

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

Flávio Riet Corrêa Filho

MORALIDADE ADMINISTRATIVA E MEDIDAS ANTICORRUPÇÃO

Porto Alegre

2018

FLÁVIO RIET CORRÊA FILHO

MORALIDADE ADMINISTRATIVA E MEDIDAS ANTICORRUPÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Juarez Freitas

Porto Alegre

2018

FLÁVIO RIET CORRÊA FILHO

MORALIDADE ADMINISTRATIVA E MEDIDAS ANTICORRUPÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 03 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Juarez Freitas
Orientador

Prof. Dalva Carmem Tonato

Prof. Gaio Monte

A Angelica, a Nelson e a Sebastião, que se foram antes de me verem formado, mas que me acompanham onde quer que estejam.

À minha família e amigos, que me apoiaram e continuam a fazê-lo nessa caminhada.

AGRADECIMENTOS

À minha família, principalmente a meus pais, que sempre fizeram da educação e do estudo uma prioridade na criação dos filhos, e que, através de sua dedicação e esforço, levaram-me até o presente momento.

Aos professores desta Faculdade de Direito, os quais me proporcionaram os ensinamentos fundamentais para meu desenvolvimento acadêmico e profissional, em um ambiente pautado pela ética e pela qualidade do ensino.

Ao meu orientador, Prof. Juarez Freitas, por despertar em mim o interesse pelo direito administrativo, bem como por todo o apoio e confiança na elaboração deste trabalho.

Aos amigos que fiz dentro e fora desta Casa, durante a graduação e antes dela, cuja parceria e compreensão foram essenciais para superar os maiores desafios e obstáculos.

Ao 1º Juizado da 11ª Vara Cível de Porto Alegre, à Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, ao Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da UFRGS e ao escritório Teixeira Ribeiro Advogados, por me proporcionarem o aprendizado da prática jurídica, em complementação com os ensinamentos desta Faculdade, sendo essenciais para minha formação pessoal e profissional.

Por fim, à sociedade brasileira, que respondeu pelo financiamento dos meus estudos nesta instituição, possibilitando que usufrísse de um ensino superior público e de qualidade, a quem tenho o dever retribuir o investimento em mim realizado.

RESUMO

O presente trabalho realiza uma análise acerca das medidas anticorrupção e sua relação com o princípio da moralidade administrativa. O tema é dividido em três capítulos. O primeiro capítulo é destinado ao princípio da moralidade administrativa, com sua conceituação e análise histórica, passando também à análise da improbidade administrativa e à decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário. O segundo capítulo é voltado ao combate à corrupção na Administração Pública, com a exposição do conceito de corrupção e dos mecanismos anticorrupção vigentes no direito brasileiro, com também observações no direito comparado. O terceiro capítulo é voltado à exposição e análise das principais propostas constantes no Projeto de Lei 4.850/2016 e no documento Novas Medidas contra a Corrupção, relacionados ao tema. Nas considerações finais, é reiterada a relação entre a moralidade administrativa e o combate à corrupção, com observações sobre os mecanismos vigentes e as propostas legislativas apresentadas.

PALAVRAS-CHAVE: moralidade administrativa - combate à corrupção - improbidade administrativa - Administração Pública - Lei Anticorrupção - mecanismos

ABSTRACT

This paper aims to establish an analysis about the anti-corruption measures and its relation to the principle of administrative morality. The object is divided in three chapters. The first chapter is dedicated to the principle of administrative morality, with its concept and historical analysis, moving on to the analysis of administrative dishonesty, as well as the Federal Supreme Court decision regarding the imprescriptibility of the claim of reparation to the public treasury. The second chapter is dedicated to the fight against corruption in Public Administration, with the exposure of the concept of corruption and the anti-corruption mechanisms in effect in Brazilian law, as well as observations in comparative law. The third chapter is dedicated to the exposure and analysis of the main proposals in the bill of law 4.850/2016 and in the document New Measures against Corruption that are related to the paper object. In the final considerations, the relation between administrative morality and fight against corruption is reaffirmed, with notes about the mechanisms in effect and the main law proposals herein referred.

KEYWORDS: administrative morality - fight against corruption - administrative dishonesty - Public Administration - Anti-Corruption Law - mechanisms

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. Moralidade Administrativa	12
1.1. Conceito.....	12
1.2. Evolução histórica da moralidade administrativa	15
1.3. Improbidade Administrativa	18
1.3.1 Improbidade administrativa por enriquecimento ilícito	21
1.3.2 Improbidade administrativa por prejuízo ao erário.....	24
1.3.3 A natureza das sanções previstas no artigo 12, caput, da Lei 8.429/1992	25
1.3.4 Imprescritibilidade de ação de ressarcimento ao erário por ato ímprobo doloso - comentários ao julgamento do tema 897 pelo Supremo Tribunal Federal	26
2. Combate à Corrupção na Administração Pública	29
2.1. Conceito de corrupção	29
2.2. A relevância do combate à corrupção no cenário contemporâneo	30
2.3. Mecanismos anticorrupção no direito brasileiro.....	31
2.3.1. Ação civil pública.....	33
2.3.2. Lei Anticorrupção - Lei 12.846/2013.....	36
2.3.3. Tribunais de Contas	43
2.4. A corrupção no direito comparado	46
2.4.1. <i>The US Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)</i> - o combate à corrupção internacional nos Estados Unidos	46
2.4.2. O combate à corrupção na Suécia	50
3. Propostas Legislativas	53
3.1. Projeto de Lei 4.850/2016 - As Dez Medidas contra a Corrupção	53
3.1.1. Medida nº 1	54
3.1.2 Medida nº 2.....	54
3.1.3. Medida nº 5	55
3.2. Projeto Novas Medidas contra a Corrupção	56
3.2.1. Medida nº 65.....	56
3.2.2. Medida nº 23.....	59
3.2.3. Medida nº 39.....	59

3.2.4. Medida nº 9	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

INTRODUÇÃO

A corrupção é um tema que tem recebido cada vez mais atenção no cenário brasileiro e internacional. A deflagração de grandes operações de combate à prática de atos corruptivos, aliada ao surgimento de mecanismos mais eficientes para a sua prevenção e sanção, tem sido objeto de ampla discussão na sociedade civil, com nítido impacto no âmbito jurídico, através da propositura de normas mais eficientes ao combate de tal prática na esfera penal, civil e administrativa. No que se refere à Administração Pública, o combate à corrupção vem acompanhado da promoção de atos pautados por um agir ético e em conformidade com as normas vigentes, em atenção, sobretudo, aos princípios que regem a Administração - caracterizando, notadamente, um reforço à moralidade administrativa.

Nesse cenário, busca-se com o presente trabalho discorrer acerca da moralidade administrativa e sua relação com o conjunto de medidas existentes para a prevenção e sanção de práticas de corrupção na Administração Pública. A temática é dividida em três capítulos, sendo o primeiro dedicado à moralidade administrativa, o segundo ao combate à corrupção na Administração Pública e o último capítulo a propostas legislativas relacionadas ao tema. Ao final, são realizadas considerações a partir das informações apresentadas, bem como expostas perspectivas futuras acerca do tema.

No primeiro capítulo, busca-se apresentar a moralidade administrativa, com sua conceituação e independência em relação ao princípio da legalidade, além de sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente com a inclusão do princípio no texto constitucional de 1988. Passa-se, também, ao exame da improbidade administrativa, considerada como princípio derivado da moralidade, com especial atenção à Lei 8.429/1992 e às modalidades de improbidade por enriquecimento ilícito e por dano ao erário. Por fim, são realizados comentários acerca da recente decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de declarar a imprescritibilidade de ações de ressarcimento de dano ao Poder Público, bem como seu impacto no julgamento de casos de corrupção e de prejuízo ao erário.

O segundo capítulo do trabalho é destinado ao combate de atos corruptivos, com a definição do conceito de corrupção, bem como a exposição de mecanismos existentes no ordenamento jurídico brasileiro para a prevenção e combate a tais práticas. Em um primeiro momento, em razão da extensa gama de instrumentos anticorrupção, é apresentado um rol exemplificativo dos principais mecanismos existentes. Em um segundo momento, é destinada especial atenção a três de tais mecanismos - (1) a ação civil pública, prevista no artigo 129, III da Constituição e regulamentada pela Lei 7.347/1985; (2) o controle externo realizado pelos tribunais de contas, com destaque para o Tribunal de Contas da União; e (3) a Lei 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção. Realizada tal exposição, passa-se a uma breve apresentação do combate à corrupção no direito comparado, com considerações acerca do *Foreign Corrupt Practices Act*, instrumento pioneiro no combate à corrupção no cenário dos Estados Unidos, e, por fim, comentários ao tratamento concedido pela Suécia à prática de atos corruptivos.

No terceiro capítulo do trabalho, as atenções são redirecionadas ao cenário brasileiro, sendo apresentadas as propostas legislativas de maior destaque no combate à corrupção na Administração Pública. Primeiramente, é realizada a apresentação e análise das principais mudanças propostas no Projeto de Lei 4.850/2016, originado da campanha Dez Medidas contra a Corrupção, promovida pelo Ministério Público Federal. Em um segundo momento, passa-se à apresentação e análise dos principais aspectos constantes na iniciativa Novas Medidas contra a Corrupção, com destaque aos principais pontos da proposição referentes ao tema do trabalho, bem como suas consequências para a moralidade administrativa e o combate aos atos corruptivos frente o setor público.

Nas considerações finais, é reiterada, a partir das informações apresentadas, a relação entre o combate à corrupção na Administração Pública e a promoção da moralidade administrativa, de maneira a garantir a realização do interesse público e o resguardo a princípios éticos. Da mesma forma, são feitas considerações acerca da efetividade dos instrumentos existentes e sobre as propostas de alteração do texto legal vigente.

1. Moralidade Administrativa

1.1. Conceito

A moralidade, em seu sentido amplo, pode ser definida como a “prescrição de conduta ética universalizável de modo satisfatório, num dado contexto histórico”¹. A partir de tal noção axiológica de comportamento almejado por uma sociedade, advém, por sua vez, a moralidade administrativa, consagrada no artigo 37, caput, da Constituição Federal. Na seara do direito administrativo, tal instituto eleva-se à categoria de princípio a ser seguido pela Administração Pública direta e indireta, a fim de garantir o interesse público e a boa execução de seus serviços à população. Não obstante, embora previsto no texto constitucional e em normas infraconstitucionais, a moralidade administrativa não é unanimemente considerada como um princípio autônomo pela doutrina, sendo não raramente entendida como um conceito a ser absorvido pelo princípio da legalidade².

A discussão acerca da autonomia entre os referidos princípios, tanto em relação à sua definição, quanto em relação ao âmbito de aplicação, remonta à própria diferenciação entre a moral e o direito, largamente discutida por filósofos e juristas. A relação entre tais esferas de conhecimento passa, pois, pela defesa da total independência entre ordenamento jurídico e as normas de cunho moral, até chegar à visão contemporânea - de certa maneira muito influenciada pela lição dramática dos julgamentos de Nuremberg -, a partir da qual se passou a considerar a moral e o direito como campos nitidamente conectados, de tal maneira que muito do ordenamento jurídico passa a buscar sua legitimidade em normas de cunho moral. O direito, portanto, representaria um círculo concêntrico abrangido, em grande parte, por outro círculo, atribuído à moral.

¹ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed. Ver. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p.139.

² Di Pietro atribui esta divergência inicialmente ao fato de o desvio de poder, a partir do qual se desenvolveu a moralidade administrativa, ter sido considerado como hipótese de ilegalidade, e não apenas um ato imoral, reduzindo seu campo de aplicação. Refere, ainda, a autora: “Embora não se identifique com a legalidade (porque a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei), a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** 26 ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 79.)

Conforme refere Gesta Leal³, a associação existente entre a moral e o direito é a “relação na qual o universo moral constituído como processo histórico (e não natural) opera fundacionalmente na estratificação do direito moderno, notadamente através de suas regras e princípios”. A moral, pois, revela-se não apenas conectada ao direito, sendo também mais rigorosa e abrangente, observando as ações a partir de um princípio de universalização. Logo, para uma visão contemporânea das relações entre a moral e o direito, estes se apresentam de tal forma conectados que o cunho moral acaba por conferir validade e legitimidade ao ordenamento jurídico⁴.

Não obstante, a moral em sentido amplo aqui referida - da qual a moralidade administrativa é espécie -, difere da moral privada, entendida como o “conjunto de regras angariadas pelo indivíduo, adquiridas ao longo de sua vida, através da cultura, educação, cotidiano e toda tradição que lhe orienta dentro de uma sociedade”⁵. Distancia-se, da mesma forma, de uma visão moralista, traduzida no discernimento depreciativo e muitas vezes vexatório advindo de uma moral privada extremada. A moralidade administrativa, objeto do presente trabalho, por sua vez, relaciona-se a princípios éticos e a regras para a boa administração da coisa pública, bem como pelo atendimento ao interesse público.

Refere Bandeira de Mello, ao tratar do princípio da moralidade administrativa⁶:

“De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. (...) Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento

³ LEAL, Rogério Gesta. **Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa**. A&C - R. de Dir. Administrativo & Constitucional - Belo Horizonte: ano 14, n. 55, jan.-mar. 2014, p. 88

⁴ Refere Gesta Leal: “Ao fundir pretensões jurídicas e morais, o texto jurídico faz com que a validade de um direito dependa não somente de uma determinada regra positiva, mas de complexos problemas morais, isso porque, ao ser compreendida de forma mais aberta, a regra jurídica desmistifica-se, abandonando a onipotência que o positivismo jurídico lhe atribui e tornando-se uma fonte extraordinária de direitos morais”. Ibid, p. 88

⁵ FERREIRA, Letícia Oliveira Catani, NETO, Zaiden Geraige: **Moral comum e administrativa: convergências e divergências teóricas**. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, Brasília, v.3, n.1, p. 26.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed., ver. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014). São Paulo: Editora Malheiros. Fev. 2015, p. 123.

astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.”

Trata-se, pois, de um instituto jurídico que não apenas não se confunde com a moral comum - da qual em certa medida é decorrente -, como também é nitidamente distinto do princípio da legalidade, na medida em que guarda a importância da estreita relação entre a moral e o direito, para a promoção de princípios éticos universalizáveis em uma sociedade democrática. Sendo assim, estando clara a distinção entre a moralidade e a legalidade, incumbe dizer que, para que um ato praticado em observância à lei esteja também conforme à moralidade administrativa, é necessária uma relação harmônica entre a situação fática, a intenção do agente e o ato em questão, sendo analisadas no contexto desde a motivação do ato até a finalidade à qual se pretende⁷.

Além da moralidade administrativa incorporada pelo ordenamento brasileiro, como se verá adiante, importante ressaltar, ainda que brevemente, que o conceito de moralidade administrativa está presente em outros sistemas normativos, nos quais obteve desenvolvimento distinto, atento às circunstâncias específicas de cada ordenamento jurídico. Nesse sentido, cabe destaque ao contexto norte-americano, no qual a visão sustentada por Sunstein e Vermeule, aplicando as ideias de Lon Fuller, atribui ao direito uma moralidade interna (*internal morality of law*), dividida entre a moralidade do dever e, ainda, a moralidade interna de aspiração, enumerando sistematicamente oito maneiras pelas quais o legislador poderia quebrar a moralidade mínima do direito⁸. Trata-se de um cenário, vale dizer, no qual a moralidade administrativa é utilizada principalmente como um limite ao poder

⁷ GARCIA, Emerson. **A moralidade administrativa e sua densificação**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, 2003, p. 13.

⁸ As oito maneiras de violar a moralidade do Direito, propostas por Fuller e reiteradas por Sunstein e Vermeule são respectivamente: (1) primeiramente, falha para criar regras, de forma que todas as questões sejam decididas com base no caso concreto; (2) falha de transparência, no sentido de que as partes afetadas não estejam cientes das regras que devem cumprir; (3) um abuso de retroatividade, no sentido de que as pessoas não podem depender de regras vigentes, e estão sob a ameaça de mudança; (4) falha de criar regras compreensíveis; (5) criação de regras que se contradizem entre si; (6) regras que exigem que as pessoas façam coisas as quais elas não possuem poder de fazer; (7) mudança frequente nas regras, de forma que as pessoas não possam orientar suas ações de acordo com elas; e (8) discrepância entre as regras conforme anunciadas e as regras conforme administradas - isto é, discrepância entre as regras no texto escrito e sua aplicação prática. (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **The Morality of Administrative Law**. The Harvard Law Review Association. 2018. vol. 121. p. 1926).

discricionário das agências reguladoras⁹, levando em consideração o importante papel da regulação no direito administrativo estadunidense.

1.2. Evolução histórica da moralidade administrativa

A menção à moral na esfera jurídica moderna ocorre pela primeira vez a partir do direito civil, inicialmente em razão da doutrina do exercício abusivo dos direitos, e, mais tarde, através das doutrinas do não-locupletamento à custa alheia e da obrigação natural¹⁰. No direito público e, mais especificamente, no direito administrativo, a moral pública tem sua primeira inserção no ordenamento jurídico por meio da doutrina francesa, através das discussões acerca do desvio de poder (*détournement de pouvoir*) no exercício de atividade administrativa. Surge, então, o conceito de moralidade administrativa, definido pela primeira vez por Maurice Hauriou, considerado como o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”¹¹.

A imoralidade administrativa, portanto, manifesta-se inicialmente de maneira muito atrelada à ideia de desvio de poder, uma vez que tanto esse instituto quanto a moralidade administrativa tratam de hipóteses nas quais a Administração Pública busca fins irregulares através de meios lícitos, o que muitas vezes não resulta em violação a outro princípio, a legalidade. Não obstante, o desvio de poder paulatinamente deixou de integrar apenas o campo da moral, para também passar a ser objeto do controle judicial, sendo considerado hipótese de ilegalidade. Houve, em outras palavras, uma ampliação do campo de abrangência do direito para também incluir situações que anteriormente pertenciam apenas ao âmbito moral.

⁹ Ibid., p. 1927.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** 26 ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 77.

¹¹ GARCIA, Emerson. **A moralidade administrativa e sua densificação**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, 2003, p. 10.

No cenário brasileiro, a inclusão do desvio de poder como figura de afronta à ilegalidade se dá pela primeira vez através da Lei da Ação Popular (Lei 4.717 de 29 de junho de 1965), a qual passa enquadrá-lo como uma das hipóteses de ato administrativo ilegal, tratando-se de situação na qual “o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”. Todavia, não obstante a inclusão do desvio de poder como figura de ilegalidade, essa situação não culminou no esvaziamento da moralidade administrativa, posto que essa já se encontrava presente como hipótese de crime de responsabilidade na Lei 1.079/1950, através do artigo 9º, o qual versa sobre os crimes contra a probidade administrativa - sendo a probidade decorrente da moralidade, conforme se verá em momento posterior. Tais crimes contra a probidade, vale dizer, adquirem caráter constitucional pela primeira vez através do artigo 84, inciso V, da Lei Maior de 1967, alterado para 82, inciso V, na Emenda Constitucional de 1969.

Não obstante, é apenas com o advento da Constituição de 1988 que o elemento moral passa a integrar o ato administrativo, como requisito constitucional de sua validade e legitimidade, sendo, portanto, um dos elementos de sua formação. A moralidade administrativa, então, adquire autonomia em nosso ordenamento, uma vez que, além de preservar a referida hipótese de crime de responsabilidade por improbidade (artigo 85, inciso V), a Constituição de 1988 faz menção expressa à moralidade administrativa em duas ocasiões. Primeiramente, através do artigo 5º, LXXIII, garantindo a qualquer cidadão a legitimidade para ajuizar ação popular em razão de ato lesivo à moralidade administrativa¹². A segunda menção, por sua vez, encontra-se no artigo 37, caput, da Constituição, ao elevar a moralidade à condição de princípio autônomo da Administração Pública, juntamente à legalidade, à impessoalidade, à publicidade e à eficiência - e, a partir de tal medida, diferenciando-a, portanto, dos demais princípios referidos.

¹² “LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Em se tratando das duas menções expressas à moralidade administrativa na Constituição Federal, cumpre referir, ainda que brevemente, o fato de parte da doutrina pátria, notadamente José Guilherme Giacomuzzi¹³, sustenta possuir a moralidade duas naturezas distintas no texto constitucional. A moralidade administrativa prevista no artigo 5º, inciso LXXIII - isto é, como hipótese de ação popular -, é entendida por tal corrente doutrinária como bem jurídico advindo do controle de legalidade interna do ato jurídico. A moralidade prevista no artigo 37, caput, por sua vez, é considerada como princípio jurídico, realizada com o intuito de vincular o direito público ao princípio da boa-fé - notadamente a boa-fé objetiva, ao passo que a boa-fé subjetiva estaria consubstanciada no § 4º do mesmo artigo, ao tratar da improbidade administrativa. O princípio da probidade, portanto, adviria desta segunda espécie de moralidade administrativa.

Certo é, porém, que a Lei Maior chancela a existência de uma efetiva distinção entre a moralidade administrativa e o princípio da legalidade em nosso ordenamento jurídico, de maneira a não apenas possibilitar a punição de atos que atentem contra a moralidade pública, como também a viabilizar a promoção de princípios éticos na Administração direta e indireta. Tal ideia, aliás, é reforçada pelo já referido artigo 37, §4º, da Constituição, o qual estabelece as hipóteses de punição pelos atos de improbidade administrativa, dentre as quais, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem descartar a ação penal cabível. Situação esta que se reflete também no artigo 15, inciso V, do diploma constitucional, no qual a improbidade administrativa é mencionada como uma das hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos.

Nota-se, pois, um paulatino enraizamento do princípio da moralidade administrativa em nosso sistema jurídico, bem como do decorrente princípio da probidade, a fim de proporcionar maior atendimento aos objetivos constitucionais para a boa Administração e a promoção do interesse público. Não obstante, no que se refere ao combate à corrupção na Administração Pública, objeto do presente trabalho, mister referir o estabelecimento de determinados marcos legislativos que,

¹³ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa - história de um conceito**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 230, out.-dez. 2002, p. 299-300.

direta ou indiretamente, visem a coibir tal prática ilícita, com especial menção à Lei 8.429 de 02 de junho de 1992, a Lei da Improbidade Administrativa, sobre a qual se passará a tratar no item seguinte.

1.3. Improbidade administrativa

Conforme já exposto, o princípio da probidade administrativa pode ser entendido como uma especificação do princípio da moralidade, consistindo "na proibição de atos inequivocamente desonestos ou desleais para com o Poder Público, praticados por agentes públicos ou terceiros, concretizados por tipificações e mecanismos sancionatórios inscritos na Lei 8.429/1992"¹⁴. Destarte, está a probidade administrativa intrinsecamente ligada à moralidade, de tal maneira que a violação à primeira necessariamente acarreta a violação à segunda. O contrário, porém, não se mostra verdadeiro, uma vez que, em razão da própria dimensão abrangente da moralidade administrativa, é possível que determinados atos não resultem, por exemplo, em enriquecimento ilícito ou dano ao erário - e, ainda assim, possam ser considerados como afronta ao princípio da moralidade.

Essa visão, embora majoritária, não é unânime na doutrina, o que se pode dar em razão do fato de que a Lei 8.429/1992 não atribui um conceito expresso à improbidade administrativa, havendo tão somente a previsão de quatro modalidades distintas de condutas atentatórias à probidade (artigos 9, 10, 10-A e 11 da referida lei). Por tal razão, aduzem Silva Ribeiro e Serpa Pinto¹⁵, a existência de três

¹⁴ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed. ver. e ampl.. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 148-149.

¹⁵ Referem Silva Ribeiro e Serpa Pinto:

“Na ausência de um conceito que defina legalmente a improbidade administrativa, cabe aos doutrinadores procurar formular um conceito que se enquadre e reflita, de maneira, clara o objetivo das normas constitucionais e infraconstitucionais. A partir desse preceito, diversos doutrinadores diferenciam o conceito de improbidade do conceito de moralidade, pois a CF/88 (BRASIL, 1988) se refere à probidade administrativa e à moralidade em dispositivos legais diversos. Entre os doutrinadores que tratam do tema está Wallace Paiva Martins Júnior, que considera a probidade administrativa um subprincípio da moralidade que utiliza a função instrumentalizadora da moralidade por meio da Lei 8429/1992 (BRASIL, 1992). Outros autores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017) e Emerson Garcia e Rogério Alves (2008), defendem que a probidade, como princípio regente dos atos administrativos, é um conceito mais amplo que a moralidade, uma vez que submete os diversos atos administrativos à observância de todo o ordenamento jurídico, o qual, por sua vez, inclui toda a ordem de princípios, não se limitando apenas ao princípio da moralidade. Existe uma terceira corrente, à qual se afilia José dos Santos Carvalho Filho (2015). Essa corrente defende a inexistência de diferenças semânticas entre as

correntes doutrinárias acerca da relação entre a moralidade e a probidade, sendo a primeira delas majoritária, no sentido de considerar a probidade como subprincípio da moralidade. O segundo entendimento, por sua vez, considera a probidade como conceito mais amplo que a moralidade, em razão de sua observância na realização de atos administrativos. Por fim, a terceira corrente, minoritária, considera ambos os termos - moralidade e probidade - como sinônimos utilizados na Carta de 1988 para atingir a mesma finalidade, isto é, a preservação da moralidade administrativa. Para fins deste trabalho, no entanto, utilizaremos a primeira classificação, considerando o princípio da probidade como decorrente do princípio da moralidade.

Dessa forma, para que se configure a improbidade administrativa por parte do agente público em qualquer uma das espécies previstas na Lei 8.429/92, é necessária grave violação ao senso médio superior de moralidade pública, acompanhada de uma inequívoca intenção desonesta. Aqui se revela, mais uma vez, a notável distinção entre a legalidade e a moralidade como princípios autônomos, uma vez que a ilegalidade não seria, em um primeiro momento, caracterizadora de improbidade administrativa, sendo possível a ocorrência de atos de improbidade administrativa através de meios lícitos.

Sendo a Lei de Improbidade Administrativa destinada à sanção do agente público praticante de ato ímprobo, convém referir que tal sujeito é submetido ao conceito amplíssimo de agente público definido pelo artigo 2º da Lei 8.429/1992¹⁶. Tal definição abrangente é sintetizada por Justen Filho¹⁷, para quem se considera agente público “toda pessoa física que atua como órgão estatal, produzindo ou

expressões “moralidade” e “probidade”, que podem e devem ser utilizadas para o mesmo fim, a preservação da moralidade administrativa. Destaca-se que essa corrente se mostra mais coerente aos propósitos da Carta Magna (BRASIL, 1988), pois, efetivamente, não há real necessidade de distinguir os termos de probidade e moralidade, já que ambos objetivam a eficiência e zelam pela administração e gestão do patrimônio público.” RIBEIRO, Francielly da Silva; PINTO, Rodrigo Serpa. **Lei nº 8.429/1992: uma breve análise sobre suas características e particularidades**. Revista Controle, Fortaleza, v. 16, n. 1, jan.-jun., 2018, p. 147-148.

¹⁶ 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. BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>.

¹⁷ FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. ver. e atual., 2008. São Paulo: Editora Saraiva, p. 671.

manifestando a vontade do Estado”. O Estado, portanto, traduz-se como pessoa jurídica que depende da atuação material do indivíduo agente público, vinculado ao Estado por uma relação orgânica, não lhe sendo, porém, um representante propriamente dito.

O amplo conceito de agente público do artigo 2º da Lei 8.429/1992 acarreta, por consequência, uma extensão de sua aplicabilidade a entes que, pelo senso comum, não seriam enquadráveis no conceito de agente público. Sendo assim, são submetidos a este diploma não apenas os membros do funcionalismo público, aqueles democraticamente eleitos ou ainda demais cargos notoriamente públicos, mas também aqueles que ocupam função provisória no trato da coisa pública, como, por exemplo, estagiários. Entretanto, ainda que assim não fosse, isto é, ainda que fosse empregada uma definição *stricto sensu* de agente público, a Lei de Improbidade Administrativa conservaria seu caráter de ampla aplicação, em razão, sobretudo, do parágrafo único do artigo 1º, o qual estende as sanções da Lei 8.429/1992 às entidades que tenham recebido subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público, entre outras hipóteses.

A aplicabilidade deveras ampla da Lei de Improbidade, portanto, pode em certa medida vir a ser considerada como uma medida inibidora aos atos que atentem contra a moralidade - dentre os quais, notadamente, a corrupção - em relação não apenas aos servidores públicos, mas também em relação àqueles que de alguma forma estão associados à Administração Pública - isto é, àqueles que, mesmo não enquadrados no conceito de agente público, beneficiam-se do ato ímprobo, de forma direta ou indireta, consoante o artigo 3º do referido diploma. Em outras palavras, uma vez que a improbidade administrativa representa uma violação às pautas morais da Administração, a aplicabilidade da lei em questão não deve ser restrita a um conceito rígido de agente público, tampouco deve desconsiderar o favorecimento de terceiros, de maneira a resguardar o cumprimento ao princípio constitucional da moralidade administrativa.

Não obstante, no que se refere às hipóteses de improbidade administrativa previstas na Lei 8.429/1992, há duas modalidades que possuem estreita conexão com a temática da corrupção - a improbidade administrativa decorrente do enriquecimento ilícito (artigo 9º) e a improbidade administrativa por dano ao erário (artigo 10º) - sobre as quais caberá análise neste estudo.

1.3.1 Improbidade administrativa por enriquecimento ilícito

Configura improbidade por enriquecimento ilícito o recebimento de vantagem indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego, ou atividade pública, no sentido amplo¹⁸. Como bem sugere tal definição, a referida modalidade de improbidade administrativa está intrinsecamente relacionada ao problema da corrupção no setor público, uma vez que esta, em uma visão simplificada, consiste principalmente no ato de favorecer particulares em troca de determinadas vantagens indevidas, em uma superposição do interesse privado sobre o interesse público.

Justamente em razão da gravidade da modalidade de improbidade por enriquecimento ilícito – a qual, aliás, é submetida a duras penalidades pela Lei 8.429/1992¹⁹ –, é necessário demonstrar o nexo de causalidade entre o prejuízo causado à Administração Pública e o próprio locupletamento indevido do agente, de maneira a configurar a hipótese do artigo 9º.²⁰ Em outras palavras, a fim de caracterizar tal espécie de ato ímprobo, nos termos expressos da lei, não basta tão somente o enriquecimento do agente público, mas a própria demonstração do nexo existente entre o acréscimo patrimonial obtido e o prejuízo causado à Administração.

Incumbe ressaltar, porém, que não seria este o caso de inversão do ônus da prova, incumbindo sempre à parte autora - o Ministério Público e a pessoa jurídica prejudicada pelo ato ímprobo - demonstrar a existência do referido nexo, bem como

¹⁸ Art. 9º, caput, da Lei 8.429/1992. BRASIL, op. cit.

¹⁹ Dispõe o artigo 12, I, da Lei 8.429/1992:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; (BRASIL, op. cit.)

²⁰ FREITAS, op. cit., p. 153.

não sendo admitida, em qualquer hipótese da Lei 8.429/1992, a responsabilidade objetiva do agente público, por exegese do artigo 37, § 6º, da Carta Magna:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Logo, diante da suspeita de enriquecimento inexplicado do agente público, deve haver conjunto probatório substancial, evitando-se a alegação infundada ou ainda a culpa presumida. Frise-se que, em atenção a esta modalidade, a própria lei de improbidade fixou a obrigatoriedade, em seu artigo 19, da declaração anual de bens e rendas para o exercício de empregos, cargos e funções públicas. Ressalta-se que tal situação de averiguação da renda obtida pelo agente público, bem como a apuração de eventuais prejuízos à Administração, é reforçada por ao menos mais dois diplomas, a Lei Complementar 131/2009 e a Lei 12.527/2012 – notadamente, a Lei da Transparência e a Lei do Acesso à Informação, permitindo maior controle pela sociedade civil em relação às atividades desempenhadas pela Administração Pública.

Deve-se reiterar que, à improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, conforme citado supra, são reservadas as maiores penalidades do artigo 12 da Lei 8.429/1992. Estão incluídas em tal rol a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente, a suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos e o pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial, dentre outras hipóteses. Tratando-se de penalidades assaz severas, há aqui, entretanto uma peculiaridade.

No que se refere às sanções atribuídas às demais modalidades de improbidade administrativa – quais sejam, prejuízo ao erário, violação a princípios e, mais, recentemente, atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário –, a aplicação das penalidades previstas na Lei 8.429/1992 deve sempre ser considerada sob a ótica do princípio da

proporcionalidade, de maneira que não há obrigatoriedade para a aplicação conjunta de todas as punições previstas em lei.²¹

Todavia, no caso específico do enriquecimento ilícito, dada a gravidade do ato ímprobo e a afronta que este representa à Administração Pública, sugere-se que, neste caso, sejam aplicadas todas as penalidades previstas referidas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Tal se dá, principalmente, em razão do próprio parágrafo único do artigo 12, o qual determina que o julgador, na fixação da punição ao agente ímprobo, deve considerar não apenas a extensão do dano causado, como também o proveito patrimonial do agente público. Havendo, pois, grande proveito usufruído pelo locupletamento indevido, serão atribuídas todas as penalidades referidas pelo diploma quando do locupletamento indevido.

Percebe-se, portanto, um interessante instrumento no combate a uma das modalidades mais notórias de corrupção de que se tem notícia, estabelecida através da Lei de 1992. A vedação ao enriquecimento ilícito por meio de atos ímprobos é acompanhada de duríssimas penalidades ao agente público e ao beneficiário de tais práticas, incumbindo inclusive na grave suspensão dos direitos políticos por longo período, medida que afeta não apenas o aspecto profissional e financeiro do indivíduo penalizado, como também possui nítido impacto sobre o exercício de sua cidadania. Deve-se ressaltar, no entanto, que, a previsão de duras penalidades ao enriquecimento ilícito do agente público não aparenta ser suficiente para coibir a prática de atos de corrupção na Administração Pública, os quais adquiriram notoriedade através dos escândalos vindos a público nos últimos anos.

²¹ FREITAS, op. cit., p. 154-155.

1.3.2. Improbidade administrativa por prejuízo ao erário

Incorre em tal modalidade o agente que pratica ato ou omissão, de caráter doloso ou culposo, que cause uma perda patrimonial, desvio, negligência, malbaratamento por desaviso, ou ainda a dilapidação do patrimônio público. Deve-se ressaltar, primeiramente, que a “perda patrimonial” aqui tratada advém de uma noção ampla do que se pode definir como patrimônio público²², incluindo, pois, o resguardo a outros bens e valores pertencentes à Administração Pública que não necessariamente o patrimônio financeiro, ainda que este seja o mais comumente violado.

Ademais, tal modalidade de improbidade administrativa independe do enriquecimento ilícito do agente, para o qual, aliás, conforme já referido, o legislador já reservou tipificação expressa no artigo 9º. Em outras palavras, há situações em que o agente público acaba por causar dano ao patrimônio público sem que, em contrapartida, receba qualquer vantagem, como o caso de inobservância às normas legais e regulamentares para a realização de operações financeiras (art. 10, inciso V, da Lei de Improbidade).

Cumprir referir que, na improbidade por prejuízo ao erário, deve-se levar em conta, naturalmente, a extensão do prejuízo em si, porém sempre considerando também a afronta manifesta ao princípio da moralidade. Assim sendo, a aplicação exacerbada do artigo 10, em casos de infração leve ou levíssima que não se traduzir em ato desonesto, violaria a proporcionalidade, sendo por si só, uma ofensa ao princípio de moralidade. Por tal razão, diferentemente do que se atribui ao enriquecimento ilícito, as sanções previstas por ato que causou dano ao erário, estabelecidas no artigo 12, inciso II, da Lei de Improbidade²³ – como o ressarcimento integral do prejuízo, a perda de bens e valores acrescidos ilicitamente

²² RIBEIRO; PINTO, op. cit., p. 149-150.

²³ Conforme o artigo 12, inciso II, da Lei 8.429/1992:

“II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;” (BRASIL, op. cit.)

e a suspensão dos direitos políticos –, além de menos severas que aquelas atribuídas à primeira modalidade de ato ímprobo analisado, não carecem de aplicação total em relação ao agente público, cabendo ao julgador decidir, com base em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, quais penalidades serão mais adequadas ao caso concreto, evitando a punição exacerbada do agente²⁴.

Em relação à temática da corrupção no poder público, cumpre referir que, muito embora o locupletamento ilícito seja considerado como hipótese mais clara de tal prática ilícita e imoral, também está a improbidade administrativa por dano ao erário, em sua prática dolosa, relacionada a atos de corrupção, na medida em que implica no favorecimento de entes privados em detrimento dos cofres públicos, tais como a facilitação ou permissão de aquisição de bens e contratação de serviços por preços superiores àqueles praticados pelo mercado, além da fraude a processos de licitação - sendo esta última, inclusive, hipótese conhecida de escândalos envolvendo entidades da Administração Pública direta e indireta.

1.3.3. A natureza das sanções previstas no artigo 12, caput, da Lei 8.429/1992

As sanções previstas no artigo 12 e incisos da Lei 8.429/1992, conforme determina o caput, independem de sanções penais, civis ou administrativas. Tal situação, conforme Di Pietro²⁵, advém da natureza das medidas previstas no artigo 37, §4º da Constituição Federal, a partir do qual se depreende o fato de que a improbidade administrativa, embora possa ter consequências na esfera penal, com o concomitante ajuizamento de processo criminal, bem como na esfera administrativa - resultando na perda de função pública e instauração de processo administrativa concomitante - trata-se, na verdade, de um ilícito de natureza civil e política, uma vez que tem como consequências previstas a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento em razão de prejuízo ao erário.

²⁴ Sobre a chamada “banalização da improbidade”, refere Justen Filho ser esta resultante do aumento de hipóteses caracterizantes de improbidade administrativa tendo como pretexto evitar condutas indesejáveis, citando, como exemplo, a lei 13.089/2015 (Estatuto das Cidades), a qual “qualificou algumas situações sem nem mesmo indicar a ocorrência de um benefício indevido para o agente público, a ocorrência de um dano para o patrimônio público ou a violação a princípios da Administração Pública.” FILHO, op. cit., p. 944.

²⁵ DI PIETRO, op. cit., p 703.

Logo, reitera-se que, de tal disposição constitucional, refletida na própria Lei 8.429/1992, advém a razão pela qual a aplicabilidade das penalidades previstas na Lei de Improbidade não incumbe à Administração, sendo competência do Poder Judiciário. A Lei de Improbidade, através da natureza em certa medida *sui generis* de suas sanções, visa, notadamente, a atingir o ato ímprobo enquanto corrupção frente ao Poder Público, a qual acaba por promover o desvirtuamento da Administração Pública e a violação de seus princípios, através, sobretudo, da obtenção de vantagens indevidas pelos agentes públicos oferecidas por entes privados²⁶. Ademais, no caso específico do enriquecimento ilícito, tem-se nítido exemplo do já referido caráter cível e político das sanções da Lei 8.429/1992, a qual não impede a imposição de sanções na esfera penal e administrativa, uma vez que o locupletamento indevido por parte de servidores públicos, além das referidas sanções, também pode ser submetido às penalidades dos artigos 312 a 327 do Código Penal, decorrentes da prática de crime contra a Administração Pública.

1.3.4. Imprescritibilidade de ação de ressarcimento ao erário por ato ímprobo doloso - comentários ao julgamento do tema 897 pelo Supremo Tribunal Federal

A discussão acerca da aplicabilidade do prazo prescricional de cinco anos às ações de ressarcimento ao erário foi recentemente definida em plenário pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento ao tema 897, tendo como *leading case* o Recurso Extraordinário 852475-SP, ao qual se atribuiu repercussão geral²⁷. A matéria em questão tem sua origem na discussão acerca da aplicabilidade da prescrição quinquenal do artigo 23 da Lei de Improbidade, em oposição à restrição imposta pelo artigo 37, §5º, da Constituição de 1988, a qual, por sua vez, possui a seguinte redação:

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

²⁶ LEAL, op. cit., p 104.

²⁷ Até a conclusão do presente trabalho, o acórdão da decisão em comento encontrava-se pendente de publicação.

Pela leitura isolada do dispositivo constitucional, haveria, portanto, o estabelecimento de prazos prescricionais para ilícitos que causam prejuízo ao erário cometidos pelo agente público - como fez, aliás, o legislador ao estabelecer o prazo quinquenal do artigo 23 da Lei 8.429/1992 -, havendo, porém, exceção expressa às ações que visem a ressarcir os cofres públicos pelo prejuízo sofrido.

Tendo em vista a relevância do tema, sobretudo no cenário contemporâneo, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em 08 de agosto de 2018, por seis votos a cinco, pela parcial procedência ao Recurso Extraordinário 852475-SP, determinando imprescritibilidade de ações de ressarcimento ao erário decorrentes de ato ímprobo doloso, resguardando-se a aplicabilidade do prazo quinquenal à modalidade culposa.²⁸

O reconhecimento da vedação constitucional à fixação de prazo prescricional para ações de ressarcimento ao erário quanto à modalidade dolosa trata-se de um avanço à promoção da moralidade administrativa, na medida em que reforça a possibilidade de recuperar os valores subtraídos do erário, ou ainda aqueles que a Administração Pública deixou de receber, em razão de avaliação aquém do necessário, eliminando-se, também, a possibilidade de impunidade por conduta manifestamente danosa à Administração e ao patrimônio público.

Inequívoco dizer que o recente entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal estabelece um ponto final às tentativas de aplicabilidade do prazo prescricional de cinco anos para as condutas ímprobas dolosas por ressarcimento ao erário, realizando adequada exegese daquilo que buscou o constituinte originário ao estabelecer o artigo 37, §5º, da Lei Maior. Não restando dúvidas de que tal decisão da corte constitucional guarda relação também com o segundo aspecto do tema do presente trabalho, isto é, o combate a atos de corrupção pelos agentes

²⁸ Importante referir que tal posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de declarar imprescritíveis as ações de ressarcimento, é amparado pela doutrina, conforme refere Freitas em *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*: “A melhor exegese parece indicar que essa ação desborda, de maneira insofismável, dos prazos prescricionais estabelecidos no art. 23 da Lei de Improbidade e também do prazo das demais ações civis públicas. Ressalte-se que o art. 35, §5º, da Lei Fundamental determina que o legislador estabeleça prazos prescricionais para ilícitos cometidos por qualquer agente, servidor ou não, geradores de prejuízo ao erário, fazendo nítida ressalva quanto às ações de ressarcimento. Noutras palavras, infere-se que o constituinte vedou que lei infraconstitucional fixasse tais prazos.” (FREITAS, op. cit., p. 160-161).

públicos, sobretudo considerando os reflexos de tal decisão sobre o ajuizamento de ações com base na Lei de Improbidade Administrativa.

Outrossim, o entendimento no sentido contrário, isto é, no sentido da aplicação irrestrita do prazo prescricional às ações de ressarcimento ao erário, não apenas acarretaria maior prejuízo aos cofres públicos, como também iria de encontro ao que determina o constituinte originário, quando da ressalva expressa para o estabelecimento de prescrição para ações de ressarcimento. Uma decisão em sentido oposto, portanto, resultaria em favorecimento às práticas ilícitas tão corriqueiras nos processos de licitação e contratos entre a Administração e entes privados, no sentido de restringir a punibilidade pelos atos cometidos. Tal situação ocasionaria, pois, uma situação de impunidade, sobretudo aos gestores públicos responsáveis por projetos de infraestrutura e construção civil, como a edificação de escolas e hospitais, a manutenção de rodovias, bem como as tratativas para sua concessão à iniciativa privada.

A decisão pela imprescritibilidade, portanto, prioriza o interesse público, na medida em que permite a reapropriação de recursos subtraídos em razão de conduta manifestamente dolosa, indo ao encontro, portanto, dos esforços no combate à prática de atos de corrupção que se têm verificado nos últimos anos. Não obstante, deve-se salientar que, havendo a aplicabilidade da prescrição do artigo 23 da Lei 8.429/1992 ao ressarcimento por ato ímprobo culposo, incumbe-se o autor da ação de improbidade de demonstrar o dolo do agente, condição sem a qual não é possível atribuir ao caso concreto as mesmas consequências do recente julgado do Supremo Tribunal.

2. Combate à Corrupção na Administração Pública

2.1. Conceito de Corrupção

Nos dizeres de Aloísio Zimmer Júnior²⁹ a prática de corrupção é um fenômeno consubstanciado como “uma das formas de apropriação da *res publica* – coisa pública –, afrontando, entre outros, os princípios da imparcialidade administrativa, da impessoalidade, da integridade, da confiabilidade, da prestação de contas e responsabilidade e da transparência.” Semelhante é a definição de Piovesan e Gonzaga, mais voltada ao desvirtuamento do espírito republicano pela sobreposição do interesse privado em relação ao interesse público³⁰.

Na esfera penal, à qual o tema está substancialmente relacionado, a ideia de corrupção está centrada na noção de preservação do interesse público, ainda que o dano patrimonial não seja sempre exigido como elemento essencial à conduta delituosa. Tal se comprova pelo fato de que o Código Penal estabelece a vedação não apenas a práticas corruptivas contra a Administração Pública - como a vedação à corrupção passiva³¹ e à corrupção ativa³² - como também a proibição de práticas que atentem à administração da justiça - como a corrupção de testemunha, prevista no art. 343 do Código Penal. A prática de corrupção, portanto, não é um fenômeno intrínseco à esfera pública, mas sim às práticas realizadas pelos indivíduos quando relacionadas à esfera pública. Dessa forma, tem-se a realização de comportamentos que não são aceitáveis moralmente, seja no sentido de moral comum, seja no que concerne à própria moralidade administrativa.

²⁹ ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Corrupção e improbidade administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais**. - São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 34-35.

³⁰ “A corrupção é o desvirtuamento da relação do administrador com a Administração Pública, na qual seu interesse privado se torna primordial em relação ao interesse público, em flagrante ofensa ao espírito republicano.” (PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. **Combate à corrupção e ordem constitucional: desafios e perspectivas para o fortalecimento do Estado democrático de direito**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 967/2016, p. 21-38, maio 2016, p. 24.)

³¹ “**Corrupção passiva** Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.” (BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.)

³² “**Corrupção ativa** Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.” (BRASIL, op. cit.)

2.2 A relevância do combate à corrupção no cenário contemporâneo

O combate à corrupção, por sua vez, encontra-se nitidamente relacionado à preocupação do direito, como sistema de normas que regem a sociedade, em garantir que princípios gerais sejam aplicados a todos, e não sejam manipulados em favor de determinados indivíduos³³. A realização de medidas preventivas ou repressivas face à corrupção na Administração Pública, portanto, adviria justamente da supremacia do interesse público face aos interesses privados, determinada como um dos princípios fundamentais do direito administrativo. Sendo assim, está o combate aos atos corruptivos associado aos princípios da Administração Pública previstos no artigo 37, caput, da Constituição Federal, sobretudo no que diz respeito ao princípio da moralidade, posto que a conduta dos agentes públicos deve se dar em respeito a parâmetros ético-jurídicos³⁴.

Todavia, apesar das discussões acerca das consequências nefastas da corrupção para o Poder Público, foi a partir de uma noção econômica, mais precisamente de prejuízos às transações nacionais e internacionais, que se deu início ao combate à corrupção na esfera internacional, ao considerar os efeitos negativos que a corrupção possui sobre a eficiência econômica, prejudicando o correto funcionamento do mercado.³⁵ Conforme refere Barros³⁶, “a corrupção nas transações comerciais, especialmente envolvendo agentes públicos, ao eliminar ou dificultar a competitividade, leva à estagnação, com vantagem apenas para os envolvidos nos atos ilícitos e prejuízo para toda a sociedade”.

³³ NARDO, Massimo N.; FRANCIS, Ronald D. **Morality and the prevention of corruption: action or intent - a new look at an old problem.** Journal of Financial Crime. Emerald Group Publishing Limited, v. 19, nº 2, 2012, p. 135.

³⁴ “Em matéria de combate à corrupção, a transposição do campo da ética para o campo político-jurídico parte da premissa de que a corrupção é um fenômeno intrínseco ao comportamento humano, sendo insuficiente tentar controlá-la apenas a partir de um referencial ético de virtude humana. seria necessário, assim, agregar a esse combate uma organização jurídico-estatal que, por meio de leis, crie deveres e obrigações, impondo normas e valores com o objetivo de conter a corrupção, para a prosperidade da polis. Um microssistema jurídico, amparado pela estrutura geral, com princípios e regras suficientes para produzir um represamento das vontades pessoais com vocação para o ilícito”. (ZIMMER JÚNIOR, op. cit., p. 37.)

³⁵ ZIMMER JÚNIOR, op. cit., p. 39.

³⁶ BARROS, Zanon de Paula. **Questões atinentes à chamada lei anticorrupção.** Revista de Direito Empresarial. São Paulo, v. 2/2014., mar.-abr. 2014, p. 256.

No cenário brasileiro em específico, a temática do combate à corrupção tem ocupado posição de destaque nos últimos tempos, não apenas pelas já conhecidas consequências negativas quanto à Administração Pública e à competitividade do mercado, mas sobretudo em razão da descoberta de escândalos de corrupção e sua ampla divulgação pela mídia, culminando em discussões no âmbito jurídico acerca dos mecanismos existentes para a prevenção e coibição de atos corruptivos. Tal situação, ademais, é justificada por dados técnicos que demonstram o enraizamento da corrupção no contexto brasileiro.

Segundo o Índice de Percepção de Corrupção de 2017, elaborado pela ONG Transparência Internacional³⁷, dentre os 180 países analisados, o Brasil ocupou a posição nº 96, com 37 pontos, um declínio em relação à 2016, quando obteve 40 pontos. Assim sendo, o Brasil encontra-se empatado com outros seis países (Colômbia, Indonésia, Panamá, Peru, Tailândia e Zâmbia) - muito atrás dos primeiros colocados do Índice, no qual se encontram a Nova Zelândia (com 89 pontos), seguida pela Dinamarca (88 pontos). Considerando que o Índice de Percepção de Corrupção (IPC) classifica os países numa escala de zero (muito corrupto) a 100 (pouquíssimo corrupto), tem-se que a percepção da corrupção no Brasil é baixa, sendo necessário o desenvolvimento de instrumentos para o aprimoramento do combate a práticas corruptivas.

2.3. Mecanismos anticorrupção no direito brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro, há um rol de normas e mecanismos destinados à coibição da prática de corrupção na Administração Pública, dentre os quais a já bem abordada Lei de Improbidade Administrativa. Conforme Piovesan e Gonzaga³⁸, tem-se paulatinamente a criação de um sistema jurídico preventivo e repressivo no que se refere ao combate à corrupção, consubstanciado não apenas na existência de sanções nas esferas civil, penal e administrativa, como também a partir de exigências prévias à ocupação de cargos públicos e à realização de tratativas entre a Administração Pública e os entes privados.

³⁷ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perceptions Index 2017**. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>.

³⁸ PIOVESAN; GONZAGA, op. cit., p. 29.

Como exemplo de mecanismo preventivo à corrupção na esfera pública está a ideia de governança pública, concretizada recentemente no Decreto 9.203/2017, aplicado às entidades públicas da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, no art. 2º, I, sendo definida como o “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”. Tal controle impede, pois, a prática de corrupção nas entidades da Administração federal, através de melhor gerência dos bens públicos e mecanismos de fiscalização interna.

Da mesma forma, cabe também menção à Lei 8.666/93, cujas normas de licitação, contratação e fiscalização impedem a realização de favorecimento arbitrário de determinadas empresas privadas para a realização de obras e serviços à Administração Pública, ou ainda a Lei 12.813/13, que versa sobre os conflitos de interesse no exercício de cargo ou emprego no Executivo federal, bem como estabelecendo impedimentos posteriores. Também merece destaque o disposto pela própria Constituição Federal nos artigos 70 a 76, que versam sobre a necessidade de controle interno e externo dos Poderes, os quais devem ser efetuados com o auxílio do Tribunal de Contas da União, bem como os respectivos tribunais de contas estaduais e municipais, conforme será detalhado posteriormente.

Ainda a título exemplificativo, também se pode considerar, embora de maneira um tanto quanto indireta, a Lei Complementar nº 135/2010, denominada Lei da Ficha Limpa, que alterou a Lei Complementar nº 64/1990, como um fenômeno combativo à corrupção e protetivo em relação à moralidade da Administração Pública, na medida em que, ao determinar as condições de inelegibilidade a cargos políticos – tanto membros a Legislativo quanto a chefes do Poder Executivo – buscase evitar o retorno ao Poder Público de indivíduos que realizaram práticas corruptivas.³⁹ No mesmo sentido, cabe referir a proibição ao financiamento de

³⁹ Importante referir que a LC 135/2010 atribui inexigibilidade de oito anos a “g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o

campanha por pessoas jurídicas, resultante da decisão recente do Supremo Tribunal Federal de 17 de setembro de 2015, na qual se julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, de autoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, declarando a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei das Eleições (Lei 9.504/1997) e da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/1995).

Nota-se, portanto, que há diversos dispositivos legais que, de maneira direta ou indireta, auxiliam no combate à corrupção no cenário brasileiro e fortalecem a promoção de uma conduta ética dos agentes públicos, sendo os instrumentos acima referidos de maneira exemplificativa. No presente trabalho, porém, vamos nos ater a três enfoques principais na repressão à prática de atos corruptivos na Administração Pública - a ação civil pública, a Lei Anticorrupção e os tribunais de contas.

2.3.1. Ação civil pública

A ação civil pública, regulamentada pela Lei 7.347/1985, é atribuída como uma das competências do Ministério Público através do artigo 129, inciso III, da Constituição de 1988, sendo instrumento cabível também para o combate a práticas corruptas que venham a causar prejuízo ao patrimônio público. Tal fenômeno advém, justamente, da própria previsão constitucional supracitada, a qual atribui ao Ministério Público competência para promover inquérito civil e ação civil pública “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. O combate aos atos corruptivos, portanto, advém de uma ampliação do âmbito inicial de aplicação da ação civil pública em relação à Lei 7.347/1985, permitindo seu ajuizamento em situações não expressamente previstas em lei, enquadrando-se nas hipóteses de “outros direitos coletivos”.

disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;” (BRASIL. **Lei complementar nº 135, de 4 de junho de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm>. Acesso em: 04 out. 2018.)

Tal alargamento da aplicabilidade da ação civil pública, porém, não advém apenas da leitura do dispositivo constitucional, estando presente também na Lei 8.625/1993, a chamada Lei Orgânica do Ministério Público, a qual prevê a possibilidade de inquérito e ação civil pública para a anulação ou declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa, através do artigo 25, inciso IV, alínea “b”:

“Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:
(...)
IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:
b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;”

Vê-se, pois, que a competência do Ministério Público para a proteção da moralidade administrativa, bem como para o combate à prática de corrupção, encontra-se também prevista em sua própria lei orgânica, o que não afasta, todavia, a competência do *Parquet* para o ajuizamento da ação civil de improbidade administrativa, nos termos do artigo 17, da Lei 8.429/1992⁴⁰. Trata-se, pois, de um complemento à competência do Ministério Público, que pode tanto ingressar com a ação civil pública característica da Lei 7.347/1985, quanto com a ação de improbidade administrativa nos termos da Lei 8.429/1992.

Não obstante, conforme o artigo 5º da Lei 7.347/1985, também a ação civil pública pode ser ajuizada não apenas pelo Ministério Público, como também pela Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além de associações constituídas a pelo menos um ano e que incluam em suas finalidade a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Sobre o tema, referem Pase e Müller Bittencourt⁴¹:

⁴⁰ Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. (BRASIL, op. cit.)

⁴¹ PASE, Eduarda Simonetti; BITTENCOURT, Caroline Müller. **A ação civil pública a partir do ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de controle dos atos corruptivos: um enfoque acerca da atuação dos seus legitimados através das decisões do TJ/RS.** Revista Jovens Pesquisadores, Santa Cruz do Sul, v. 5, n. 2, 2015, p. 104.

“(…) a Ação Civil Pública é também instrumento processual adequado conferido não apenas ao Ministério Público, mas também aos demais colegitimados para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio público por ato corruptivo, quanto a aplicação das sanções previstas no artigo 37, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988, estipuladas ao agente público, em decorrência de sua irregular conduta”.

Sob tal lógica, pode portanto o Ministério Público ajuizar ação civil pública visando ao ressarcimento de dano ao erário em razão de ato ímprobo, com fulcro no artigo 37, §4º, da Lei Maior - isto é, sem realizar o procedimento disposto na Lei 8.429/1992 - conforme já decidiu, aliás, o Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Agravo de Recurso Especial nº 76.985/MS.⁴² Logo, amplia-se de certa forma o âmbito de proteção à sociedade civil e ao patrimônio público, na medida em que a ação civil pública possui aplicabilidade maior em relação à Lei de Improbidade Administrativa, ensejando não apenas a coibição de atos ímprobos, como também de atos lesivos, ilegais e imorais que não se enquadram nas hipóteses da Lei 8.429/1992.⁴³

É inegável, nesse sentido, o papel fundamental do Ministério Público no combate à corrupção, através, principalmente, da promoção de inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, previstos no artigo 129, inciso III, da Constituição, bem como para o resguardo da moralidade administrativa, em consonância com o que determina o artigo 25, inciso IV, alínea “b” de sua lei orgânica. Tal situação, ademais, permitiu nos últimos anos ampla atuação por parte do *Parquet* no tocante ao combate aos grandes escândalos de corrupção envolvendo membros dos poderes Legislativo e Executivo, em atendimento ao interesse público e à vedação ao enriquecimento ilícito por meio da Administração Pública.

⁴² AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPRESCRITIBILIDADE. PRECEDENTES. - O Ministério Público tem legitimidade ad causam para a propositura de ação civil pública objetivando o ressarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade. - É imprescritível a ação civil pública de ressarcimento de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa (art. 37, § 5º, da CF). Precedentes. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 76.985/MS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 18/05/2012)

⁴³ Pase e Müller Bittencourt, op. cit., p 106-107.

2.3.2. Lei Anticorrupção - Lei 12.846/2013

A Lei 12.846/2013, também chamada Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, trata da responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. Tal diploma, aprovado em período de extrema relevância para a matéria, constitui um avanço no ordenamento jurídico brasileiro, estando relacionado a compromissos internacionais firmados pelo Brasil para o combate à corrupção, tais como a Convenção de 1997 sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais de Paris e a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996, internalizados através dos Decretos 3.678/2000 e 4.410/2002, respectivamente. Não obstante, a carência de uma lei que dispusesse sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas por atos corruptivos fez-se mais presente nos últimos anos, com o advento de grandes operações de combate a escândalos de corrupção envolvendo conhecidas figuras públicas.

A Lei 12.846/2013 representa uma inovação no ordenamento brasileiro ao responsabilizar objetivamente, nas esferas administrativa e cível, as pessoas jurídicas que cometerem os atos ilícitos previstos no referido diploma. Ademais, a Lei de 2013 também complementa a Lei 8.429/1992, no sentido em que a primeira é destinada à punição de atos ilícitos cometidos por particulares contra a Administração, não havendo, pois, a necessidade de enquadramento do sujeito como agente público, como ocorre no artigo 2º da Lei de 1992. Desta forma, ao contrário da Lei de Improbidade Administrativa, a Lei Anticorrupção tem seu foco na pessoa jurídica que está relacionada ao Poder Público, e não no agente público ou nas pessoas físicas a ele relacionadas quando da prática do ato ímprobo⁴⁴.

Todavia, ambas as leis supracitadas possuem um objetivo comum, consubstanciado no combate à utilização da máquina pública para a satisfação de interesses pessoais. Tal ocorre pelo fato de que a Lei Anticorrupção também exige de certa maneira um comportamento probó por parte da pessoa jurídica, sendo tal probidade distinta daquela prevista na Lei 8.429/1992, uma vez que não está voltada

⁴⁴ ZIMMER JÚNIOR, op. cit., p. 224

à atuação do agente público em si, mas à conduta da pessoa jurídica com a qual o Poder Público se relaciona.

Para além das inovações referidas, a Lei de 2013 também se destaca por não se restringir aos atos que são lesivos à Administração Pública nacional, mas abrangendo também atos contra o patrimônio público estrangeiro, de maneira a exigir lisura por parte das pessoas jurídicas não apenas frente ao Poder Público brasileiro, como também nas relações para com as autoridades estrangeiras. Há, portanto, um forte elemento de cunho moral, que se relaciona com o presente trabalho, por força do artigo 5º da Lei 12.846/2013, o qual define os atos lesivos à Administração Pública⁴⁵, nacional ou estrangeira que o diploma visa a coibir. Conforme tal artigo, a lei se destina a combater todos os atos “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”.

Nítida, portanto, a defesa da moralidade na Lei Anticorrupção, no sentido de que a prática dos atos referidos no artigo 5º atenta os elementos ético-jurídicos da boa administração, bem como o princípio da probidade administrativa a ela relacionada. Sendo destinada ao combate de atos que atentem contra a Administração Pública, nacional ou não, tem-se portanto que uma das razões pelas

⁴⁵ “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.” (BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>.)

quais foi promulgada a Lei Anticorrupção é justamente combater a improbidade administrativa por outro meio, isto é, através da sanção às pessoas jurídicas que são partícipes do ato.

É importante referir, ainda, que, além da responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas, a Lei 12.846/2013 também versa sobre a responsabilidade de pessoas físicas, como no caso de dirigentes e administradores que concorrem para a prática do ato ilícito. Há, pois, a responsabilidade subjetiva, desde que demonstrada a existência de dolo e culpa⁴⁶. Não obstante, tal extensão da responsabilização à pessoa física somente ocorre quando houver, conjuntamente, a responsabilização da pessoa jurídica em questão. Em outras palavras, não pode a pessoa física ser demandada isoladamente com base na Lei 12.846/13 – o que, por sua vez, é perfeitamente possível para a pessoa jurídica. Logo, pela leitura do artigo 2º da lei⁴⁷, tem-se que, ao contrário das pessoas físicas, as pessoas jurídicas serão submetidas a sanção independentemente da existência ou não de anuência por parte da diretoria ou da administração em relação à prática ilícita pelos mandatários, agentes, corretores, prepostos ou empregados da pessoa jurídicas.

No que se refere às sanções administrativas definidas na Lei Anticorrupção, estas se encontram em seu artigo 6º, cabendo destaque para a imposição de multa de no mínimo 0,1% do faturamento bruto do último exercício da empresa antes da instauração do processo administrativo, podendo chegar a até 20%. Trata-se de imposição grave à pessoa jurídica, que deve ser aplicada com cautela, isto é, evitando punição excessiva que ponha em risco seu próprio funcionamento.

⁴⁶ Refere o artigo 3º da Lei anticorrupção: “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.” (BRASIL, op. cit.)

⁴⁷ “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.” (BRASIL, op. cit.)

Por sua vez, em relação à reparação integral do dano oriundo do ato corruptivo, consoante interpretação do artigo 13 da Lei 12.846/2013⁴⁸, o ressarcimento pode ser buscado tanto na esfera administrativa quanto na cível, uma vez que a instauração do processo administrativo para apuração do prejuízo não obsta a aplicação das demais sanções previstas na lei. É importante referir, porém, que a obrigação de reparação do dano causado, prevista no artigo 6º, § 3º, é considerada por parte da doutrina não como uma sanção em si, mas como consequência do próprio ato ilícito causado pela personalidade jurídica frente à Administração Pública⁴⁹.

Frisa-se que as sanções da Lei Anticorrupção, à mesma maneira que a Lei de Improbidade Administrativa, dão-se de maneira isolada ou cumulativa, não havendo, a princípio, a necessidade de aplicação em sua integralidade. Todavia, a norma de 2013 inova ao oferecer parâmetros⁵⁰ para a discricionariedade na imposição de penalidades, através do artigo 7º. Tem-se, aqui, da mesma forma do que ocorre na Lei 8.429/1992, atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, e, em certa maneira, também o resguardo à moralidade, uma vez que a aplicação extremada de diversas penalidades ao caso, em caráter punitivista, afrontaria os princípios éticos nos quais deve se guiar a sociedade civil. Ainda, soma-se a isso o fato de que o rol de condutas lesivas do artigo 5º da Lei Anticorrupção é taxativo⁵¹,

⁴⁸ “Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.” (BRASIL, op. cit.)

⁴⁹ Referem Elias Rosa e Martins Júnior: “A reparação do dano é prevista apenas como sanção administrativa. Mas, não é sanção, é consequência da prática de ilícito com resultado material negativo, não constituindo tecnicamente sanção. Razoável interpretar seu cabimento judicial com base na responsabilidade objetiva instituída para além do caráter condicional e subsidiário do art. 20 da Lei 12.846/2013 à vista de sua natureza como obrigação e não sanção, da independência de instâncias.” (ROSA, Márcio Fernando Elias; JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. **Estudo Comparativo entre as leis 8.429/1992 e 12.846/2013**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 947/2014, set. 2014, p. 303.)

⁵⁰ “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.” (BRASIL, op. cit.)

⁵¹ ZIMMER JÚNIOR, op. cit., p. 299

englobando práticas como a promessa, oferecimento ou dação direta ou indireta de vantagem indevida a agente público, além de disposições específicas quanto a condutas ilícitas em procedimentos de licitação e contratos - de maneira semelhante ao que acontece com a Lei 8.429/1992.

Sendo a responsabilidade da Lei 12.846/2013 de ordem civil e administrativa (art. 1º), o diploma destina um capítulo específico à responsabilidade administrativa, com a aplicação de sanções com base no artigo 6º, além de publicação extraordinária da decisão condenatória na esfera administrativa. Há, também, no artigo 20, a possibilidade de aplicação das sanções do artigo 6º através de ações ajuizadas pelo Ministério Público, de forma que as sanções de natureza administrativa também podem ser aplicadas no âmbito jurisdicional. Tal medida, segundo Zimmer Júnior⁵², justifica-se “pelo fato de que, em grandes esquemas de corrupção, a autoridade administrativa competente pode estar envolvida no ilícito com a pessoa jurídica. Havendo omissão, atribui-se competência ao Ministério Público para ajuizar ações com vistas à aplicação das sanções do art. 6º da Lei Anticorrupção, sem prejuízo da responsabilização penal, civil e administrativa do agente público omissor, nos termos da legislação específica aplicável, de acordo com o art. 27 do diploma em debate”.

Embora a Lei Anticorrupção inove no artigo 20, com a possibilidade de aplicação das sanções do capítulo da responsabilidade administrativa também na esfera jurisdicional, as sanções previstas no artigo 19, referentes à responsabilidade judicial das pessoas jurídicas, somente poderão ser aplicadas após a provocação das Advocacias Públicas ou órgãos do Poder Judiciário através de processo na esfera cível. Tais sanções podem ser desde o perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito obtidos direta ou indiretamente com o ato ilícito (inciso I) até, em casos mais graves levar à dissolução compulsória da pessoa jurídica (inciso III), além da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações e empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas controladas pelo poder público no prazo de um a cinco anos (inciso IV).

⁵² ZIMMER JÚNIOR, op. cit., p. 239

Quanto ao perdimento de bens, direitos e valores que representem vantagem indevida, previsto no artigo 19, inciso I, refere Zimmer Júnior que tal medida seria voltada a inibir as práticas ilícitas que causam dano principalmente ao que denomina de “patrimônio moral” da Administração Pública, uma vez que vedaria a hipótese de obter proveito de ilícito contra a Administração, ainda que não configurado o dano ao erário. Seria, pois, uma sanção direcionada ao combate ao enriquecimento ilícito, de maneira similar às sanções existentes na Lei 8.429/1992, estando também imbuída de aspectos morais.

Por sua vez, a sanção presente no artigo 19, inciso IV, referente à proibição de recebimento de incentivos, subsídios, empréstimos e demais auxílios por parte do Poder Público, é talvez uma das principais inovações da Lei 12.846/2013 quanto à defesa da moralidade pública. Tal medida visa ao agir com lisura não apenas por parte da Administração Pública, mas também por parte das pessoas jurídicas que com ela realizam tratativas, de tal maneira a promover um agir ético e em respeito aos procedimentos legais por ambas as partes - ressaltando-se, aliás, o fato de que tal conduta íntegra da pessoa jurídica deve ocorrer não apenas perante a Administração brasileira, como também a estrangeira, em obediência ao que preconiza o artigo 1º da referida Lei 12.846/2013.

Além de tais inovações, outro avanço da Lei Anticorrupção está justamente na possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica disposta pelo artigo 14, à semelhança do que já existia, por exemplo, no artigo 50 do Código Civil e no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor. Sendo assim, no caso específico da lei em comento, tal medida seria necessária perante situação de abuso de direito a fim de facilitar, encobrir, ou dissimular a prática de atos ilícitos previstos na lei ou ainda para provocar confusão patrimonial⁵³.

⁵³ “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.” (BRASIL, op. cit.)

Por fim, cabe referir como principal diferencial entre a Lei 8.429/1992 e a Lei 12.846/2013 o fato de esta última permitir a realização de transação, através da celebração de acordo de leniência, nos termos do artigo 16 da Lei Anticorrupção. Trata-se de um avanço, uma vez que possibilita a realização de transações nas instâncias cível e administrativa, permitindo a isenção da publicação da decisão condenatória e a redução da multa para colaboração efetiva com a investigação e o processo administrativo, a fim de identificar os demais envolvidos na infração e uma obtenção célere de informações e documentos que comprovem a ocorrência do ilícito. Certo é, portanto, que tal possibilidade de colaboração e transação quanto às sanções visa justamente a resguardar o interesse público. Mais vale, desta forma, a redução de penalidade à entidade acusada de corrupção em troca de maiores avanços na investigação do que o engessamento do sistema e a aplicação inflexível das sanções.

Não obstante, deve a pessoa jurídica preencher os requisitos cumulativos constantes no artigo 16, §1º, da Lei 12.846/2013, devendo não apenas manifestar o interesse em cooperação para a apuração da conduta ilícita, como também a cessação imediata de seu envolvimento na infração investigada a partir da proposição do acordo, e, finalmente, deve a pessoa jurídica admitir sua participação no ilícito, cooperando plena e permanentemente com as investigações e com o processo administrativo, devendo comparecer aos atos processuais sempre que solicitada.

É importante ressaltar que, nos termos do artigo 16, §7º, a recusa da propositura de cooperação pela pessoa jurídica a quem foi oferecido o acordo de leniência não resulta em reconhecimento da prática do ato ilícito objeto de investigação. Em outras palavras, não há uma obrigação à cooperação, realizada de forma coercitiva à pessoa investigada, mas um verdadeiro intuito de cooperação, de forma a obter o resultado almejado, satisfazendo ao interesse público.

2.3.3. Tribunais de Contas

Além dos instrumentos legais destinados ao combate à prática de atos corruptivos e ao resguardo à moralidade e à probidade administrativas, deve-se fazer também especial menção aos tribunais de contas, os quais realizam o controle externo das contas públicas nas esferas municipal, estadual e federal, através de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, visando a garantir à sociedade a regular e efetiva aplicação dos recursos públicos⁵⁴.

Nas palavras de Garcia⁵⁵, “o tribunal de contas brasileiro é uma estrutura autônoma de poder, de nível constitucional, destinada a auxiliar o Legislativo no controle externo das contas públicas”. Há, portanto, juntamente aos mecanismos de controle interno existentes em cada instituição, afigura de um controle externo exercido pela corte de contas, de maneira a evitar e sancionar a prática de atos ilícitos e irregularidades que atentam contra a adequada aplicação dos recursos públicos. Embora a existência de cortes encarregadas de apreciar as contas públicas seja de longa data no cenário brasileiro, foi a partir da Constituição de 1988 que tais tribunais adquiriram o auge de sua maturidade orgânica e funcional, com reconhecida autonomia e extenso rol de competências.⁵⁶

O Tribunal de Contas é, em certa medida, responsável por realizar no cenário público brasileiro aquilo que a doutrina norte-americana denomina como *accountability*, podendo ser traduzida como sendo um “procedimento complexo, que impõe aos agentes públicos a obrigação de informar e justificar os atos praticados, tendo, como consequente, a capacidade de sancioná-los quando tenham violado as obrigações a eles impostas pela estrutura constitucional a qual representam”.⁵⁷ É evidente, portanto, a importância do controle externo dos entes que compõem o

⁵⁴ LEITE, Marcello Costa e Silva. **A importância dos Tribunais de Contas no combate à corrupção**. Revista Controle, Fortaleza, vol 13 (2), 01 dez. 2015, p. 242.

⁵⁵ GARCIA, Emerson. **A necessidade de aperfeiçoamento estrutural do controle externo: a autonomia do Ministério Público de Contas como imperativo da adversariedade**. Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná/Ministério Público de Contas do Estado do Paraná, Curitiba, n. 7, 2017, p. 26

⁵⁶ GARCIA, *ibid.*, p. 24.

⁵⁷ CABRAL, Flávio Garcia; CABRAL, Dafne Reichel. **O Tribunal de Contas da União (TCU) e seu papel para uma *accountability* horizontal efetiva**. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. São Paulo, v. 6/2018, jul.-set. 2018, p. 148.

Poder Público, efetuado a nível não apenas do Tribunal de Contas da União, como também dos tribunais de contas dos estados e municípios, sobretudo na promoção da correta e efetiva destinação dos recursos públicos. No presente trabalho, considerando a relevância e existência de dispositivos expressos na Constituição para sua atuação, será concedido um enfoque maior ao Tribunal de Contas da União (TCU) na prevenção e coibição de práticas corruptivas na Administração Pública.

No plano constitucional, estão previstas, dentre outras, o exercício das seguintes atividades pelo Tribunal de Contas da União: (1) consultiva, consistente na emissão de parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Executivo, que serão julgadas pelo Poder Legislativo (arts. 71, I; 49, IX; e 31, § 2º, da Constituição); (2) de aprovação, podendo sustar a execução de atos dissonantes da ordem jurídica, ainda que não tenha ocorrido a despesa pública (art. 71, X e parágrafos); (3) de julgamento, ao apreciar as contas dos gestores da coisa pública, que não o Chefe do Poder Executivo, podendo aprová-las ou rejeitá-las (art. 71, II, da CR/88); e (4) sancionadora, ao impor, aos agentes que tiveram suas contas rejeitadas, multa proporcional ao dano causado ao erário, bem como a obrigação de repará-lo (art. 71, VIII, da CR/88).⁵⁸

Em atenção à fiscalização de irregularidades, dentre as quais a possibilidade de evidência de atos corruptivos, cabe, primeiramente, o destaque para a função consultiva, presente no artigo 71, inciso I. A elaboração de parecer conclusivo de apreciação das contas do Presidente da República e seu consequente envio ao Congresso Nacional tem suma importância, uma vez que a recusa das contas públicas pelo parecer do TCU pode inclusive ser utilizada como fundamento para o início de processo para a destituição do cargo, com base na Lei nº 1.079/1950.

Resta clara, em tal situação, a autonomia do Tribunal de Contas perante o Congresso Nacional na realização do controle externo, uma vez que haverá apenas a emissão de parecer conclusivo ao Legislativo, o qual efetuará o julgamento da gestão presidencial. Em outras palavras, embora o Congresso Nacional e o Tribunal de Contas estejam ambos vocacionados para o controle externo das contas

⁵⁸ GARCIA, op. cit., p. 26

públicas, cada um destes possui competências específicas em prol de objetivos comuns, não havendo subordinação hierárquica entre o Tribunal de Contas e o Legislativo.

Entretanto, as funções de julgamento e sanção dos agentes públicos são as que possuem maior relevância para o combate a práticas corruptivas, tendo o Tribunal de Contas da União autonomia para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores da Administração Pública, após a realização de fiscalização, inspeções e auditorias junto às unidades administrativas dos demais poderes. Quanto ao poder sancionatório, por força do inciso VIII e do §3º do artigo 71, da Constituição, é estabelecida a legitimidade ao Tribunal de Contas na aplicação de sanções em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, tais como a aplicação de multas e ressarcimento de danos causados ao erário, as quais constituirão título executivo.

No plano infraconstitucional, constata-se que a fiscalização e o controle das contas públicas pelo Tribunal possuem diversos instrumentos para sua efetivação. Dentre esses, cabe menção à Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/1992) a qual permite o afastamento cautelar do agente público sob fiscalização, caso se evidencie que este dificulta ou retarda a realização de auditorias ou inspeções, podendo também ser decretada, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens a fim de garantir o ressarcimento de danos objeto de apuração, nos termos do artigo 44, caput e §2º da referida lei. Tal dispositivo é de grande importância na apuração de atos corruptivos, sobretudo naqueles que atentam à probidade administrativa, uma vez que o afastamento cautelar visa à eficácia da função fiscalizatória e em atendimento ao interesse público. Ademais, é também no sentido de garantia da correta aplicação dos recursos públicos que, em caso de confirmação de irregularidades, o artigo 60 da Lei Orgânica do TCU prevê o afastamento das autoridades por um período de cinco a oito anos para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, caso seja a infração considerada grave pela maioria dos membros do tribunal.

Entretanto, a atuação do Tribunal de Contas da União ampara-se, sobretudo, na aplicação da Lei Complementar nº 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, devendo verificar o cumprimento dos limites de gastos e, em caso de crimes contra as finanças públicas, isto é, aqueles tipificados na Lei 10.028/2000, notificar o Ministério Público. De maneira semelhante, pode também o TCU constatar, através de sua atuação, atos que atentem contra a moralidade e a probidade administrativa, nos termos dos artigos 9, 10 e 11 da Lei 8.429/1992⁵⁹. Não obstante, da mesma forma como ocorre quando da constatação de crimes contra as finanças públicas, as decisões dos tribunais de contas não são vinculativas ao autor da ação civil de improbidade administrativa, de forma que estas devem ser objeto de análise crítica do Ministério Público e dos demais legitimados pela ação, quando da apuração de improbidade em razão de irregularidades percebidas pela corte de contas.

2.4. A corrupção no direito comparado

2.4.1. *The US Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* - o combate à corrupção internacional nos Estados Unidos

O *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 é a fonte primária para o combate à corrupção de agentes públicos nacionais e estrangeiros no mundo, tendo surgido como resposta a dois grandes casos de escândalos de propina nos Estados Unidos: o caso Lockheed e o caso Watergate. O primeiro tratou-se do pagamento de propinas a funcionários públicos estrangeiros por empresas americanas multinacionais. O segundo, por sua vez, envolveu processos de espionagem e sabotagem nas eleições presidenciais dos EUA em 1972, com pagamentos ilegais de campanhas eleitorais e repasse ilícito de dinheiro a políticos estadunidenses e funcionários públicos estrangeiros, culminando na renúncia do Presidente estadunidense Richard Nixon em 1974⁶⁰.

O *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) estadunidense, portanto, foi elaborado em resposta às inquietações relativas à corrupção do Poder Público não apenas nos Estados Unidos, como também além de suas fronteiras. Naquele país,

⁵⁹ LEITE, op. cit., p. 247.

⁶⁰ ZIMMER JÚNIOR, op. cit., p. 44.

segundo referem Rosenberg, Kaufmann e Plochocki⁶¹, o FCPA teve como um de seus principais objetivos evitar situações como o já referido escândalo de corrupção pública Watergate, ao passo que, em relação ao exterior, o referido instrumento jurídico teria como objetivo reduzir a realização de propinas estrangeiras e outras práticas corruptas, responsabilizando empresas americanas e estrangeiras pela prática de suborno. Conforme aduzem os autores, através do FCPA, os Estados Unidos buscaram “preservar sua credibilidade no mercado e promover práticas negociais éticas com seus aliados políticos e econômicos nos países em desenvolvimento”.

O *Foreign Corrupt Practices Act* divide-se em duas seções principais: as disposições anti-propina ou anti-suborno (*anti-bribery provisions*) e as disposições contábeis (*accounting provisions*). As primeiras destinam-se à proibição de pagamento de propina a funcionários de governos estrangeiros com o objetivo de garantir vantagens impróprias ou de obter ou reter negócios naquele país. As disposições de contabilidade, por sua vez, exigem, por parte das organizações submetidas ao FCPA, que mantenham e atualizem livros e registros, bem como seja realizada a implementação e manutenção de um sistema interno de controle de contabilidade. Ainda, as infrações ao texto anticorrupção norte-americano implicam em penalidades civis e penais aos sujeitos, impostas pelo Departamento de Justiça (DOJ) e a Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos (SEC).

Tendo em consideração o objeto do presente trabalho, a análise será restrita às disposições anti-suborno. Essas se dividem em três diferentes aspectos: (a) os denominados *issuers* ou emissores – empresas norte-americanas ou estrangeiras operando no mercado mobiliário –, (b) os assuntos domésticos e, por fim, (c) os indivíduos e entidades dentro da jurisdição estadunidense. Sobre os assuntos domésticos, atentam os autores⁶², porém, que as disposições anti-suborno do FCPA lhes serão aplicáveis quando o caso concreto envolver qualquer indivíduo considerado cidadão estadunidense, natural ou residente, ou qualquer corporação

⁶¹ ROSENBERG, Hillary; KAUFMANN, Adam S.; PLOCHOCKI, Tara J. ***The U.S. Foreign Corrupt Practices Act: eradicating corruption in U.S. and non-U.S. companies.*** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 947/2014, set. 2014, p. 402.

⁶² Rosenberg, Kaufmann e Plochocki, *ibid*, p. 402

que seja organizada sob as leis dos Estados Unidos, ou ainda que tenha seu principal local de negócios estabelecido nos Estados Unidos. Sendo assim, nacionais estrangeiros, mesmo que não estabelecidos fisicamente nos Estados Unidos, também estão submetidos a tais disposições.

Nota-se, portanto, que as práticas de enriquecimento ilícito, consistentes no pagamento de propinas a funcionários públicos nacionais ou internacionais, são o principal aspecto da política estadunidense de combate à corrupção. Todavia, ainda que as práticas corruptivas dispostas no FCPA pareçam, em um primeiro momento, restritas apenas ao pagamento de propinas, deve-se ressaltar que tal conduta - referida pelos autores como *any act of furtherance of bribe*⁶³, ou seja, qualquer ato de adiantamento de propina – sujeita-se a uma interpretação *lato sensu*, incluindo e-mails, chamadas, mensagens de texto, transferências para ou pelos Estados Unidos, ou ainda tudo o que envolver comércio interestatal.⁶⁴

Tendo em vista tais pontos da legislação estadunidense, são evidentes as relações que se pode traçar entre as práticas de enriquecimento ilícito, definidas pela Lei 8.429/1992, as disposições do *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 e aquelas da Lei 12.846/2013. O referido diploma norte-americano encontra-se em sintonia com a Lei Anticorrupção, na medida em que prevê a punição por corrupção realizada por entidades privadas, não sendo necessário o enquadramento no conceito de agente público, como ocorre, por exemplo, no artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa. Ademais, a ampla aplicabilidade do instituto estadunidense, abarcando empresas que não possuem sede no país ou sequer

⁶³ Rosenberg, Kaufmann e Plochoki, p. 3 e 6

⁶⁴ A interpretação ampla que se dá ao conceito de propina é evidenciada no texto original: § 78dd-1 [Section 30A of the Securities & Exchange Act of 1934]. *Prohibited foreign trade practices by issuers (a) Prohibition It shall be unlawful for any issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78l of this title or which is required to file reports under section 78o(d) of this title, or for any officer, director, employee, or agent of such issuer or any stockholder thereof acting on behalf of such issuer, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to-- (1) any foreign official for purposes of-- (A) (i) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, (ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or (iii) securing any improper advantage; or (B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality. Foreign Corrupt Practices Act.* Disponível em : <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>>.

estabelecimentos físicos, guarda também semelhanças com a Lei Anticorrupção brasileira.⁶⁵

No caso brasileiro, embora leve em consideração os recentes escândalos envolvendo figuras públicas de grande importância, a Lei Anticorrupção veio a suprir grave lacuna legislativa no que diz respeito à punição de pessoas jurídicas por práticas de corrupção face à Administração Pública nacional ou estrangeira, tendo em vista as limitações da Lei 8.429/1992. A norma estadunidense, diferentemente, é destinada predominantemente à aplicação a casos envolvendo autoridades estrangeiras, definidas como qualquer funcionário ou empregado de um governo estrangeiro ou qualquer departamento, agência, ou instrumentalidade daquele, ou de uma organização pública internacional, ou ainda de qualquer pessoa agindo em função oficial para ou em nome de qualquer governo ou departamento, agência ou instrumentalidade; para ou em nome de qualquer organização internacional pública.⁶⁶

No que se refere, por sua vez, especificamente à Lei 8.429/1992 e à legislação estadunidense, uma de suas grandes diferenças consiste no fato de que, segundo o *Foreign Corrupt Practices Act*, o mero ato de oferecer propina, ainda que não haja a solicitação, a aceitação ou o recebimento pelo funcionário estrangeiro, resulta em violação às disposições da legislação. Todavia, a propina deve ser realizada com a intenção de influenciar indevidamente o receptor, isto é, sendo necessária a verificação de uma conduta dolosa. Tal situação, por sua vez, difere do enriquecimento ilícito da Lei de Improbidade Administrativa, a qual não prevê sanções ao oferecimento de propina, desde que não haja a aceitação da vantagem

⁶⁵ Reitera-se, nesse sentido, o artigo 1º da Lei Anticorrupção:

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. (BRASIL, op. cit.)

⁶⁶ No original, em inglês: (f) *Definitions For purposes of this section: (1) A) The term "foreign official" means any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof, or of a public international organization, or any person acting in an official capacity for or on behalf of any such government or department, agency, or instrumentality, or for or on behalf of any such public international organization.*

indevida. Diferentemente ocorre, como referido, no caso da Lei Anticorrupção, na qual há a vedação expressa no artigo 5º, inciso I, para a pessoa jurídica em relação ao ato de “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada”.

Finalmente, o *Foreign Corrupt Practices Act* pode ser também analisado no sentido de promover o resguardo a princípios éticos por parte das entidades a ele submetidas, em relação à sua atuação perante a Administração Pública nacional ou estrangeira. Nota-se, portanto, uma valorização do agir ético não apenas por parte das autoridades nacionais, como também das empresas estadunidenses quando na realização de negócios perante autoridades estrangeiras, de maneira a combater a corrupção a nível internacional, bem como evitando que a prática de atos corruptivos venha a ter também alguma influência negativa no cenário nacional.

2.4.2. O combate à corrupção na Suécia

Diferentemente da situação brasileira, a legislação sueca relativa ao combate à corrupção é antiga e consolidada – seja diretamente, através de sanções a entes públicos e privados, ou ainda indiretamente, através de medidas que reduzam a burocracia e também estimulem a transparência nos organismos estatais. Tal situação se reflete nos indicadores sociais do país, o qual ocupou, em 2018, a 6ª posição no Índice de Percepção de Corrupção (IPC) da ONG Transparência Internacional, com 84 pontos, à frente de países como Canadá, Luxemburgo e Países Baixos⁶⁷.

Conforme refere Staffan Andersson⁶⁸, a corrupção na legislação sueca destina-se quase que exclusivamente ao pagamento de propinas, de forma que o pagamento de suborno a juízes e governadores de condados tornou-se crime em 1734, o que foi estendido a todos os membros do Poder Público em 1834 – embora seja verificada a existência de legislações regionais sobre o tema desde a Idade

⁶⁷ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perceptions Index 2017**. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>.

⁶⁸ ANDERSSON, Staffan. **Corruption in Sweden** Exploring danger zones and change. Department of Political Science. Umea University, Research Report, 2002, p. 69

Média. Houve, ainda, significativas mudanças legislativas em 1976 e 1978, permitindo, respectivamente, a extensão da legislação contra recebimento de vantagem indevida a todos os funcionários públicos e sua subsequente extensão de ao setor privado. Não obstante, ao contrário do que ocorreu com recebimento de vantagem indevida, o oferecimento de propina só se tornou crime no país escandinavo em 1919.

O oferecimento de vantagem indevida, assim como o seu recebimento, são regulamentados pelo Código Penal sueco, nos capítulos 17, §7º e 20, §2, respectivamente, sendo tais disposições aplicáveis tanto ao setor público quanto ao setor privado. Ressalta Andersson⁶⁹ que, ainda que o recebimento de vantagem indevida pelo indivíduo não seja caracterizado, ainda assim o mero oferecimento a este será considerado crime. Quanto ao recebimento de vantagem indevida no caso sueco, assim como no brasileiro e na legislação americana supracitada, este não se restringe ao dinheiro. Logo, se o favor oferecido condiciona o recebedor (da vantagem indevida) a agir em uma determinada maneira, prejudicial ou não para o seu dever, tal favor será considerado como uma propina (*bribe*) pela legislação sueca.

Ademais, a legislação sueca contra o recebimento de vantagem indevida destaca-se pelo fato de que a conduta ilícita pode ser objeto de responsabilidade criminal antes mesmo de o indivíduo ter assumido cargo profissional específico, perdurando, também, a responsabilidade mesmo após sua saída do cargo. No entanto, é importante referir que a penalidade para recebimento ou oferecimento de propina é de máximo de dois anos⁷⁰ - o que, ressalta-se, demonstra que o estabelecimento de altas penalidades não é por si só um fator decisivo para a prevenção da prática do ato ilícito.

Convém mencionar, também, que a legislação sueca possui outros dispositivos no sentido de impedir a prática de atos corruptivos, com destaque para o *Marketing Practices Act*, destinado a diminuir a corrupção nas práticas de mercado e, notadamente, o *Administrative Procedure Act*, o qual visa a regular as atividades

⁶⁹ Idem, p. 70

⁷⁰ Idem, p. 72

dos agentes públicos, sendo também aplicável a *políticos detentores de autoridade*. Tal regulação, importante para o direito administrativo comparado, nos dizeres de Andersson, “fornece disposições detalhadas a respeito de conflito de interesses, de maneira a salvaguardar a imparcialidade da Administração, bem como influencia as agências administrativas do governo local e central”.

Outrossim, conforme a legislação sueca, qualquer agente público, no momento em que se deparar com uma questão na qual também é discutido seu interesse particular, é obrigado a reportar a situação e declarar-se impedido, considerando sua influência específica para a decisão sobre a matéria discutida. Percebe-se, aqui, uma importante maneira de manter a moralidade e a imparcialidade que regem a Administração Pública, de maneira a impedir que os interesses individuais se sobreponham ao interesse público, através do estabelecimento de regras claras de impedimento aos agentes públicos.

Cabe referir também o fato de que a legislação sueca, assim como a brasileira, foi objeto de reformas em razão de importantes tratados e convenções internacionais, cabendo menção à Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa de 1999, seguida de recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de 1998/1999. Tais medidas, segundo o autor supracitado, levaram à possibilidade de que ministros de relações exteriores e parlamentares da Suécia também fossem puníveis perante a Corte Europeia, isto é, sendo submetidos à jurisdição nacional e internacional.

Por fim, é importante mencionar que muito da moralidade pública e das práticas de boa administração do país escandinavo decorre da existência de mecanismos de transparência, tais como regras de acesso público a documentos oficiais, bem como um sistema de proteção a informantes da mídia considerados como figuras importantes no combate à corrupção, consoante o *Freedom of the Press Act* e a *Fundamental Law on Freedom of Expression*. Logo, a tradição de transparência e garantias às liberdades na Suécia tem sido um dos aspectos de proteção aos valores e princípios que regem a Administração Pública do país, com eficiência e impessoalidade, evitando, dessa forma, a prática de atos corruptivos.

3. Propostas legislativas

No que se refere às medidas de combate à corrupção, tanto as previstas no Projeto de Lei nº 4.850/2016, quanto às demais proposições em trâmite no Congresso Nacional ou em fase de elaboração por grupos da sociedade civil, tendo em vista a amplitude do tema, bem como a limitação do objeto deste trabalho, ater-se-á às medidas e projetos que possuem relação com o direito administrativo, mais especificamente em atenção ao resguardo ao princípio da moralidade. Dessa forma, optou-se por realizar comentários às principais propostas legislativas em discussão sobre a temática da corrupção, consistentes no supracitado Projeto de Lei 4.850/2016 – denominado Dez Medidas Contra a Corrupção – e na iniciativa Novas Medidas Contra a Corrupção, ambos se tratando de projetos de iniciativa popular decorrentes da mobilização de diversos setores da sociedade civil em prol do combate a práticas corruptivas.

3.1. Projeto de Lei 4.850/2016 - As Dez Medidas contra a Corrupção

O Projeto de Lei 4.850/2016 foi resultado de notável mobilização da sociedade civil e das instituições nacionais face aos escândalos de corrupção, sendo elaborado por membros do Ministério Público Federal atuantes na Operação Lava Jato. Após campanha realizada desde julho de 2015, com o recolhimento de 2,189 milhões de assinaturas⁷¹, o projeto de lei foi apresentado à Câmara dos Deputados no dia 29 de março de 2016, estando, desde 29 de março de 2017 até o presente momento, aguardando trâmite no Senado Federal. As ditas medidas são divididas em dez segmentos, quais sejam: (1) prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação; (2) criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos, (3) aumento das penas e crime hediondo para a corrupção de altos valores; (4) eficiência dos recursos no processo penal; (5) celeridade nas ações de improbidade administrativa; (6) reforma no sistema de prescrição penal; (7) ajustes nas nulidades penais; (8) responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2; (9) prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado; e (10) recuperação do lucro desviado do crime.

⁷¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Dez medidas contra a corrupção**. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

Evidente, portanto, que o projeto adentra largamente na esfera penal, de maneira que, para objeto de análise, vamos nos ater à análise dos pontos (1), (2) e (5) do PL 4.850/2016.

3.1.1. Medida nº 1

A medida nº 1, referente à criação de mecanismos de prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação, tem, dentre seus principais aspectos, o investimento de 10 a 20% dos recursos de publicidade dos entes da Administração Pública em projetos destinados a promover a intolerância à corrupção, com a conscientização de seus danos sociais e individuais. Trata-se de importante instrumento de combate à prática corruptiva, no sentido em que induz na sociedade civil uma postura irreduzível contra a prática de atos corruptivos, reforçando a imoralidade da conduta ilícita em questão.

Uma segunda proposta, também abarcada na medida nº 1, consiste na realização de testes de integridade, definidos como a “simulação de situações sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública”⁷². Tais testes, que seriam realizados preferencialmente pela corregedoria, controladoria, ouvidoria ou órgão equivalente da Administração Pública na qual se encontra o agente submetido, também poderiam ser realizados pelos órgãos policiais, sendo, de certa maneira, um dever de transparência e prestação de contas do agente público.

3.1.2 Medida nº 2

A medida nº 2, por sua vez, consistente na criminalização do enriquecimento ilícito de servidores públicos, com sua tipificação sob a forma do artigo 312-A, do Código Penal⁷³, estabelecendo-se pena de prisão de três a oito anos, somada ao

⁷² Conforme o texto da proposta legislativa:

Art. 3º Os testes de integridade consistirão na simulação de situações sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública.

⁷³ Conforme a medida, o artigo passaria a ter a seguinte redação: Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 312-A:

confisco dos bens. Tal situação, conforme já referido em capítulo anterior, encontra-se largamente prevista no artigo 9 da Lei 8.429/1992, que descreve detalhadamente as hipóteses de recebimento de vantagem indevida pelo agente público, bem como lhe sendo reservadas as penalidades do artigo 12, inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, tais como a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente, o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, o pagamento de multa civil e inclusive a perda de direitos políticos por oito ou dez anos. A tipificação da conduta no Código Penal, cabe dizer, é possível em razão do artigo 12, caput, da Lei 8.429/1992, que determina a aplicabilidade que as sanções da Lei de Improbidade não farão prejuízo às penalidades na esfera penal, civil e administrativa, de forma que a Lei 8.429/1992 não faz óbice à referida proposta de alteração legislativa.

3.1.3. Medida nº 5

A medida nº 5 do Projeto de Lei 4.850/2016 visa a realizar três alterações importantes na Lei 8.429/1992 - a supressão da etapa de notificação e defesa prévias de que trata o artigo 17, § 7º⁷⁴, garantindo ao agente público apenas a possibilidade de defesa após a citação, passando-se a possibilidade de rejeição de ofício pelo juiz após a contestação pelo agente público, sob o pretexto de maior celeridade ao processo administrativo. Ademais, constam na referida medida a criação de varas, câmaras e turmas especializadas no julgamento de ações de improbidade administrativa, bem como aquelas decorrentes da Lei Anticorrupção, nos tribunais de justiça e nos tribunais regionais federais, de maneira a garantir maior celeridade aos processos e dar vazão ao trabalho dos órgãos de julgamento já existentes.

“Enriquecimento ilícito Art. 312-A. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito: Pena – prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de crime mais grave. § 1º Caracteriza-se o enriquecimento ilícito ainda que, observadas as condições do caput, houver amortização ou extinção de dívidas do servidor público, ou de quem a ele equiparado, inclusive por terceira pessoa. § 2º As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiros pessoas.” Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

⁷⁴ Conforme a redação atualmente em vigor, dispõe o art. 17, § 7º:

“§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.”

Por fim, merece destaque, também na proposta nº5, a inclusão da possibilidade de transação na Lei de Improbidade Administrativa, através da celebração de acordos de leniência pelo Ministério Público Federal, de maneira semelhante ao que já existe no âmbito penal e ao que foi definido na Lei 12.846/2013 em relação aos atos corruptivos. Tal medida, realizada através da colaboração do agente público na busca de informações para apuração do ato ilícito, auxiliaria na resolução dos casos de improbidade, possibilitando resultados mais efetivos à apuração do ato investigado, bem como em atenção ao interesse público.

3.2. Projeto Novas Medidas contra a Corrupção

Diante da morosidade no trâmite do Projeto de Lei nº 4850/2016 no Congresso Nacional, caracterizado em grande parte pela deturpação do projeto inicial - com a inclusão de medidas que não estavam na proposta de iniciativa popular apresentada pelo Ministério Público Federal -, foi elaborado novo documento, encabeçado pela organização não-governamental Transparência Internacional Brasil, em conjunto com os cursos de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro e de São Paulo, denominado Novas Medidas contra a Corrupção, no qual foram propostas setenta novas disposições, a partir de consulta a 373 instituições e mais de duzentos especialistas. Tendo em vista, porém, a limitação do presente trabalho, novamente vamos nos ater às principais propostas apresentadas no projeto relacionadas ao combate à corrupção na Administração Pública e ao resguardo à moralidade administrativa.

3.2.1. Medida nº 65

Dentre as propostas existentes para o combate à corrupção no direito brasileiro, cumpre referir o documento ora referido reproduz a proposta já existente no PL 4.850/2016 através da medida nº 65, com a retirada da defesa prévia do acusado em ação de improbidade administrativa, visando à maior celeridade no trâmite processual, bem como estabelecendo a possibilidade de transação no processo administrativo, consubstanciada na redução da pena para o agente público que confessou a realização do ato ímprobo. Na atual configuração legal, o agente

confesso do ato ímprobo, vale dizer, não sofre qualquer diferenciação em relação ao agente público que seguiu realizando o ato ilícito e buscou ocultar sua existência pelo maior tempo possível, a fim de manter-se impune.

Ressalta-se, todavia, que tal proposta, no que se refere ao benefício de redução de pena, rompe com a noção existente de um direito administrativo essencialmente adversarial na lide processual, colocando-o em maior harmonia com o Estado democrático de direito, bem como possibilitando ao acusado maior colaboração para com as autoridades públicas. Tal situação implicaria, naturalmente, na revogação do artigo 17, §1º, da Lei 8.429/92, que veda expressamente a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. O referido artigo da Lei de Improbidade é compreensivelmente contestado pela proposta, uma vez que o próprio direito penal, ao qual incumbe a proteção de bens jurídicos e direitos fundamentais – dentre os quais o direito à vida –, prevê a hipótese de transação para os réus confessos ou dispostos a colaborar para a redução da pena, não havendo razão para a Administração Pública ser, neste ponto, mais rigorosa que a esfera criminal.

Não obstante, quanto à eliminação do instituto da defesa prévia, esta é um pouco controvertida, uma vez que, a um primeiro momento, elimina a possibilidade de o acusado se justificar perante o magistrado quando do exame de admissibilidade da ação de improbidade. Argumentam os propositores⁷⁵, todavia, que tal possibilidade de defesa, embora compreensível do ponto de vista teórico - no sentido de evitar o abalo ao agente público causado pela mera tramitação do processo administrativo - não se justifica na prática.

Sustentam os redatores do documento que a existência de defesa prévia em grande parte dos casos é utilizada de maneira nitidamente protelatória à lide processual, tornando o procedimento particularmente moroso em casos de multiplicidade de acusados, uma vez que seriam necessárias as manifestações prévias de todos os demandados para enfim se concluir o exame de admissibilidade,

⁷⁵ MOHALLEM, Michael Freitas... [et al.] **Novas Medidas contra a corrupção** - Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Em parceria com a Transparência Internacional Brasil, 2018., p. 586-587

sendo tais defesas, geralmente, apenas reiteradas em termos idênticos quando da apresentação da contestação.

Ora, em tal ponto há de se referir que a proposta se torna mais complicada, envolvendo a discussão quanto a direitos processuais previstos expressamente na Constituição de 1988, tais como a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, inciso LV). Contudo, destaca-se aqui como argumento o mesmo já referido no primeiro ponto do documento, qual seja, a ausência de instrumento semelhante na esfera penal, à qual são atribuídos os julgamentos de casos muitas vezes mais graves e socialmente condenáveis que os atos ímprobos. Resta, novamente, o argumento de que um certo “excesso” de garantias processuais na via administrativa conduziria a maior impunidade, o que, por sua vez, afrontaria novamente a moralidade administrativa, com o menor zelo à coisa pública pelos administradores acrescida de um dano à imagem da Administração Pública perante a sociedade.

Resta claro, portanto, que a notificação prévia pessoal em ação de improbidade administrativa, criada pela medida provisória 2.245-45 de 2001, não atendeu à finalidade almejada, isto é, no sentido de impedir a tramitação temerária de ações de improbidade sem o fundamento necessário. Na prática, todavia, a necessidade de uma notificação pessoal, anterior a uma citação também pessoal, resulta em excessiva morosidade para a tramitação processual, o que se torna ainda mais grave quando se trata de ação com litisconsorte passivo. Logo, a situação atual viola o princípio de duração razoável do processo, na medida em que não atende à finalidade almejada, sendo pertinente a proposta de alteração.

Do ponto de vista da moral pública, a atual situação resulta em sérios danos à Administração. A notável morosidade para a conclusão da fase pré-processual, bem como lentidão conseguinte na fase processual, dificultam a resolução da lide e acabam por resultar em situação de improbidade. Ademais, o lapso temporal entre a resposta à notificação prévia e a contestação, com pouca alteração argumentativa, dá margem ao agente suspeito de improbidade para mudar de localidade, dificultando a resolução da demanda. É evidente que essa mudança também pode se dar por questões meramente pessoais, isto é, dificultando a citação sem haver de

fato uma conduta dolosa, tendo em vista que, ao decorrer de anos, os agentes públicos, como indivíduos, podem naturalmente mudar de endereço.

3.2.2. Medida nº 23

A iniciativa Novas Medidas contra a Corrupção, à mesma maneira do já referido PL 4.850/2016, também versa sobre a criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos, através da medida nº 23, estabelecendo-se a pena de reclusão de três a oito anos para agentes públicos que receberem vantagens indevidas e incompatíveis com o rendimento oriundo de suas atividades lícitas. Há, assim como no projeto inicial das Dez Medidas, a inclusão do artigo 312-A ao Código Penal Brasileiro,. Conforme referido anteriormente, tem-se no sistema jurídico brasileiro a possibilidade de sanções ao agente público na esfera penal, civil e administrativa pelo mesmo ato ilícito. Ademais, referem os autores das Novas Medidas que o locupletamento indevido objeto do projeto não acarreta em inversão do ônus da prova ao acusado⁷⁶, devendo esta ser comprovada pelo polo ativo da demanda.

3.2.3. Medida nº 39

Além das medidas já destacadas, cabe referir também a medida nº 39, denominada gestão de informações para a detecção de corrupção de funcionários públicos, a qual possibilita o compartilhamento dos dados que versem sobre a situação econômica ou financeira dos servidores públicos federais com a Controladoria Geral da União sem a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário. Seriam incluídas, juntamente, todas as informações produzidas ou detidas por qualquer órgão ou entidade pública da administração direta ou indireta, incluindo-se aqui as informações em poder da Secretaria da Receita Federal. Dispõe a proposta, ainda, sobre a autorização ao fornecimento de documentos e informações sigilosas por parte do Banco Central, das instituições financeiras e da

⁷⁶ MOHALLEM, Michael Freitas... [et al.], p. 250

Comissão de Valores Mobiliários à CGU, de maneira a aumentar o controle interno sobre a atuação dos servidores públicos federais⁷⁷.

Trata-se de importante medida preventiva à prática de enriquecimento ilícito, consistente na fiscalização dos funcionários do poder público de maneira prévia à prática de atos de corrupção, evitando-se, assim, a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para a quebra de sigilo dos dados daquele que compõe a Administração Pública. Dessa forma, prioriza-se a atenção ao interesse público em detrimento do sigilo individual em relação ao próprio patrimônio, de maneira a evitar a realização de atos de improbidade pelo agente público. Torna-se, pois, uma ferramenta fundamental no controle à prática de atos corruptivos e ímprobos, na medida em que a existência de controle interno do funcionário público direciona-o à prática de atos lícitos e éticos, em atenção aos princípios da Administração Pública.

3.2.4. Medida nº 9

Por fim, cabe referir a medida nº 9, consistente no aperfeiçoamento da ação popular através da inclusão da possibilidade de ajuizamento perante “ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”⁷⁸, com a necessária alteração do artigo 1º da Lei 4.717/1965. É prevista, em contrapartida a tal possibilidade, a garantia de proteção ao autor da demanda, com a aplicabilidade de medidas protetivas contra eventuais retaliações decorrentes da proposição.

É importante referir, aqui, que tal instrumento alia-se à possibilidade de ajuizamento de ação civil pública em razão de atos de corrupção ou atentatórios à moralidade administrativa referida anteriormente neste trabalho, consistindo em mais um mecanismo de combate a tais condutas ilícitas na esfera judicial, bem como

⁷⁷ Conforme redação do projeto:

“Art. 1º. A lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 198 [...]

§ 5º. Não caracteriza quebra do sigilo fiscal, bancário ou comercial, ou violação do dever de sigilo, o fornecimento de bases de dados na forma do inciso III do § 1º, estendendo-se ao órgão central de Controle Interno do Poder Executivo Federal e a seus servidores a responsabilidade pela guarda e pelo tratamento das informações, com as devidas responsabilizações administrativas, civis e penais, na forma da lei.”

⁷⁸ MOHALLEM, Michael Freitas... [et al.], p. 127

ampliando a possibilidade de participação direta da sociedade civil em relação à repressão de atos corruptivos. Entretanto, cumpre ressaltar que a referida medida estabelece situação inédita no ordenamento, através da possibilidade de retribuição pecuniária no valor de 10% a 20% do valor a ser pago pelo réu em razão do julgamento de total ou parcial procedência do mérito, de maneira a encorajar a utilização do referido instituto pela sociedade civil⁷⁹.

Tendo em vista todas as medidas referidas no presente capítulo, tanto aquelas constantes no Projeto de Lei nº 4.850/2016, quanto aquelas presentes no documento Novas Medidas contra a Corrupção, tem-se que a propositura de mudanças na legislação vigente sobre práticas corruptivas na Administração Pública passa necessariamente pela promoção de condutas éticas nas relações entre o Poder Público e os entes privados, em atenção, sobretudo, à promoção dos princípios dispostos no artigo 37, caput da Constituição de 1988.

⁷⁹ Conforme a redação da proposta de alteração legislativa:

Art. 7º-A. Julgado total ou parcialmente procedente o pedido formulado na ação popular, terá o autor direito a retribuição no percentual de 10% (dez por cento) a 20% (vinte por cento), a ser paga pelo réu, arbitrada na sentença em observância aos seguintes critérios: I - a base de cálculo da retribuição abrangerá o valor da condenação por perdas e danos (art. 11), das custas e despesas processuais e das multas impostas, e qualquer valor que venha a ser ressarcido aos cofres públicos em razão da nulidade ou anulação do ato lesivo; II - o percentual da retribuição será arbitrado em consideração ao valor dos danos apurados, ao prejuízo evitado, ao proveito econômico obtido ou às penalidades impostas ao responsável pelo ato lesivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da análise do princípio da moralidade administrativa e do princípio da probidade, bem como pela verificação dos mecanismos existentes para o combate à corrupção no direito brasileiro e no direito comparado, passando, finalmente, às propostas legislativas, tem-se que a promoção da moralidade administrativa está substancialmente relacionada ao combate às práticas corruptivas, sejam estas realizadas por integrantes da Administração Pública, sejam por entes privados a ela de alguma forma relacionados. Tal se dá pelo fato de que a corrupção atenta contra os princípios éticos que devem conduzir o bom convívio em sociedade, consistindo em ofensa à moral e, em seu aspecto mais específico, à moralidade administrativa.

Tanto no âmbito nacional quanto internacional, é evidente no cenário contemporâneo a promoção de práticas lícitas e éticas no trato da coisa pública, bem como nas relações entre o Poder Público e os entes privados. Tal situação se torna ainda mais clara quando da análise ao combate à corrupção, caracterizada como conduta notoriamente imoral, que acarreta consequências nefastas sobretudo ao funcionamento da Administração Pública. Em outras palavras, a promoção do interesse público torna-se prejudicada pelo favorecimento a determinados entes privados em troca de vantagens indevidas. A sobreposição do interesse privado sobre o público consiste no cerne da realização de atos corruptivos, tendo efeitos diretos e indiretos sobre a sociedade. Fere-se, portanto, o caráter impessoal que deve reger a atuação da Administração Pública, com a ocorrência de práticas que, além de ilegais, são moralmente inaceitáveis.

Não obstante, ao se examinar a inserção da moralidade administrativa no ordenamento jurídico nacional como um dos princípios basilares da Administração, pode-se verificar que o resguardo à moralidade e à probidade não se encontra isolado da promoção de medidas de prevenção e repressão de atos corruptivos. Pelo contrário, o combate a tais atos corruptivos, seja de maneira preventiva, fiscalizadora ou sancionadora, passa pela promoção de princípios ético-jurídicos

relativos à promoção do interesse público, à promoção da moralidade no setor público.

Há, sobretudo no cenário nacional, o estímulo a um agir diferenciado por parte dos agentes públicos, que vai além da investigação e da sanção de práticas ilícitas, traduzindo-se em uma conduta ética de zelo ao patrimônio e à função pública. Tem-se, portanto, um aprimoramento dos organismos de combate à corrupção, com o aperfeiçoamento de leis e instituições, em conformidade aos princípios constitucionais da Administração Pública. Tal situação é verificada sobretudo através dos mecanismos anticorrupção existentes no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como exemplo mais recente a Lei 12.846/2013, cuja aplicabilidade complementa a Lei 8.429/1992 na vedação a atos ímprobos, cabendo também especial destaque ao controle externo realizado pelos tribunais de contas.

Entretanto, o combate às práticas corruptivas não se restringe ao cenário nacional. Embora o tema seja assunto de crescente interesse pela sociedade brasileira, o combate à corrupção também se faz presente no cenário internacional, conforme demonstrado na realização de convenções internacionais sobre o tema, além do referido nos dois casos apresentados quando da breve análise de direito comparado. Tal se dá pois a corrupção, embora tenha como principal prejudicada a Administração Pública, também possui efeitos nocivos às práticas comerciais, prejudicando a concorrência e dificultando o comércio internacional. Logo, a promoção de comportamentos éticos e lícitos pelas autoridades nacionais e pela sociedade civil, tendo como fim a intolerância à corrupção não apenas na esfera pública como também na privada, tem sido um cenário positivo para países nos quais a corrupção ainda é vista como um dos principais óbices ao desenvolvimento econômico e ao bom funcionamento da Administração Pública.

O Brasil, nesse cenário, ocupa posição de destaque, não apenas pelo advento de investigações e operações de combate a atos corruptivos, como também por movimentos da sociedade civil que visam ao aprimoramento da legislação vigente, de maneira a não apenas sancionar, como também a evitar a ocorrência de tais práticas ilícitas e imorais. Nesse sentido, as propostas existentes, tanto no

Projeto de Lei 4.850/2016, quanto na iniciativa Novas Medidas Contra a Corrupção, ocupam um papel fundamental, ao demonstrarem o engajamento de setores da sociedade e das instituições na promoção de um agir lícito e ético para com a coisa pública, num reforço à moralidade para com a Administração Pública. Resta apenas torcer para que tais movimentos tenham êxito, isto é, para que não sejam reprimidos por interesses contrários, de maneira a garantir a efetivação do interesse público e a promover a moralidade administrativa, em atenção às disposições da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSSON, Staffan. ***Corruption in Sweden Exploring danger zones and change.*** Department of Political Science. Umea University, Research Report, 2002.

BARROS, Zanon de Paula. **Questões atinentes à chamada lei anticorrupção.** *Revista de Direito Empresarial*. São Paulo, v. 2/2014., mar.-abr. 2014, p. 257-265.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.** Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em 30 de out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 27 out. 2018

BRASIL. **Lei complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.** Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm>. Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852475-SP.** Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Antônio Carlos Coltri e outro (a/s). Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 19 maio 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4670950>>. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 79.985-MS.** Agravante: Gustavo Marques Ferreira e outro(s). Agravado: Ministério Público do Estado do Mato Grosso. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 18 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=ARESP+199677+MT&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 05 out. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Tema 897 – Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa.** Relator: Min. Alexandre de Moraes. Acesso em: 15 set. 2018

CABRAL, Flávio Garcia; CABRAL, Dafne Reichel. **O Tribunal de Contas da União (TCU) e seu papel para uma *accountability* horizontal efetiva.** Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. São Paulo, v. 6/2018, p. 143-164, jul.-set. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** 26 ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 70-80.

FERREIRA, Letícia Oliveira Catani, NETO, Zaiden Geraige: **Moral comum e administrativa: convergências e divergências teóricas**. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, Brasília, v.3, n.1, p. 23-40.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. ver. e atual., 2008. São Paulo: Editora Saraiva.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed. ver. e ampl.. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 139-165.

Foreign Corrupt Practices Act. Disponível em :

<<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>>. Acesso em 30 out. 2018.

GARCIA, Emerson. **A moralidade administrativa e sua densificação**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, 2003, p. 01-20.

GARCIA, Emerson. **A necessidade de aperfeiçoamento estrutural do controle externo: a autonomia do Ministério Público de Contas como imperativo da adversariedade**. Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná/Ministério Público de Contas do Estado do Paraná, Curitiba, n. 7, 2017. p. 18-34

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa - história de um conceito**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 230, out.-dez. 2002, p. 291-303.

GRANATO, Leonardo. **O campo de estudos de administração pública e as abordagens do problema da corrupção: possíveis interlocuções**. E-legis, Brasília, n. 25, jan-abr. 2018, p. 42-57.

HARADA, Kiyoshi. **Improbidade Administrativa**. Revista do Instituto de Advogados de São Paulo. São Paulo, vol. 6, jul-dez 2000, p. 102-118.

LEAL, Rogério Gesta. **Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa**. A&C - R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, jan.-mar. 2014, p. 87-107.

LEITE, Marcello Costa e Silva. **A importância dos Tribunais de Contas no combate à corrupção**. Revista Controle, Fortaleza, vol 13 (2), 01 dez. 2015, p. 238-253

MACHADO, Maira Rocha. **Crime e/ou improbidade? Notas sobre a performance do sistema de justiça em casos de corrupção**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 112/2015, jan.-fev. 2015, p. 189-211

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** . 34ª ed. atual. Até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006, e Lei 11.448, de 15.1.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed., ver. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014). São Paulo: Editora Malheiros. Fev. 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Dez medidas contra a corrupção**. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

MOHALLEM, Michael Freitas... [et al.] **Novas Medidas contra a corrupção** - Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Em parceria com a Transparência Internacional Brasil, 2018.

NARDO, Massimo N.; FRANCIS, Ronald D. **Morality and the prevention of corruption: action or intent - a new look at an old problem.** Journal of Financial Crime. Emerald Group Publishing Limited, v. 19, nº 2, 2012, p. 128-139.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Crimes contra a Administração Pública e improbidade administrativa: medidas de prevenção e repressão.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 9/2014, nov. – dez. 2014, p. 255-273

PASE, Eduarda Simonetti; BITTENCOURT, Caroline Müller. **A ação civil pública a partir do ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de controle dos atos corruptivos: um enfoque acerca da atuação dos seus legitimados através das decisões do TJ/RS.** Revista Jovens Pesquisadores, Santa Cruz do Sul, v. 5, n. 2, 2015, p. 98-111.

PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. **Combate à corrupção e ordem constitucional: desafios e perspectivas para o fortalecimento do Estado democrático de direito.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 967/2016, p. 21-38, maio 2016, p. 21-38.

RIBEIRO, Francielly da Silva; PINTO, Rodrigo Serpa. **Lei nº 8.429/1992: uma breve análise sobre suas características e particularidades.** Revista Controle, Fortaleza, v. 16, n. 1, jan.-jun., 2018, p. 141-170.

ROSA, Márcio Fernando Elias; JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. **Estudo Comparativo entre as leis 8.429/1992 e 12.846/2013.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 947/2014, set. 2014, p. 295-310.

ROSENBERG, Hillary; KAUFMANN, Adam S.; PLOCHOCKI, Tara J. **The U.S. Foreign Corrupt Practices Act: eradicating corruption in U.S. and non-U.S. companies.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 947/2014, set. 2014, p. 399-424.

SILVA, Otávio Santiago Gomes da. **Moralidade Administrativa: considerações a respeito do combate à corrupção e *accountability* no Brasil (2011-2015).** Revice - Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, v.3, n.1, jan.-jun. 2018, p. 275-295.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **The Morality of Administrative Law**. The Harvard Law Review Association. 2018. vol. 121. p. 1925-1978

THAME, Antonio Carlos Mendes. **Projeto de lei nº 4.850/2016**. Estabelece medidas de combate à impunidade, à corrupção; altera os Decretos-Leis nºs 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal; as Leis nºs 4.717, de 29 de junho de 1965, 4.737, de 15 de julho de 1965, 8.072, de 25 de julho de 1990, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.429, de 2 de junho de 1992, 8.906, de 4 de julho de 1994, 9.096, de 19 de setembro de 1995, 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.613, de 3 de março de 1998, e 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, e da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990; e dá outras providências. Disponível em <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>> Acesso em: 02 nov. 2018.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perceptions Index 2017**. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>. Acesso em 20 out. 2018

VACCARI, Fernanda Cláudia Araújo da Silva; NOBRE, Maria Eliana Pereira. **Diferenciação entre moralidade em sentido lato e moralidade administrativa e sua relação com os atos de improbidade administrativa**. Revista Controle, Fortaleza, v. 6 (1), 01 dez. 2006, pp. 81-83.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Corrupção e improbidade administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais**. - São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.