considerado o mais rígido diploma em vigor sobre corrupção no mundo.

culpa do dirigente ou dos proprietários, por qualquer ato praticado em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

4.2 Responsabilidade civil objetiva na Lei nº 12.846/2013

Em seu artigo 1º²², a "Lei Anticorrupção" traz a previsão legal da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração Pública.

No parágrafo único do Art. 1º, percebe-se a clara intenção do legislador em ampliar o âmbito de incidência da Lei submetendo-lhe qualquer pessoa não natural, independente da forma de organização adotada, modelo contratual, sede e mesmo que exista apenas de fato.

A legislação brasileira, hodiernamente, é vasta em possibilidades de responsabilidade objetiva como, por exemplo, na legislação ambiental, no transporte aéreo e terrestre, nas relações entre bancos e clientes, nas relações entre construtoras e adquirentes de unidades residenciais, nas relações entre usuários e planos de saúde, entre outras situações (BRAGA NETTO, 2015, p. 28). A Lei nº 12.846/2003 aumentou esse rol de hipóteses de responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro trazendo a previsão do art. 2º²³, no qual as pessoas jurídicas são responsabilizadas objetivamente nas esferas administrativa e civil.

A Lei, portanto, prescinde de qualquer elemento de culpa ou dolo na responsabilização das empresas, bastando que haja nexo causal entre a atuação da pessoa jurídica e o dano causado à Administração Pública, constatado pela prática de qualquer dos elementos previstos no art. 5º do corpo normativo.

A objetivação da responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção tem o escopo de fazer com que a pessoa jurídica adote ações, práticas e condutas

²² Lei nº 12.846/2013. Art. 1º "Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente".

²³ Lei nº 12.846/2013. Art. 2º "As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não".

preventivas, ou seja, a pessoa jurídica responderá mesmo ausente o dolo ou a culpa, assim ela deverá evitar que o ato de corrupção ocorra.

Sem embargo, deve-se frisar que a responsabilidade objetiva não é por risco integral, pois essa teoria “é uma modalidade extrema da doutrina do risco”. Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 155) explica que isso significa dizer que:

[...] se a pessoa jurídica acusada de atos de corrupção fizer prova de que não houve violação à ordem jurídica, ou de que tal evento não decorreu da conduta de seus representantes — rompendo o nexo de causalidade — não há que falar na aplicação das sanções previstas nos artigos 6º e 19 da referida lei.

De acordo com esse entendimento, fica perceptível a intenção da Lei de obrigar as empresas a adotarem códigos de condutas, programas de *compliance*, assim como instruir preparar seus empregados a prevenir os atos de corrupção, porquanto, mesmo sem culpa ou dolo, poderão sofrer pesadas sanções.

Por outro lado, a Lei trouxe algumas ressalvas, como a previsão do art. 3º²⁴ que dispõe que a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

O que se entende é que a responsabilidade da pessoa jurídica não imuniza seus dirigentes ou administradores, todavia estes só serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade²⁵.

Por esse ângulo, a empresa não pode alegar que desconhecia a conduta de seu empregado, e, ainda que faça essa alegação, deverá responder pelo dano, desde que haja nexo causal entre o ato do empregado e a empresa beneficiada. Conforme a linha de raciocínio do Art. 2º da Lei comprehende-se que o benefício nem precisa ser exclusivo da empresa, basta que haja o interesse, o qual também não precisa ser exclusivo, na conduta do empregado.

Cabe aqui mencionar a ressalva de André Pimentel Filho (2015, p. 78-79) que, em seu artigo, lembra:

Exige-se para a responsabilização por corrupção, que se demonstre que a prática irregular ocorreu por obra de pessoa ou órgão que tenha alguma

²⁴Lei nº 12.846/2013. Art. 3º "A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito".

²⁵Lei nº 12.846/2013. Art. 3º, § 2º "Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade".

relação representativa com a pessoa jurídica, do contrário criar-se-ia a possibilidade de situações em que ente beneficiado (não exclusivamente) por ato corrupto pode ser punido por ato de terceiro totalmente estranho às suas atividades, sem que tenha qualquer participação no ato irregular.

A fim de exemplificar uma situação em que uma empresa é responsabilizada injustamente por ato de terceiro, continua o autor (PIMENTEL FILHO, 2015, p. 79):

Pode-se imaginar uma hipótese, absolutamente factível. Concorrem em uma licitação as empresas *A*, *B*, *C* e *D*. A empresa *A*, temendo a competitividade da empresa *C*, atua irregularmente de modo a provocar sua desclassificação. Para isso, suborna o responsável pelo certame. *C* é desclassificada, o que beneficia e é do interesse de *A*, *B* e *D*. No entanto, parece óbvio e lógico que apenas a empresa envolvida deva sofrer sanções pela prática corrupta.

Em relação à responsabilização administrativa das empresas, a Lei estipula multas que varia de 0,1% a 20% do faturamento bruto da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, ou até R\$ 60 milhões de reais quando não for possível esse cálculo (art. 6º)²⁶. Neste caso, não há qualquer intervenção do Poder Judiciário.

A responsabilização civil, por sua vez, nada mais é do que a provação do Poder Judiciário, que se destina a promover a indenização por perdas e danos provocadas pelas infrações. As empresas corruptoras condenadas judicialmente poderão ficar impedidas de receber qualquer tipo de financiamento, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou empresas públicas (art. 19)²⁷.

²⁶ Lei nº 12.846/2013. Art. 6º "Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.(...)§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais)".

²⁷ Lei nº 12.846/2003. Art. 19. "Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado: I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. § 2º (VETADO). § 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do

4.3 Compliance Lei nº 12.846/2013

A Lei traz para as pessoas jurídicas o dever de prevenir atos de corrupção entre seus colaboradores e representantes. São os chamados programas de *compliance* desenvolvidos pelo Estado para que possa se proteger dos atos ilícitos praticados pelas empresas privadas.

Essa é uma das formas encontradas pelo legislador brasileiro para incentivar o combate à corrupção pelos próprios diretores e demais agentes das entidades empresariais, buscando incentivar a boa administração.

O *compliance* é uma característica importante constante nos novos diplomas anticorrupção no mundo, exigindo que sejam instituídos procedimentos de controle interno à prática da corrupção pelas pessoas jurídicas, especialmente aquelas com maior potencial de desenvolverem atividades propícias às práticas corruptas.

Paulo Roberto Galvão de Carvalho (2015, p. 56) averba que a Lei nº 12.846/2003 inseriu as práticas do *compliance* "(...) de modo mais tímido. Nessa linha a Lei Anticorrupção brasileira refere-se ao *compliance* como apenas uma entre nove circunstâncias a serem levadas em consideração na aplicação das sanções previstas no diploma".

Buscando expandir a cultura do *compliance* a "Lei Anticorrupção" implantou regras de controle no âmbito das mais diversas sociedades empresariais, especialmente aquelas que mantêm com o Estado contratos e interações financeiras. Assim, impõe severas sanções às empresas infratoras, mitigando a aplicação de penas àquelas que tenham desenvolvido efetivos mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, além da aplicação efetiva de código de ética no âmbito da pessoa jurídica (art. 7º, VIII)²⁸.

Se a empresa demonstrar que desenvolve efetivo programa de *compliance* e que busca combater a corrupção nas mais variadas formas possíveis, mostrando-se intolerante aos atos de corrupção, pode ter as sanções abrandadas ou até perdoadas.

²⁸ pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé".

²⁸ Lei nº 12.846/2013. Art. 7º "Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...)VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica".

A Lei deixou a serem regulamentados os parâmetros de avaliação dos mecanismos de *compliance*. Recentemente, foi publicado o Decreto nº 8.420 de 18 de março de 2015 regulamentador da Lei nº 12.846/2003 que se propõe a solucionar muitas das questões e impasses inaugurados pela lei Anticorrupção. Um dos temas elucidados pelo Decreto é exatamente o que se deve considerar um programa de integridade efetivo.

De maneira resumida, o Decreto²⁹ prescreve parâmetros de avaliação da efetividade dos programas, incluindo, entre outros, o comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, a análise periódica de riscos, a confiabilidade dos registros contábeis, e ainda procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos em processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público.

A efetividade do programa de integridade depende ainda das características da própria pessoa jurídica, tais como a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores, da complexidade da hierarquia interna, da utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais e do setor e país em que atua.

4.4 O acordo de leniência na "Lei Anticorrupção"

A Lei nº 12.846/2013 previu em seu art. 16³⁰ a possibilidade de celebração pela "autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública" de acordos de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos contra a Administração Pública que "colaborem efetivamente com as investigações do processo administrativo".

²⁹ Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

³⁰ Lei nº 12.846/2013 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. 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".

O acordo de leniência não é uma novidade implantada pela Lei, haja vista que passou a ser prevista no ordenamento pátrio em 2000, com a reforma da Lei nº 8.884, de 1994 (a qual foi posteriormente substituída pela Lei nº 12.529, de 2011, atual Lei de Defesa da Concorrência).

É uma espécie de "delação premiada" aplicada no Direito Administrativo para as pessoas jurídicas que optarem por denunciar um ato lesivo previsto na Lei às autoridades competentes e colaborarem com as investigações do processo administrativo.

Trata-se de uma ferramenta de ajuda na detecção, investigação e comprovação de crimes apresentada ao administrador e aos operadores do direito.

Destarte, não é qualquer tipo de colaboração que resulta em celebração de um acordo de leniência. Conforme disposição do art. 16, I e II, a colaboração deve resultar na "identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber" e na "obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração".

Ademais, o acordo de leniência somente poderá ser celebrado caso a pessoa jurídica, segundo previsão do §1º do art. 16, cumulativamente: (i) seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; (ii) cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; (iii) 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.

É cognoscível que o legislador, nessa situação, abraçou a ideia "do primeiro colaborador, não estendendo os efeitos de leniência àqueles que se proponham a colaborar posteriormente à primeira denúncia" (FIDALGO; CANETTI, 2015, p 271).

Carlos Henrique da Silva Ayres e Bruno Carneiro Maeda (2015, p. 246), de forma contrária opinam:

Essa interpretação, entretanto, não deve ser aceita e as pessoas jurídicas devem poder celebrar acordos de leniência, ainda que após a instauração de procedimento para investigá-la, desde que os demais requisitos estejam preenchidos, a fim de que sejam beneficiadas pelo reporte e por sua cooperação com as autoridades públicas. A possibilidade de celebração de acordos de leniência mesmo após a instauração de procedimentos pelas autoridades faz sentido, pois, muitas vezes, as pessoas jurídicas tomarão conhecimento de atos lesivos cometidos por seus empregados ou terceiros agindo em seu interesse ou benefício somente quando tomarem ciência do procedimento iniciado para investigá-las.

Com relação aos efeitos da celebração do acordo de leniência, diz o art. 16, §2º que a celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º (publicação extraordinária da decisão condenatória)³¹ e no inciso IV do art. 19 (proibição de receber incentivos)³², assim como poderá reduzir em até 2/3 (dois terços) do valor da multa aplicável à hipótese.

Mesmo após a celebração do acordo de leniência, a pessoa jurídica não fica totalmente isenta de todas as sanções. Ela pode, ainda, como explicado no tópico 4.2 deste trabalho, sofrer multas na esfera administrativa e, no âmbito judicial, ser sujeita à sanção de dissolução compulsória e suspensão ou interdição parcial das atividades, sem falar da “possibilidade de persecução na esfera criminal, que não é excluída tampouco atenuada pela celebração do acordo” (FIDALGO; CANETTI, 2015, p 272).

Cumpre lembrar que os benefícios do acordo de leniência não se estendem às pessoas físicas envolvidas nos atos ilícitos.

O acordo de leniência se mostra interessante na medida em que: incentiva a denúncia de atos lesivos praticados contra a Administração Pública; pode ser fundamental na identificação dos envolvidos e na obtenção de provas, trazendo à baila informações que dificilmente seriam obtidas por uma investigação comum; permite um melhor remanejamento de gastos públicos, haja vista que informações envolvendo altos custos financeiros aos cofres públicos serão obtidas de forma mais fácil; incentiva as pessoas jurídicas a se preocuparem em atuar de forma ética, por meio de programas de *compliance*, por exemplo; e possam ter suas sanções reduzidas por meio da celebração do acordo.

³¹ Lei nº 12.846/2013. Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: [...] II - publicação extraordinária da decisão condenatória. § 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

³² Lei nº 12.846/2013. Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públcas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: [...] IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

4.5 O direito fundamental à boa administração aplicado na Lei nº 12.846/2013

No Estado Democrático de Direito, a Administração Pública tem papel fundamental de proteção, efetivação e promoção dos direitos fundamentais. Em virtude disso, à boa administração se relacionam deveres de observância obrigatória pelo Estado a fim de que este possa garantir a concretização dos direitos fundamentais.

Diante dos inúmeros casos de corrupção que assolam o País, faz-se necessário estabelecer mecanismos de controle e mitigação da prática de atos viciados, ímparobos ou ilícitos da Administração Pública. Destaca-se aqui a importância dos mecanismos de controle das atividades do Poder Público, que no Brasil correspondem aos órgãos do poder Judiciário, do poder Legislativo, do poder Executivo, o Ministério Público, as Polícias Militar e Civil e os cidadãos, com o objetivo de garantir a atuação da Administração Pública conforme os princípios constitucionais norteadores do Direito.

A Constituição brasileira adota em seu preâmbulo o Estado Democrático de Direito, onde se tem garantida a liberdade, os direitos sociais e individuais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça³³. Já em seu art. 1º, III, e parágrafo único, a Constituição estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, bem como afirma que todo o poder emana do povo³⁴, garantindo a todos os cidadãos um tratamento de respeito e consideração do qual derivam alguns direitos fundamentais que asseguram essas garantias.

Dentre essas garantias cita-se o art. 37, *caput* da Constituição que dispõe que a Administração Pública deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência³⁵.

³³ "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

³⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

³⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

Clémerson Merlin Clève (1993, p. 16-17) ensina que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 coloca como enfoque o cidadão, "tornando-o sujeito ativo da cena política, sujeito reivindicante ou provocador da mutação do direito", com a ressalva de que o controle exercido pelos cidadãos se dá no momento do voto.

Todavia, o cidadão pode exercer o controle externo das atividades do Poder Público, que é aquele praticado por órgãos e instituições que não integram a Administração Pública. Esse direito decorre da própria Constituição que em seu art. 5º, XXXIV garante o direito de petição³⁶, e no art. 37, §3º, o direito de reclamar em relação à prestação de serviços públicos³⁷.

É dessa visão de controle e garantia que se firma o direito fundamental à boa administração. A boa administração e o bom governo devem agir de maneira a proporcionar o bem estar dos cidadãos, buscando dar prioridade às suas necessidades vitais básicas. Ela deve almejar colocar o cidadão e seus direitos e garantias fundamentais no centro de todo o sistema, isentando-se de ações que atrapalhem a satisfação das necessidades dos indivíduos.

A Administração Pública, como responsável pela criação e execução das políticas públicas, deve garantir a participação e integração do cidadão no processo decisório de ação e formação do ato administrativo.

A participação popular é um avanço democrático no gerenciamento da coisa pública, limitando o poder discricionário do Estado.

Cabe ao Estado agir de forma proba e com discricionariedade legítima, alcançada por meio da participação ativa do cidadão na tomada de decisões.

É nesse sentido que faz presente a relação entre a "Lei Anticorrupção" e o direito fundamental à boa administração. No Estado contemporâneo, o direito fundamental à boa administração é o elo que liga a centralidade do cidadão como

³⁶ Art. 5º, XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

³⁷ Art. 37 [...]§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

destinatário das políticas públicas e a Administração Pública como organização pública de serviço objetivo aos interesses gerais (DEMATTÉ, 2014, p. 9).

A Lei foi um meio encontrado pelo legislador de dar uma resposta imediata aos anseios da sociedade, em virtude das crescentes denúncias de corrupção no Brasil, causando enormes prejuízos à população, assim como levar a efeito as promessas internacionais de estabelecer no Brasil uma lei anticorrupção.

Até então, somente as pessoas físicas eram responsabilizadas (um servidor público, um dirigente, etc.). Com o advento da Lei, as pessoas jurídicas também passarão a ser responsabilizadas pela prática de atos corruptos.

A corrupção, como visto, gera custos sociais, pois retira recursos do Estado, que seriam investidos em políticas públicas destinados à concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais.

É de eficaz efetivação dos direitos fundamentais a tutela constitucional e internacional da probidade no Estado de Direito, dado que, se o Estado e seus agentes são corruptos ou ímprobos, os recursos ficarão comprometidos, e as consequências serão refletidas nos próprios administrados. Nesse sentido, anota André de Carvalho Ramos (2002, p. 6-7):

Esse agir em prol dos direitos humanos é erodido pelas práticas de corrupção, ou seja, para que o homem possa viver uma vida digna com a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais básicas, devem atuar os agentes públicos com probidade, devendo o ordenamento jurídico possuir instrumento para zelar por tal conduta e reprimir, sancionando, os faltosos.

A sanção da Lei nº 12.846/2013, nesse diapasão foi definitivamente uma forma de implementar e zelar pela probidade da Administração Pública na gestão do tesouro público, exigindo das empresas mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, bem como a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta.

Corroborando com esse entendimento, faz mister as palavras de Marlon Robert Sales e Clodmiro José Bannwart Junior (2014, p. 48-49):

A Corrupção não se limita a responsabilidade exclusiva do Estado, envolve ações mobilizadas do Estado, Sociedade e Empresa, isto é, a responsabilidade compartilhada. A Lei Anticorrupção não foge disso, antes incorpora tais premissas ao delegar responsabilidades à sociedade, por exemplo, ao abrir a possibilidade de canais de denúncias de empresas corruptas pelos cidadãos e para as empresas utilizarem mecanismos de prevenção e combate de corrupção, prescrevendo os mecanismos acima citados (e.g. programas de compliance).

Já previa Juarez Freitas (FREITAS, 2009, p. 22) em sua notável definição de boa administração que para que esta se configure, a Administração Pública deve ser “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 omissão administrativa do Estado foi sanada com a promulgação da Lei, pois este diploma legal foi de extrema importância no combate à corrupção empresarial, podendo inclusive modificar aspectos relevantes da cultura brasileira, especialmente no âmbito das contratações públicas. A Lei trouxe mecanismos eficazes de recobramento do patrimônio público, implicando sanções mais severas que abrangem o faturamento da empresa, o perdimento de bens, dentre outros.

As empresas também tem papel fundamental na construção de uma sociedade ética, proba e honesta de forma que os “benefícios de um setor empresarial socialmente responsável não se limitam ao mercado. Pelo contrário, atingem todo o tecido social, servindo de exemplo e motivando os demais atores na construção de uma sociedade íntegra, transparente e justa³⁸”. Sendo assim, a Lei permite que as empresas contribuam para a preservação do interesse público.

A sociedade no Estado Democrático de Direito é participativa, e não apática, e se apresenta como protagonista de sua própria história, não aceitando os desmandos praticados em seu nome. A cidadania ativa requer a participação popular no processo de transformação e criação do Estado.

A enorme carga tributária a que o povo está submetida deve ser aplicada com a finalidade de fomentar políticas públicas que se pautam pelo atendimento do interesse público da sociedade e pela concretude dos direitos sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Não há que se falar em uma sociedade civilizada sem a concretude dos direitos humanos caracterizadores de uma vida digna derivados do fundamento republicano e democrático da dignidade da pessoa humana, tais como o direito à saúde, à educação, à segurança, à moradia, à alimentação, ao lazer, à participação na administração pública, à boa administração dos recursos públicos, dentre outros.

³⁸ ETHOS, Instituto. As empresas e o combate à corrupção. Disponível em <<http://www3.ethos.org.br/cedoc/as-empresas-e-o-combate-a-corrupcao/#.U9gxZfldX1Y>>. Acesso em: 14 maio 2015.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A corrupção é um flagelo social que afeta todos os países em maior ou menor grau e reclama a intervenção do Estado. Uma das formas de interferência é através da aplicação de leis. Apesar dos muitos esforços dispensados no combate à corrupção, percebe-se uma escalada dessas práticas no Brasil, em razão dos escândalos que constantemente vêm a público oriundos de todos os setores que compõem o Poder Público.

Verificou-se que a corrupção, de forma simplificada, é o abuso do poder público para o benefício ou satisfação de interesses privados, muitas vezes de ganho monetário.

A corrupção, sem dúvidas, causa uma insustentabilidade socioeconômica que tende a ser minimizada com a efetiva prática de novas políticas de anticorrupção. Costuma-se perceber que países com maior efetividade do governo e maior eficácia das leis possuem menores níveis de corrupção percebida do país

O Brasil, com a promulgação da Lei nº 12.846/2013, ao mesmo tempo que atendeu aos compromissos da agenda internacional de combate à corrupção, empenhou-se em sanar uma das debilidades do sistema jurídico brasileiro ao incrementar a punibilidade de pessoas jurídicas desencadeadoras da corrupção. Essa Lei veio acrescer ao já extenso arcabouço jurídico relacionado à prática de corrupção, coexistindo com os demais diplomas existentes e disciplinando mais um regime de combate à corrupção no Brasil.

As inovações oriundas da "Lei Anticorrupção" constituem-se em elementos necessários à repressão de atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira causada pela pessoa jurídica, seus dirigente ou administradores, bem como exigem medidas de cautela das empresas para implementar mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, além de desenvolverem os seus respectivos códigos de ética e de conduta, divulgando para o mercado os seus programas de *Compliance*.

O Estado, agindo dessa forma, busca realizar de forma satisfatória a consecução do interesse público que se encontra sob sua tutela.

A supremacia da Constituição brasileira resulta na transmissão de todos os seus ideários às demais áreas do Direito, gerando uma constitucionalização do Direito e,

consequentemente, a constitucionalização do Direito Administrativo plasmado na participação cidadã em matéria de política pública.

Em virtude disso, A Constituição Federal vincula a Administração Pública à observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre outros que decorrem de forma implícita do texto constitucional, como o direito fundamental à boa administração.

Ressalte-se que o Estado Democrático de Direito requer uma estrutura administrativa também democrática e dialógica. Dessa forma, para que a Administração Pública possa atender às reais necessidades da sociedade, é necessário assegurar a prevalência dos direitos fundamentais, como o direito de participação.

A Administração Pública, como responsável pela criação e execução das políticas públicas, deve garantir a participação e integração do cidadão no processo decisório de ação e formação do ato administrativo. O cidadão é o principal beneficiário do agir estatal e, nessa medida, a preservação de um agir íntegro assegura seu interesse individual e o interesse coletivo.

A sociedade atrela-se a um Estado de escolhas administrativas e, nesse ponto, o direito fundamental à boa administração pública regulamenta e limita as arbitrariedades, vinculando toda a ação administrativa ao princípio da proporcionalidade de maneira a limitar a discricionariedade desarrazoada.

De modo eficiente a "Lei Anticorrupção" atendeu aos anseios da sociedade, pois foi definitivamente uma forma de implementar e zelar pela probidade da Administração Pública na gestão do tesouro público. A "Lei Anticorrupção" tem sim o condão de inibir práticas corruptas e de ser aplicada de forma eficaz no combate à corrupção.

Diante de tudo isso, não se pode deixar, de destacar que o direito fundamental à boa administração vincula a Administração Pública a agir de forma eficiente, eficaz, conforme com os princípios constitucionais que a regem, além de prezar pela transparência e pela motivação. Desta forma, está, certamente, cumprindo com seu dever de observar o respeito à participação social e a moralidade administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais no Século XXI.** Disponível em: < <http://www.georgemlima.xpg.com.br/andrade.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático, Rio de Janeiro, **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

AYRES, Carlos Henrique da Silva; MAEDA, Bruno Carneiro. O acordo de leniência como ferramenta de combate à corrupção. In QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; SOUZA, Jorge Munhos (organizadores). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 239-251.

BEZERRA, Marcos Otávio. **Corrupção: um estudo sobre o poder público e relações pessoais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: ANPOCS, 1995.

BRAGA NETTO, Felipe P. Uma nova hipótese de responsabilidade objetiva na ordem jurídica brasileira? O estado como vítima de atos lesivos. In QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; SOUZA, Jorge Munhos (organizadores). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 17-33.

BREI, Zani Andrade. Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. **Revista de Administração Pública**, v.30, n.1, p.64-77, 1996.

CARVALHO, José Murilo de. O eterno retorno?. **Revista de História da Biblioteca Nacional**. 2009.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Legislação Anticorrupção no mundo: Análise comparativa entre a Lei Anticorrupção Brasileira, o *Foreign Corrupt Practices Act* Norte-Americano e o *Bribery Act* do Reino Unido. In QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; SOUZA, Jorge Munhos (organizadores). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 35-62.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed.Rev.amp. São Paulo: Atlas, 2012

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

DEMATTÉ, Flávio Rezende. **Responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção: uma análise do modelo sancionador da lei nº 12.846/2013 segundo o paradigma do direito de intervenção**. 131f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre em Direito, no Curso de Pós-Graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP Brasília, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção. In QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; SOUZA, Jorge Munhos (organizadores). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 253-279.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 2 vol. 4 ed. Porto Alegre: Globo, 1977

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa administração pública**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GARCIA, Ricardo Letizia. **A economia da corrupção - teoria e evidências - uma aplicação ao setor de obras rodoviárias no Rio Grande do Sul**. 361 f. Tese de doutorado submetida ao programa de pós-graduação em Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: fórum, 2012.

KLITGAARD, Robert. **A corrupção sob controle**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

LEITES, Henrique Moreira **Discricionariedade Administrativa: uma aproximação hermenêutico-constitucional**. 111 f. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre. Porto Alegre, 2008.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Dever constitucional de boa administração e corrupção: o encontro (in) certo no cumprimento das demandas (in) certas**. Boletim de Direito Administrativo [recurso eletrônico], São Paulo , v.30, n.10, p. 1124-1143, out. 2014. Disponível em: <http://www.academia.edu/8599406/Dever_constitucional_de_boa_administra%C3%A7%C3%A3o_e_corrup%C3%A7%C3%A7%C3%A3o_o_encontro_in_certo_no_cumprimento_das_demandas_in_certas>. Acesso em: 20 abr. 2015.

MACIEL, Felipe Guatimosim. O controle da corrupção no Brasil. **I concurso de monografias e redações da Controladoria Geral da União - CGU**. p 163-211, 2005. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/controle-social/concurso-de-monografias>>. Acesso em 16 mar. 2015.

MARQUES JUNIOR, William Paiva. **Os direitos fundamentais sociais dos servidores públicos ante os novos paradigmas do direito administrativo**. 275 f. Dissertação submetida à Universidade Federal do Ceará - UFC como requisito para obtenção do título de Mestre, defendida em 2009.

MORES, Giana de Vargas. A corrupção no Brasil: um estudo sobre os possíveis determinantes econômicos, políticos e sociais. **4º concurso de monografias da Controladoria Geral da União - CGU.** p 95-160, 2009. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/controle-social/concurso-de-monografias>>. Acesso em 16 mar. 2015.

MORGADO, Cíntia. Direito à boa administração: recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento. **Revista de Direito da Procuradoria Geral** n. 65, p. 68-94, 2010.

NETO, Affonso Ghizzo. **Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação.** 290 f. Dissertação submetida à Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC para obtenção do título de mestre em Filosofia e Teoria do Direito, defendida em 2008.

NÓBREGA, Antonio Carlos Vasconcellos. A Nova Lei de Responsabilização de Pessoas Jurídicas como Estrutura de Incentivos aos Agentes. **Economic Analysis of Law Review**, v. 5, n. 1, p. 62-76, 2014.

NUNES, Antonio Carlos Ozório. **A cooperação internacional como instrumento jurídico de prevenção e combate à corrupção.** 361 f. Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de mestre em direito das relações sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP defendida em 2008.

PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José. Dos crimes contra a Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2009.

PAMPLONA, Leandro Antonio. **Princípio da proporcionalidade e a boa administração pública.** Revista de ciências jurídicas nº 127, p. 13-29, 2012.

PIMENTEL FILHO, André. Comentários aos artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção. In QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; SOUZA, Jorge Munhos (organizadores). **Lei Anticorrupção.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 63-86.

PONTES, Ana Cristina Melo de. **O custo da corrupção política e seu reflexo negativo na efetivação de direitos sociais.** Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. p 3271-3297, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. O combate internacional à corrupção e a lei da improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (org.). **Improbidade Administrativa:** comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 1-34.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998

SALES, Marlon Roberth; BANNWART JUNIOR, Clodmiro José. A Lei 12.846/2013: mecanismos de anticorrupção e responsabilidade social. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito**, v. 8, n. 1, JAN/JUN, p. 25-52, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Administração Pública e os Direitos Fundamentais. Aula proferida na Escola da Magistratura do TRF-4^a Região, *online*, disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangsarlet.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

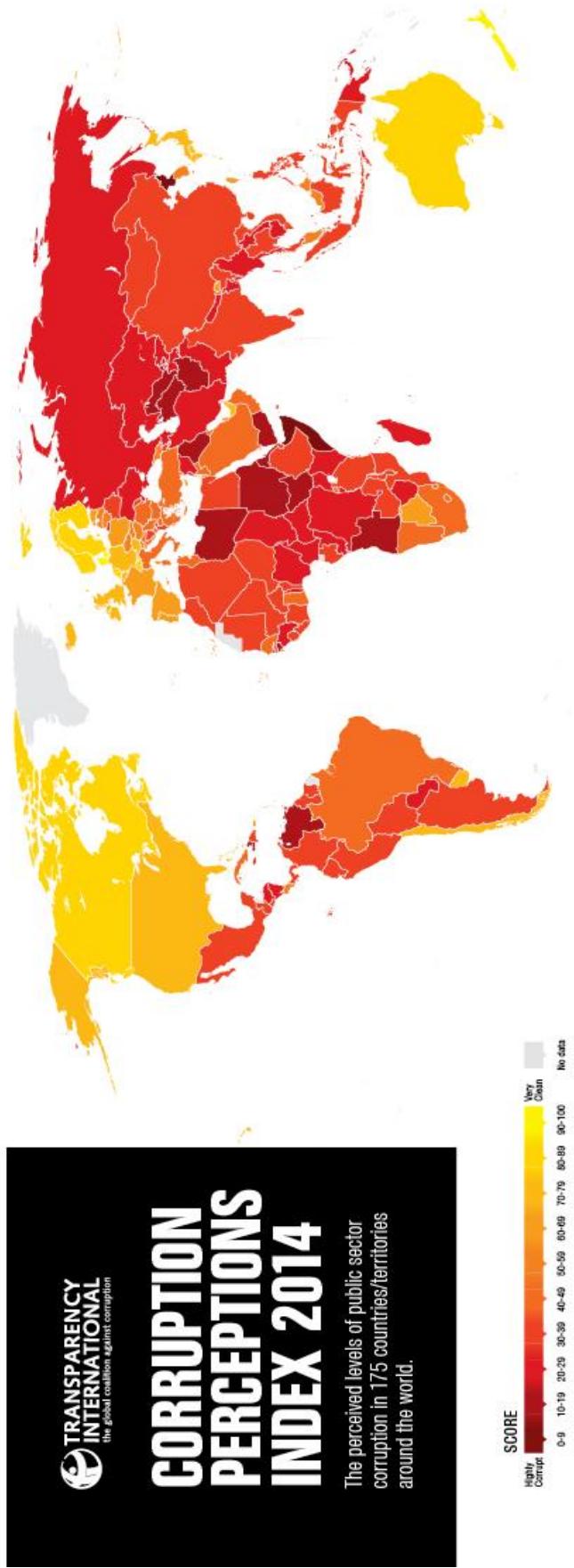
SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. **A economia política da corrupção**. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/docs/MFernandes1.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

SIMÃO, Calil. **Improbidade Administrativa - Teoria e Práica**. Leme: J.H. Mizuno, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**. 254 f. Tese apresentada para obtenção do título de pós-doutor apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas. Rio de Janeiro, 2010.

VIEIRA, James Batista. Corrupção: um mapa analítico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3384, 6 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22759>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

ANEXO A - Corruption Perception Index 2014



ANEXO B - LEI N° 12.846 DE 1º DE AGOSTO DE 2013

Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

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

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

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

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas

nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

CAPÍTULO II

DOS ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL OU ESTRANGEIRA

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

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

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

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

IV - no tocante a licitações e contratos:

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

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

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

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

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

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

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

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

§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

CAPÍTULO III

DA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

§ 6º (VETADO).

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

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

X - (VETADO).

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

CAPÍTULO IV

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO

Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

§ 1º A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação.

§ 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

Art. 9º Competem à Controladoria-Geral da União - CGU a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no Artigo 4 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Art. 10. O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis.

§ 1º O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o caput, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.

§ 2º A comissão poderá, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação.

§ 3º A comissão deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir e, ao final, apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas.

§ 4º O prazo previsto no § 3º poderá ser prorrogado, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora.

Art. 11. No processo administrativo para apuração de responsabilidade, será concedido à pessoa jurídica prazo de 30 (trinta) dias para defesa, contados a partir da intimação.

Art. 12. O processo administrativo, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade instauradora, na forma do art. 10, para julgamento.

Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.

Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.

CAPÍTULO V

DO ACORDO DE LENIÊNCIA

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.

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§ 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

CAPÍTULO VI

DA RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL

Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 2º (VETADO).

§ 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

Art. 20. Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

Art. 21. Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Parágrafo único. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença.

CAPÍTULO VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 22. Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei.

§ 1º Os órgãos e entidades referidos no caput deverão informar e manter atualizados, no Cnep, os dados relativos às sanções por eles aplicadas.

§ 2º O Cnep conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das sanções aplicadas:

I - razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;

II - tipo de sanção; e

III - data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso.

§ 3º As autoridades competentes, para celebrarem acordos de leniência previstos nesta Lei, também deverão prestar e manter atualizadas no Cnep, após a efetivação do

respectivo acordo, as informações acerca do acordo de leniência celebrado, salvo se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo.

§ 4º Caso a pessoa jurídica não cumpra os termos do acordo de leniência, além das informações previstas no § 3º, deverá ser incluída no Cnep referência ao respectivo descumprimento.

§ 5º Os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora.

Art. 23. Os órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo deverão informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo federal, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos arts. 87 e 88 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 24. A multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas.

Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Parágrafo único. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

Art. 26. A pessoa jurídica será representada no processo administrativo na forma do seu estatuto ou contrato social.

§ 1º As sociedades sem personalidade jurídica serão representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens.

§ 2º A pessoa jurídica estrangeira será representada pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil.

Art. 27. A autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas nesta Lei, não adotar providências para a apuração dos fatos será responsabilizada penal, civil e administrativamente nos termos da legislação específica aplicável.

Art. 28. Esta Lei aplica-se aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior.

Art. 29. O disposto nesta Lei não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica.

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Pùblicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Art. 31. Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 1º de agosto de 2013; 192º da Independência e 125º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Luís Inácio Lucena Adams

Jorge Hage Sobrinho