

DEMOCRACIA, CORRUPÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

ANTONIO CECÍLIO MOREIRA PIRES¹

MARCIA CRISTINA DE SOUZA ALVIM²

SUMÁRIO: *INTRODUÇÃO. 1. NOÇÕES DE ESTADO E VALORES ÉTICOS. 1.1 Estado democrático de direito. 2. O PAPEL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NAS POLÍTICAS SOBRE PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO. 2.1 As políticas públicas no combate à corrupção. 2.2 a corrupção no contexto mundial. 3. O CONTROLE PREVENTIVO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA. 4. A LEI ANTICORRUPÇÃO. 4.1 a interpretação sistemática acerca da responsabilidade objetiva prevista na lei anticorrupção. 4.2 a aplicação das sanções administrativas previstas na lei anticorrupção. 4.3 o compliance na lei anticorrupção. 4.4 4º acordo de leniência. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.*

RESUMO: O presente artigo está inserido no campo de estudo do Direito Público e Privado, com ênfase na Ciência Política, no Direito Constitucional e Direito Administrativo. Tem por objetivo trazer uma reflexão sobre democracia e sua concretização na sociedade contemporânea, com base em valores éticos e políticas públicas que impeçam a prática da corrupção. Objetiva-se a análise da Lei Anticorrupção e os resultados devem ser obtidos com efetivo controle da atividade administrativa sendo necessário um investimento de modo a qualificar os agentes públicos para o exercício de uma gestão pública gerencial, propiciando um resultado livre de práticas corruptivas e antiéticas. A pesquisa possui abordagem teórica,

¹ Advogado em São Paulo, Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUCSP. Professor de Direito Administrativo da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

² Advogada. Doutora e Mestre em Direito pela PUCSP. Professora dos Programas de Pós Graduação e Graduação em Direito da PUCSP e do Programa de Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

utilizando-se de pesquisa bibliográfica e descritiva, considerando a ciência do direito argumentativa. O método estrutural utilizado foi o dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Estado. Estado Democrático de Direito. Corrupção. Políticas Públicas. Lei Anticorrupção.

DEMOCRACY, CORRUPTION AND PUBLIC POLICIES IN CONTEMPORARY LAW.

ABSTRACT: This article is included in the field of study of public and private Law, with an emphasis on political Science, on Constitutional law and Administrative law. Aims to bring a reflection on democracy and your achievement in contemporary society, based on ethical values and public policies that prevent the practice of corruption. Objective analysis of the Anti-corruption Law and the results should be achieved with effective control of administrative activity requiring an investment in order to qualify public officers for the exercise of a managerial public administration, providing a result free of corruptive practices and unethical. The research has theoretical approach, utilizing bibliographic research and descriptive, whereas the science of law argumentative. The structural method used was the deductible.

Keyword State. Democratic State of Law. Corruption. Public Policies. Anticorruption Law.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é trazer à reflexão a concretização da democracia na sociedade contemporânea, com base em valores éticos e políticas públicas para que impeçam a prática da corrupção.

Iniciamos com as noções gerais do Estado e seus elementos, com ênfase na análise do homem e sua ação em sociedade, que deve ser pautada na conduta ética, voltada para o bem em sua forma mais abstrata.

Ao analisarmos o poder na estrutura do Estado abordamos a relação entre governantes e governados, a conduta ética que é necessária para a convivência entre os homens na sociedade.

Os homens precisam ser justos, agir com ética na sociedade e na política para que alcancem os objetivos e as finalidades pelas quais o Estado foi idealizado.

As formas de governo representam maior ou menor concentração de poder nas ações dos governantes. As formas de governo podem ser puras ou apresentar desvios, conforme as ações dos governantes estejam em maior grau pautadas na legalidade e nos valores éticos.

Os objetivos da existência do Estado é a finalidade da concretização do bem comum, dos interesses da coletividade. Muitos pensadores, ao longo da história, analisaram a relação homem, sociedade, política e poder para revelar qual a melhor forma de adquirir o poder, de exercê-lo e de mantê-lo.

Em relação as formas de governo tratamos especificamente da democrática, que é aquela que possui maior representatividade do povo.

O Estado Democrático de Direito é aquele que tem o princípio da legalidade como fundamento basilar, a lei deve ser obedecida de forma igualitária pelos governantes e pelos governados. No Estado Democrático de Direito Brasileiro a democracia será um processo de convivência social de forma livre, justa e solidária em que o poder emana do povo e deve ser exercido em prol deste povo diretamente ou por meio de seus representantes eleitos, de acordo com os preceitos instituídos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ressaltamos a importância da implementação de políticas públicas para combater a corrupção nos negócios jurídicos entre a Administração Pública e a iniciativa privada. O controle da Administração Pública é de extrema importância para o direito administrativo.

Numa visão mundial, destacamos a necessidade de cooperação internacional na prevenção e na coerção das ações para coibir a corrupção.

Por último, tratamos da LAC – Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/13, que normatiza a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas em decorrência de práticas de atos lesivos contra a Administração Pública nacional e estrangeira. Analisamos a responsabilidade objetiva prevista na lei anticorrupção, a aplicação das sanções administrativas previstas no art. 6º da LAC, o compliance e o acordo de leniência.

1 NOÇÕES DE ESTADO E VALORES ÉTICOS

As sociedades necessitam de organização para convivência harmônica entre os homens, daí o surgimento do Estado como sociedade política com determinadas características: território terrestre, aéreo e marítimo; pessoas com capacidade para o exercício de cidadania; poder soberano e o bem comum, finalidade pela qual foi criado.

Várias são as teorias que justificam a origem do Estado, classificadas como de origem natural, familiar, contratual, patrimonial e da força, de acordo com o posicionamento dos diferentes pensadores e da formação histórica dos Estados.

Conforme a origem, e extensão do território, os Estados podem apresentar diferentes formas: o Estado Unitário com organização política singular, governo único de plena jurisdição nacional, facultada a existência de divisões internas meramente administrativas; o Estado Federal possui ao menos duas fontes de poder político (central e local), com descentralização político-administrativa, que é comumente adotada nos Estados que possuem territórios de grande extensão. O modelo federativo adota a ideia de cooperação entre os estados-membros, entre as províncias, para alcançar de modo mais eficiente os objetivos do Estado. Ressaltamos que a federação brasileira é atípica, pois constituída por três fontes de poder político-administrativo (União, estados-membros e municípios).

Ao analisarmos os Estados, refletimos sobre o poder com suas características e também sobre a natureza humana e suas especificidades. O Estado pode ser analisado estaticamente ou de forma dinâmica, através do governo instituído, seja ele monárquico, aristocrático ou democrático.

Vários são os pensadores que analisam o homem, sua natureza e o seu agir na sociedade e na política. No presente artigo justificamos as ideias no pensamento de Aristóteles e de Hannah Arendt e consoante o pensamento de Aristóteles o homem é um animal social e a maior ciência é a política, pois trata dos interesses da Nação, dos interesses da coletividade.

O homem com sua plena capacidade e potencialidade, dotada de razão e emoção, age em sociedade e esta ação tende a ser para o benefício de um maior número de pessoas, de forma a exercer a cidadania, de participação efetiva na sociedade com a prática do bem.

A ação humana precisa ser virtuosa para a vida política e em sociedade. O processo educacional com fundamento nos valores morais é imprescindível e se adquire através do hábito da prática de ações benéficas.

Para Aristóteles o agir ético é agir com justiça, visando atingir o meio termo nas ações, a busca pela igualdade. A justiça aristotélica é aquela que se pratica em relação ao outro e não em relação a si mesmo.

Na obra *Ética à Nicômacos* Aristóteles expõe o seguinte pensamento:

Com efeito, a justiça é a forma perfeita de excelência moral porque ela é a prática efetiva da excelência moral perfeita. Ela é perfeita porque as pessoas que possuem o sentimento de justiça podem praticá-la não somente em relação a si mesmas como também em relação ao próximo. (ARISTÓTELES, 1999, p. 93)

Os homens, os governantes necessitam agir com ética, com justiça para atingir o bem comum, os interesses da coletividade.

Na visão aristotélica a amizade é imprescindível para atingir a justiça, mas não qualquer espécie de amizade e sim aquela virtuosa, por excelência moral. As pessoas necessitam de amigos na prosperidade e na adversidade e diferente não é na relação entre governantes e governados.

Como mencionado anteriormente, em relação às formas de governo Aristóteles faz referência a monarquia, a aristocracia e a democracia, que apresentam desvios.

Aristóteles afirma que “Em cada uma destas formas de governo parece existir amizade entre governantes e governados, na mesma proporção em que existe justiça”. (ARISTÓTELES, 1999, p.166)

Na relação entre governantes e governados a ética é imprescindível e não podemos deixar de mencionar o pensamento de Hannah Arendt que ao analisar o homem, a condição humana, afirma que o homem age na esfera privada e na esfera pública e que a maioria das ações humanas está nesta última. Na esfera pública, o homem age politicamente, com participação efetiva na sociedade, realizando a sua condição cidadã.

Hannah Arendt afirma que a liberdade do homem está na política, na escolha dos governantes, na escolha daqueles que fazem as leis para reger a vida em sociedade de forma justa e harmônica. Todos devem cumprir leis, os governantes e os governados.

Na concepção aristotélica o homem nasce com as capacidades intelectuais e precisa desenvolver através do hábito as virtudes, os valores morais e éticos.

Para que os homens ajam com ética é necessário um olhar para educação em seu conceito mais abrangente.

No Estado brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 205 dispõe que, a educação compete ao Estado, a sociedade e a família e visa ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

O pleno desenvolvimento da pessoa humana significa que todas as habilidades e potencialidades do homem devem ser desenvolvidas e não somente aquelas voltadas à qualificação para o trabalho. É fundamental a participação da família no desenvolvimento do ser humano, na formação de seus valores éticos e morais.

Quanto maior o desenvolvimento educacional de um Estado, melhor a convivência entre os homens e maior os resultados alcançados pelos governantes, em relação aos objetivos do Estado.

Necessitamos de uma formação educacional com valores éticos, pois somente com homens éticos e justos, teremos uma sociedade justa, igualitária e fraterna.

A sociedade, formada por um agrupamento de homens, está diretamente interligada ao Estado e ao Direito, que regulará as relações humanas e éticas visando a convivência harmônica, igualitária justa e segura na sociedade. A seguir analisamos o Estado Democrático de Direito nos dias atuais.

1.1 Estado democrático de direito

Conforme o pensamento de Aristóteles há três formas de governo e de desvios, a saber: a monarquia, governo de um único homem a aristocracia, governo de poucos homens e a democracia, governo da maioria. De todos os desvios a democracia é o menos mau e repetimos que em cada uma destas formas de governo parece existir amizade entre governantes e governantes. (ARISTÓTELES, 1999, p.164-165)

A democracia direta dos gregos foi um belo exercício de lição moral e civismo legado aos povos ocidentais, embora não existiu a verdadeira democracia, mas aristocracia democrática. (BONAVIDES, 2014, p.292)

Consoante o pensamento de Norberto Bobbio:

O fundamento de uma sociedade democrática é o pacto de não agressão de cada um com todos os outros e o dever de obediência às decisões coletivas tomadas com base na regra do jogo de comum acordo preestabelecidas, sendo a principal aquela que permite solucionar os conflitos que surgem em cada situação sem recorrer à violência recíproca. (BOBBIO, 2000, p.384)

A regra que prevalece na democracia é a de maioria, essa forma de governo traduz a ideia de participação de todos os homens que possuem cidadania, capacidade de participação na vida política, na escolha de representantes.

A democracia é fundamental para a realização de valores imprescindíveis para a convivência humana, como a igualdade, a liberdade e a dignidade dos homens.

Na origem, Estado de Direito foi um conceito liberal traduzido pelas ideias de submissão ao império das leis, emanadas do Poder Legislativo e composto pelos representantes do povo; pela Separação de Poderes que assegurou independência e harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; e pela garantia dos direitos individuais. (SILVA, 2015, p.114-115).

O atual Estado de Direito pretende realizar a justiça social, não tem mais o caráter individualista do Estado de Direito liberal, mas o caráter social de garantia de bem estar a um maior número de pessoas, denominado Estado Social de Direito.

Cabe lembrar que o Estado democrático tem fundamento na soberania popular e impõe participação de todos, assegurando os direitos fundamentais da pessoa humana.

No direito brasileiro observamos que para a caracterização do Estado Democrático de Direito a Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que o poder emana do povo, diretamente ou por seus representantes eleitos, conforme o parágrafo único do art. 1º e a democracia deve ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, conforme o art. 3º, I.

O povo brasileiro busca um efetivo Estado Democrático de Direito que ainda possui muitas violações, mas é através do exercício da cidadania, da efetiva participação na vida política e social, através de uma educação com qualidade, baseada em valores éticos, isto é, norteados para atender a dignidade da pessoa humana, que teremos uma sociedade livre, justa e solidária.

Nos capítulos seguintes analisaremos as políticas que devem ser adotadas pelos Estados na prevenção e no combate à corrupção, com a cooperação internacional.

2 O PAPEL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NAS POLÍTICAS SOBRE PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO

O Estado de Direito exige que a atuação estatal seja presidida por normas jurídicas, subsumindo todos à vontade da Lei, inclusive a Administração Pública, em estrita observância ao princípio da legalidade.

De outra parte, o Estado Democrático de Direito revela-se como a antítese do Estado Autoritário, onde o exercício do poder se encontra concentrado nas mãos de uma só pessoa. Assim é que no regime democrático, o grande e principal ator é o povo, pelo que o art. 1º, parágrafo único de nossa Lei Fundamental é de cristalina clareza ao dispor “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

Note-se, todavia, que o Estado Democrático de Direito se constitui em uma via de mão dupla, na medida em que além de determinar a participação de todos na vida política do país, exprime também, dentre outros, os deveres e garantias de cada cidadão, inclusive a observância do princípio da legalidade pela Administração Pública.

Nesse sentido, sobreleva dizer que a efetiva observância do princípio da legalidade, notadamente em sua forma extensiva³, depende da implementação de políticas públicas adequadas, de modo a combater a corrupção, que se encontra arraigada nos negócios jurídicos da Administração Pública com a iniciativa privada.

Impende considerar, por outro lado, que a corrupção, entendida em um primeiro momento como fraude e desvio de recursos públicos, não é criticável apenas do ponto de vista do direito, mas, também, por questões de ordem econômica e financeira, inclusive na área internacional. (FURTADO, 2015, p.24)

Em assim sendo, a instituição do Estado Democrático de Direito reclama, desde logo, a implementação de políticas públicas destinadas à prevenção e repressão da corrupção.

³ “princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, assim também há de se procurar solver a hipótese de a norma ser omissa, ou eventualmente, faltante”. (FIGUEIREDO, 2009, p.42)

2.1 As políticas públicas no combate à corrupção

A atividade administrativa, modernamente, é fruto das mais variadas e complexas demandas sociais, exigindo, pois, a instituição de novas figuras reguladas pelo direito administrativo, que demandam um maior e detalhado controle da Administração Pública de modo a coibir a corrupção.

A questão do controle da Administração Pública é de extrema relevância para o direito administrativo, eis que a atividade administrativa deve ser entendida como um conjunto de ações que implicam no necessário planejamento, execução e, finalmente o controle, decorrente da instituição do Estado Democrático de Direito, em especial naquilo que diz respeito ao *check and balance*.

Por conseguinte, necessário se faz a implementação de políticas públicas que, a nosso ver, se constituem em ações do Estado voltadas a atender uma finalidade específica, em benefício de relevantes objetivos sociais. No dizer de Maria Paula Dallari Bucci:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados. (BUCCI, 2006, p.39).

Independentemente da questão conceitual, parece-nos acertado dizer que a implementação da política pública não se restringe à edição de normas, mas principalmente, mediante atos concretos que demonstrem uma Administração Pública ajustada aos vetores principiológicos estatuídos no art. 37 “caput” da Constituição Federal.

Evidentemente, o que se espera da Administração Pública é uma atitude austera pautada por condutas que demonstrem organização, qualidade e celeridade, sendo necessário, para isso, um investimento em recursos humanos, de modo a qualificar os agentes públicos para o exercício de uma gestão pública gerencial.

Pari passu, é preciso desenvolver mecanismos eficientes de controle, mediante a constituição de órgãos corregedores imparciais e eficientes que possam sancionar os

responsáveis por ilícitos cometidos no exercício da atividade administrativa, isso sem falar de se ofertar ao cidadão efetivas condições de participação da vontade administrativa.

Assinale-se, nesse passo, que nos últimos anos tivemos alguns avanços no que diz respeito a implementação de políticas públicas que permitiram o controle da Administração Pública. Por conseguinte, podemos listar como atos de impacto positivo a edição da Lei Complementar nº 135/2010, denominada de Lei da Ficha Limpa, Lei nº 12.527/11, que veio a regular o acesso à informação e, finalmente, a Lei nº 12.846/13, Lei anticorrupção.

2.2 A corrupção no contexto mundial

Considerando, como dito anteriormente, que os efeitos da corrupção são sentidos não só no mundo do direito, a partir de 1990 percebe-se uma profusão de trabalhos científicos sob a ótica da economia, notadamente no que diz respeito à realização de pesquisas pelo Banco Mundial (BIRD) e pelo Fundo Monetário Internacional (FMI). (FURTADO, 2015, p.172)

Não temos dúvidas que os estudos desenvolvidos devem-se ao inarredável fato que a corrupção freia significativamente o desenvolvimento econômico, contribuindo para uma instabilidade política e corroendo as instituições democráticas.

Em razão do caótico panorama, decorrente da corrupção que assola os mais diversos países, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em 29 de setembro de 2003, que foi aprovada pelo Brasil mediante a publicação do Decreto nº 5.687/2006.⁴

Em nosso entendimento a Convenção das Nações Unidas, sem desprestígio das demais esforços internacionais no sentido de coibir a corrupção, parece-nos ser o mais importante instrumento anticorruptivo, em razão de seu expressivo detalhamento, motivo pelo qual o seu exame torna-se impositivo no âmbito do presente trabalho.

⁴ Outras entidades, além do Banco Mundial também tomaram providências para coibir a corrupção, tais como o Conselho da Europa, Grupo de Estados Contra a Corrupção (GRECO), União Europeia, OCDE dentre outros. HEINEN, Juliano. Comentários à Lei Anticorrupção – Lei n 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 171/173.

Dentre os assuntos tratados na referida convenção destacam-se os temas de prevenção, penalização, recuperação de ativos e cooperação internacional que serão passíveis de adaptações de acordo com a legislação de cada país signatário.

No que diz respeito aos aspectos preventivos vale destacar que a Convenção determinou a adoção de políticas públicas contra a corrupção, com participação da sociedade civil, em estrita consonância com os princípios vetoriais do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, deve o Estado signatário adotar algumas providências objetivas, a saber: i) incrementar a necessária transparência das campanhas eleitorais; ii) desenvolvimento de códigos de conduta estimulando denúncias de corrupção por parte dos servidores público e desestímulo de recebimento de presentes; iii) processos licitatórios propiciando ampla participação, com a adoção de critérios objetivos e imparciais; iv) ampliação de acesso às contas públicas; v) estimulação da participação da sociedade civil; vi) adoção das medidas preventivas à lavagem de dinheiro; vii) desenvolvimento de padrões de auditoria e contabilidade para a iniciativa privada; viii) provimento de ações civis, administrativas e criminais; ix) prevenir conflito de interesses; x) proibir a existência de "caixa dois" nas empresas; e xi) desestimular isenção ou redução de impostos a despesas consideradas como suborno ou outras condutas afins.

Exigiu-se, ainda, a introdução nos ordenamentos jurídicos dos países signatários a previsão de condutas que abranjam, além do suborno e desvio de recursos públicos, os atos que contribuam para a corrupção.

Ainda no que diz respeito à aplicação de penalidade, os signatários da convenção devem tipificar como crime: i) o suborno a funcionários públicos; ii) a corrupção ativa a oficiais estrangeiros; iii) a fraude e a apropriação indébita; iv) a lavagem de dinheiro, dentre outras condutas.

Quanto à cooperação internacional estabeleceu-se a regra da assistência legal mútua na coleta e transferência de evidências, no que diz respeito aos processos de extradição, bem como ações conjuntas de investigação, rastreamento, congelamento de bens, apreensão e confisco de produtos da corrupção. Com relação à extradição, esta deve ser garantida nos casos de crimes citados pela convenção, e quando os requisitos de dupla incriminação são preenchidos.

Finalmente, quanto à recuperação de ativos os signatários devem estabelecer uma estrita cooperação entre si, objetivando que os recursos sejam devolvidos aos seus legítimos titulares.

Para a perfeita consecução desse desiderato deverão ser tomadas as seguintes ações: i) verificação da identidade de seus clientes; ii) determinar a identidade de beneficiários de contas volumosas; iii) rígido controle de contas mantidas por altos funcionários públicos; iv) informar sobre transações suspeitas às autoridades competentes; e v) prevenir o estabelecimento de bancos sem presença física.

Além dessas questões a Convenção determina a hipótese da propositura de ação civil nas cortes de cada um dos países signatários, permitindo, inclusive, o cumprimento ordem de confisco ou de congelamento por um tribunal de outro Estado.

3 O CONTROLE PREVENTIVO DA CORRUPÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA.

Antes de nos debruçarmos sobre a questão das ações preventivas da corrupção, e para melhor entendimento da questão, impende trazer à baila algumas considerações acerca dos denominados poderes da administração pública

A teoria dos poderes da Administração Pública expressa a existência de prerrogativas que permitem ao Poder Público sobrepor o interesse público ao interesse privado.

Nesse sentido, e considerando que o interesse público é de natureza indisponível, os denominados poderes da Administração Pública devem ser permanentemente exercitados, de modo a se atingir a finalidade pública desejada.

Entretanto, preferimos falar em função administrativa e não em poderes administrativos. Isto porque o elemento teleológico – a finalidade –, de natureza indisponível, expressa, em realidade, um dever para a Administração Pública, pelo que muito melhor é dizer que o Poder Público exerce função, função administrativa. (FIGUEIREDO, 2009, p.34)

Ora, se a Administração exerce função administrativa, e se a corrupção deve ser coibida, forçoso se faz concluir que o controle é medida que se impõe, sob pena de omissão do Poder Público.

Deveras, a questão do controle da Administração Pública tem berço constitucional, nos termos do art. 70 e 74 de nossa lei Fundamental, instituindo, assim, o controle interno, realizado pela poder Executivo, o controle externo realizado pelo legislativo com auxílio do Tribunal de

Contas. Ademais disso, temos ainda, controle judicial, também de berço constitucional, nos termos do art. 5º, inciso XXXV.

Note-se, portanto, que órgãos de controle, seja de caráter preventivo ou repressivo, não faltam, mas o que se demanda, hodiernamente, é o exercício do efetivo controle que, se não realizado, implicará em apuração de responsabilidades, eis que o impositivo exercício da função administrativa não estará sendo exercido.

Insta esclarecer que a título preventivo deve a Administração Pública exercer um diuturno e contínuo controle das suas atividades, em especial no que diz respeito aos processos licitatórios e consequente execução do contrato administrativo, notadamente os aditivos quantitativos e qualitativos.

O controle preventivo deve também abarcar as Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e Organizações não Governamentais, naquilo que diz respeito ao repasse e gestão de recursos públicos.

As delegações de serviços públicos – concessão ordinária, concessão patrocinada e concessão administrativa – por envolverem um enorme volume de recursos públicos devem ser fiscalizadas com o necessário rigor, haja vista que a execução do serviço público foi outorgada à iniciativa privada.

Para que tudo isso seja possível, claro está que será necessário que a Administração Pública invista na atualização e treinamento de servidores de sorte a habilitá-los ao exercício de uma função administrativa de qualidade, a uma administração gerencial, em homenagem ao princípio constitucional da eficiência.

Despiciendas maiores considerações para se concluir que o controle preventivo da corrupção implica na necessária melhoria da legislação e no incentivo de participação da sociedade civil na formação da vontade administrativa.

4 A LEI ANTICORRUPÇÃO

A Lei nº12.846, de 1º de agosto de 2013 – Lei Anticorrupção – LAC, tem por objetivo a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas em razão da prática de atos lesivos cometidos contra a Administração Pública nacional e estrangeira.

Note-se que a LAC, ao dispor sobre responsabilidade administrativa e civil instituiu-se dois sistemas que, embora distintos, podem ocorrer de forma cumulativa, propiciando a aplicação de sanções pelos dois regimes, como, aliás, muito bem preceitua o art. 18 do diploma jurídico em comento.

Diferentemente da Lei de Improbidade Administrativa que, a nosso ver, tem por finalidade a penalização da pessoa física, a LAC destina-se às pessoas jurídicas, assim entendidas como sociedades empresárias e simples, personificadas ou não, bem como às fundações, associações de entidades ou pessoas, ou, ainda, às sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, a qualquer título que seja. (PIRES; GALIL, 2017, p.269)

Quanto à responsabilidade propriamente dita os art. 1º e 2º da LAC são cristalinos a estabelecer a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, em razão da prática de ilícitos, não excluindo a responsabilização individual de seus dirigentes, administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe da ilicitude, nos termos do art. 3º.

Assim, em se tratando de responsabilidade objetiva, impõe-se a comprovação do nexo de causalidade entre o comportamento da pessoa jurídica e o resultado obtido. Sobremais disso, o art. 2º estabelece, ainda, a necessidade de mais dois condicionantes para efeito de punibilidade: a prática do ato lesivo e que este seja praticado no interesse da pessoa jurídica ou em seu benefício, exclusivo ou não.

A tudo isso, some-se a necessidade da prova de violação dos bens constantes do art. 5º. Assim, serão punidas as pessoas jurídicas que atentarem contra i) patrimônio público nacional ou estrangeiro; ii) contra os princípios da administração pública; iii) contra compromissos internacionais assumidos pelo Brasil

4.1 uma interpretação sistemática acerca da responsabilidade objetiva prevista na lei anticorrupção

Não temos dúvidas que a intenção do legislador foi estabelecer a responsabilidade objetiva enquanto regra, em razão de ilícitos praticados por pessoas jurídicas contra a Administração Pública.

Entretanto, a questão deve ser examinada com cautela, sob pena de aplicação de penalidade em testilha com o Estado Democrático de Direito, que reclama a observância do devido processo legal em processos sancionatórios, onde os condicionantes fáticos do caso devem ser examinados, com vistas a emergir a verdade material, exigindo-se, portanto, o exame do elemento volitivo do dolo ou da culpa.

Nesse passo, a LAC deve ser interpretada em consonância com o princípio do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual, sobreleva dizer, que o art. 7º, inciso I, ao dispor que para a aplicação de sanções será levado em conta a gravidade da infração, a única interpretação possível é aquela que aponta para a possibilidade de se discutir o dolo ou da culpa.

Juliano Heinen afirma:

Em termos bastante singelos, a Lei nº 12.846/2013 determina que a incidência do tipo siga o regime da responsabilidade objetiva, onde, como se sabe, não se discute dolo ou culpa. Contudo, na aplicação da pena, ou seja, depois de já ter feito o juízo de subsunção da norma, o grau de culpa poderá ser levado em conta, ao que nos parece, a partir da compreensão do texto do art. 7º. Assim, a discussão acerca da culpabilidade pode acontecer em regimes de responsabilidade objetiva, desde que seja feita no **preceito secundário da norma**, ou seja na **prescrição**. (HEINEN, 2015, p.81, grifos do autor)

De outra parte, o Superior Tribunal de Justiça, em examinando a questão das penalidades é claro em dizer:

Pelo princípio da intranscendência das penas (art.5º, XLV, CF 88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (pela reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal ente conduta e dano. (STJ – R.Esp 1.251.697, Rel. Min. Mauro Campbell, 2ª Turma, j. em 12/04/12).

Por conseguinte, se nos afigura certo dizer que o preceito primário da norma que se constitui na reparação do dano, deve ser discutido nos estritos termos da responsabilidade objetiva, e a sanção propriamente dita, preceito secundário da norma, em consonância com a responsabilidade subjetiva, examinando-se o elemento volitivo.

4.2 A aplicação das sanções administrativas previstas na lei anticorrupção

O presente artigo não tem por objetivo discutir todas as sanções previstas na LAC, mas, tão somente, aquelas constantes da via administrativa previstas no art. 6º.

Referido dispositivo disciplina a aplicação de 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 a publicação extraordinária da decisão condenatória.

Quanto à multa, na impossibilidade de se auferir um valor de acordo com os condicionantes sobreditos, ficou estabelecido pelo § 4º do art. 6º da LAC que a multa será de R\$6.000,00 (seis mil reais) a R\$60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), sendo certo que a sanção pecuniária nunca será inferior à vantagem auferida, desde que possível se chegar a um valor estimado.

De sua vez, no que diz respeito à publicação extraordinária da decisão condenatória o dispositivo estabelece que esta ocorrerá na forma de extrato de sentença, às 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.

Verifique-se, por oportuno, que o legislador não instituiu a reparação do dano enquanto pena, conforme se deduz do exame do § 3º, do art. 6º, ainda que, por óbvio reparar o dano se constitua um efeito da decisão condenatória.

De qualquer sorte, quanto às penas propriamente ditas, não podemos esquecer que a sanção deve atender a uma função social, na medida em que exige-se um efeito pedagógico, de ensinamento, bem como evitar que o autor do ilícito e demais pessoas venham novamente a cometer q infração.

Logo, é de se considerar que a multa não pode ser quantificada em valor que possa a vir quebrar a empresa, visto que isso viria a comprometer a sua função social, configurando um efeito confiscatório que, às sabendas, não é admitido em nosso ordenamento jurídico, bem como também não ter um valor pouco significativo pois isso retiraria da sanção o necessário caráter aflitivo.

Disto se conclui o caráter discricionário da penalidade, que enseja a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo a se chegar a uma adequada dosimetria da pena, ensejando, pois um juízo de culpabilidade.

Juliano Heinen afirma categoricamente:

O direito administrativo sancionador nunca deve ser desgarrar de dois nortes, quando está a tratar de dosimetria da pena: ela deve servir de exemplo aos demais, a fim de que sejam desestimulados a repetir esta conduta, bem como, bem como deve ser levado em conta a correlação da sanção com os fatos ilícitos praticados. Estes critérios que compõem a razoabilidade da punição conduzem à interpretação da mencionada dosimetria. E poderíamos bem resumir todos os critérios de aplicação da pena tomando por base um modelo de solução único, ou seja, a dosimetria está e deve estar sempre baseada em um único paradigma: a proporcionalidade. Este seria, a nosso juízo o critério que regeria o tema. Cabe, pois, ao julgador, sob a luz deste princípio (postulado) a adequação das penas, decidindo quais as sanções apropriadas e suas dimensões, conforme a conduta do acusado, o gravame que ele causou ao erário, dentre outras circunstâncias. (HEINEN, 2015, p.169)

De qualquer sorte, temos que será em razão do art. 7º e seus incisos que a pena será mensurada e, não é demais repetir, de acordo com o grau de culpabilidade do agente.

Finalmente, com relação à publicação da decisão administrativa, prevista como sanção na LAC, nítida é a vontade legislativa de possibilitar o amplo conhecimento do cometimento do ilícito.

Verifique-se, todavia, que a legislação não definiu o que seria meios de comunicação de grande circulação ficando por conta do Decreto nº 8.420/15, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.

Com efeito, o instrumento normativo em comento dispõe, em seu art. 24 que a pessoa jurídica sancionada administrativamente pela prática de atos lesivos contra a administração pública, publicará a decisão administrativa sancionadora na forma de extrato de sentença, cumulativamente em meio 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.

Além disso, prevê também a publicidade mediante edital afixado no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, em localidade que permita a visibilidade pelo público, pelo prazo mínimo de trinta dias e, finalmente, em seu sítio eletrônico, pelo prazo

de trinta dias e em destaque na página principal do referido sítio, tudo isso às expensas da pessoa jurídica sancionada.

Por derradeiro, convém salientar que a publicação nos meios de comunicação de grande circulação é adicional à publicação no diário oficial, que se constitui no meio adequado para se conferir eficácia ao ato administrativo.

4.3 O compliance na lei anticorrupção

O art. 7º, inciso VIII da LAC ao dispor que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica será levando em consideração para efeito de aplicação de sanções, outra coisa não fez, que não instituir a necessidade de implementação do compliance por parte das pessoas jurídicas de direito privado.

Em outro dizer, o compliance se constitui em um mecanismo preventivo de corrupção, que tem por objetivo evitar eventuais desvios que venham a comprometer a necessária ética empresarial, decorrente do prática de ilícitos e ações corruptivas, dentre outros comportamentos possíveis de serem listados.

Por sua vez, o Decreto nº 8420/15 instituiu o denominado programa de integridade que consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Cumpramos deixar claro, curialmente claro, que os programas de compliance não são obrigatórios no ordenamento jurídico brasileiro, o que existe, em verdade, é uma estimulação para a sua criação no âmbito das pessoas jurídicas, procurando evitar a aplicação de sanções mais graves na hipótese do cometimento de ilícitos.

A disciplina de criação e aplicação do compliance encontra-se detalhadamente disposto no art. 42 do Decreto 8420/15⁵. Claro esta, todavia, que cada pessoa jurídica terá uma estrutura

⁵ Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

distinta, seja no que diz respeito à sua estruturação econômica, seja quanto ao seu porte, motivo pelo qual isso deve ser considerado de modo a se examinar a existência do programa de compliance e considera-lo para efeito de aplicação da sanção.

4.4 O acordo de leniência

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;

V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica;

VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no [art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013](#); e

XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

§ 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como:

I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores;

II - a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores;

III - a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais;

IV - o setor do mercado em que atua;

V - os países em que atua, direta ou indiretamente;

VI - o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações;

VII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e

VIII - o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o **caput**.

§ 3º Na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente, os incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do **caput**.

§ 4º Caberá ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações, normas e procedimentos complementares referentes à avaliação do programa de integridade de que trata este Capítulo.

§ 5º A redução dos parâmetros de avaliação para as microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o § 3º poderá ser objeto de regulamentação por ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa e do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União.

O art. 16 da LAC traz em seu bojo o acordo de leniência que, em última análise, se constitui em um acordo celebrado entre a Administração Pública e o particular que cometeu o ilícito, que se obriga a fornecer elementos e auxílio ao Poder Público, objetivando desvendar todas circunstâncias atinentes ao cometimento da infração.

Em outras palavras, o acordo de leniência busca a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, bem como a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Calha aqui, por pertinente que é, registrar que o acordo de leniência refoge da secular concepção do direito administrativo, no sentido de permitir uma negociação, em oposição à indisponibilidade do interesse público.

Com efeito, uma visão mais tradicionalista do direito administrativo poderia nos levar a apontar a impossibilidade da hipótese de negociação, ainda que prevista em lei, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público. Todavia, se o objetivo da LAC é apurar e sancionar os responsáveis pelo cometimento do ilícito parece-nos acertado dizer que em razão dessa concepção teleológica é perfeitamente possível um espaço de “negociação”, provendo o interesse público da forma mais adequada.

Nesse passo, a autoridade maior de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar o acordo de leniência – regramento discricionário - desde que a pessoa jurídica interessada seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito, que cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo e que admita sua participação no ilícito, cooperando 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.

Aspecto digno de nota, é o fato do acordo de leniência não isentar a pessoa jurídica de reparar o dano em sua integralidade, ainda que, com relação às penalidades fique parcialmente isenta das sanções, conforme determina o inciso II do art. 6º e o inciso IV do art. 19, além de reduzir em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

Vale registrar que o acordo de leniência, por força do art. 17 da LAC, estendeu-se aos ilícitos previstos na lei 8.666/93. Chama-se, aqui, a atenção para o fato de que com relação aos ilícitos dispostos na lei de licitações e contratos permite-se, além da atenuação da pena, a isenção integral da sanção, diferentemente da disciplina do art. 16, que permite a atenuação da

pena e a isenção parcial da sanção não havendo, em nosso sentir, razoabilidade no *discrímen* do citado art. 17.

Outro ponto deveras interessante é que permitiu-se o acordo de leniência tão somente em razão das penalidades estatuídas nos art. 86 a 88 da Lei 8.666/93, sendo silente quanto às sanções decorrente da licitação na modalidade de pregão, bem como de outras legislações.

Em que pese a inexistência de expresso arrimo em lei para se celebrar o acordo de leniência além das disposições dos art. 86 a 88, entendemos perfeitamente possível que tal prática se estenda para as demais legislações punitivas, desde que se demonstre a efetiva necessidade do acordo, como instrumento de toda necessário a se determinar e penalizar as pessoas jurídicas que cometeram atos ilícitos contra a administração pública.

Por derradeiro, verifique-se que o acordo de leniência, embora possa trazer ao sancionado alguns benefícios, os seus efeitos não se estendem à esfera criminal, fato este que poderá desestimular a sua utilização, posto que não extingue a ação penal proposta em razão dos fatos negociados no ajuste de leniência.

CONCLUSÃO

O Estado democrático com participação da maioria na escolha dos representantes é a melhor forma de governo, mas destacamos que educação com qualidade, pautada na formação ética dos homens, com preparo para o exercício da cidadania é fundamental para que esse Estado democrático alcance os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O Estado Democrático de Direito reclama a implementação de políticas públicas adequadas, de modo a combater a corrupção, que se encontra arraigada nos negócios jurídicos da Administração Pública com a iniciativa privada.

Por conseguinte, o que se espera da Administração Pública é uma atitude austera em que se verifique um efetivo controle da atividade administrativa, sendo necessário para tanto, em princípio, um significativo investimentos de modo a qualificar os agentes públicos para o exercício de uma gestão pública gerencial, propiciando um resultado livre de práticas corruptivas e antiéticas.

Registre-se, por outro lado, que a implementação das políticas públicas anticorruptivas exige legislação adequada de modo se prevenir e coibir a corrupção, pelo que citamos a edição da Lei Complementar nº 135/2010, denominada de Lei da Ficha Limpa, Lei nº 12.527/11, que veio a regular o acesso à informação e, finalmente, a Lei nº 12.846/13, Lei anticorrupção.

Tenha-se em mente que a corrupção não é uma característica exclusiva de nosso país, Outros países, preocupados com os efeitos da corrupção que não se restringem ao direito, mas também atinge a economia, cada vez mais se unem, de modo a prevenir e coibir essa pratica inaceitável.

Temos para nós que a Lei Anticorrupção, embora possa ser alvo de críticas, se constitui em um dos melhores instrumentos de controle da corrupção, estimulando a exigência do compliance e ofertando benefícios a aqueles que se dispuserem em colaborar com o Estado nas investigações necessárias.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. 9ª ed., São Paulo: Forense Universitária, 1999
- ARISTÓTELES. **Ética à Nicômacos**. 3ª ed., Brasília: UnB, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. 11ª reimpressão, Rio de Janeiro: Elsevier, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.251.697**. Rel. Min. Mauro Campbell, 2ª turma, j.em 12/04/2012.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9ª ed. revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil**.¹² ed., 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.
- HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei Anticorrupção – Lei n 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PIRES, Antonio Cecilio Moreira e GALIL, João Victor Tavares. **A responsabilização das pessoas jurídicas por ato de corrupção frente à lei de improbidade administrativa.** Boletim de Direito Administrativo: Nova Dimensão Jurídica nº 3, Março, Ano 33, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 38^a ed., São Paulo: Malheiros, 2015.