

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”

AFONSO BORGES DE SOUZA

O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO: INSTRUMENTO
COMPATÍVEL COM O INTERESSE PÚBLICO E DE AFIRMAÇÃO DA
CONSensualIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

UBERLÂNDIA
2017

AFONSO BORGES DE SOUZA

O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO: INSTRUMENTO
COMPATÍVEL COM O INTERESSE PÚBLICO E DE AFIRMAÇÃO DA
CONSENSUALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Monografia apresentada à disciplina Trabalho de
Conclusão de Curso II, do Curso de Direito da
Universidade Federal de Uberlândia, como exigência
parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: professor doutor Luiz Carlos Figueira de
Melo.

Uberlândia
2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 A CONSENSUALIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	8
1.1 Consensualização: conceito e alguns aspectos relevantes	8
1.2 Evolução histórica da consensualização	11
1.3 Fundamentos e Principiologia	14
1.4 Principais gêneros e vetores de consensualização da Administração Pública.....	19
1.5 Mecanismos de consensualização no Direito Administrativo Sancionatório.....	23
2 LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI 12.846/13	25
2.1 Noções gerais acerca da corrupção.....	25
2.2 Princípio da Moralidade	27
2.3 Lei Anticorrupção: origem e aspectos gerais	30
2.4 Aplicabilidade da Lei Anticorrupção	32
2.5 Sujeitos ativos e passivos	34
2.6 Responsabilidade, atos ilícitos e sanções	36
3 ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO.....	43
3.1 Conceito e aspectos do acordo de leniência	43
3.2 Administração Pública consensual e o acordo de leniência	46
3.3 Características do Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção	49
3.4 Consensualização e o princípio da indisponibilidade do interesse público	52
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	60

RESUMO

Esta monografia se debruça sobre temas amplos e de repercussões relevantes na vida do povo brasileiro: a consensualização da atividade administrativa, a Lei Anticorrupção e os acordos de leniência previstos na respectiva lei. A Administração consensual revela-se como a nova face da Administração Pública, especialmente no século XXI. Desta forma, pelo desenvolvimento de um direito administrativo que acompanha esta vertente de consensualização, a atividade administrativa deixa de ser vista de forma restrita, a partir de atuação unilateral no dever de aplicar a lei, cumprido por autoridades capazes de determinar o que seria o interesse público, e passa a ser resultado de um diálogo da Administração Pública com a sociedade, buscando, assim, maior legitimidade para sua atuação e resultados mais eficientes. Assim, deve-se ponderar acerca da Lei 12.846/13, a qual disciplina especificamente e de forma mais ampla os ilícitos e atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, prevendo a possibilidade do acordo de leniência pelos entes da federação, no âmbito de suas competências, por meio de seus órgãos de controle interno, com pessoas jurídicas envolvidas nos atos tipificados pela lei. Assim, tratar-se-á da abrangência destes acordos, sua compatibilidade com a Administração Pública consensual e também com o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Palavras-chave: Lei Anticorrupção. Moralidade administrativa. Acordo de Leniência. Interesse Público. Administração Pública consensual.

RESUMEN

Esta monografía dedicase a temas amplios y de repercusiones importantes en la vida del pueblo brasileño: el consenso de la actividad administrativa, la Ley Anticorrupción y los acuerdos de lenidad previstos en la referida ley. La administración consensual mostrase como la nueva face de la Administración Pública, sobretudo en el siglo XXI. Por ende, por medio del desarrollo de un derecho administrativo que sigue junto a esta vertiente de consensualización, la actividad administrativa deja de ser entendida de modo restricto, a partir de la actuación unilateral en el deber de aplicar la ley, cumplido por autoridades capaces de determinar lo que viene a ser el interese público y pasa a ser producto de un diálogo de la Administración Pública con la sociedad, buscando, así, mayor legitimidad para su actuación y resultados más eficientes. Así, se debe considerar sobre la Ley 12.846/13, que regulariza en específico y de forma más amplia los actos ilícitos y de corrupción que han sido cometidos por personas jurídicas contra la Administración Pública, nacional o extranjera, previendo la posibilidad del acuerdo de lenidad

por los entes de la federación, en el rango de sus competencias, por medio de sus órganos de control interno, con personas jurídicas involucradas en los actos tipificados en ley. Así, se discurrirá de la amplitud de estos acuerdos, su compatibilidad con la Administración Pública consensual y, también, con el principio de la indisponibilidad del interés público.

Palabras clave:. Ley Anticorrupción. Moralidad administrativa. Acuerdo de lenidad. Interés público. Administración Pública consensual.

INTRODUÇÃO

A corrupção tem o condão de proporcionar a apropriação privada de recursos públicos, propiciando diversos danos, em especial à moralidade administrativa, ao patrimônio público e aos investimentos necessários ao desenvolvimento de políticas públicas e demais ações administrativas necessárias à promoção dos direitos fundamentais e busca pelo bem comum, que é na essência a função e razão de ser do Estado. Em suma, a corrupção é uma grande afronta que deteriora a democracia, pilar dos Estados modernos, prejudicando também a eficiência e eficácia da gestão pública.

Nota-se que este fenômeno é muito relevante no Brasil, que acompanhou os diversos períodos históricos do país. Em virtude de tudo o que a corrupção representa de malefícios à humanidade, de modo geral, é urgente sua erradicação. No Brasil, de forma especial, trata-se de problema que merece muita atenção, até pelo fato de que algumas situações demonstraram o agravamento desta questão, com a revelação de casos e esquemas graves de corrupção, em grandes proporções, com enormes danos ao país.

Frente a essa alarmante mazela social, a agenda de ações anticorrupção no Brasil vem sendo levada a efeito em duas vertentes: primo, com a criação de mecanismos de prevenção, monitoramento e controle da corrupção na Administração Pública; e, secundo, com a redução da percepção de impunidade dos agentes envolvidos, o que se obtém por meio da edição de leis que reprimam, de forma rigorosa, as condutas atentatórias à probidade administrativa. (MOREIRA NETO; FREIRAS, 2015, p. 10)

Noutro sentido, importantes transformações e movimentos influenciaram a concepção de Estado, especialmente no ocidente, no final do século passado e se desenvolvendo neste início de século, responsáveis por mudanças que ocorreram e ocorrem de forma constante, porém gradativamente. Neste sentido, constata-se com maior frequência o perfil mediador do Estado, frente a noção clássica do poder estatal soberano.

A vida de um Estado moderno, no qual a sociedade civil é construída por grupos organizados cada vez mais fortes, está atravessada por conflitos grupais que se renovam continuamente, diante dos quais o Estado, como conjunto de organismos de decisão (parlamento e governo) e de execução (o aparato burocrático), desenvolve a função de mediador e de garante mais do que a de detentor do poder de império segundo a representação clássica da soberania. (BOBBIO, 2008, p. 26)

Nesse movimento de transformação do Estado e também da Administração Pública, alarga-se a noção de consensualização da atividade administrativa, viabilizando a construção

de consensos, envolvendo o Poder Público e a sociedade civil. Representa um processo que muda de forma significativa a atuação da Administração Pública. Como se verá este movimento também se insere no Brasil de forma significativa.

Ambos os fenômenos, a corrupção e a consensualização da Administração Pública influíram no surgimento no ordenamento jurídico brasileiro da Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção, publicada em 1º de agosto de 2013, dispondo especialmente sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Com a promulgação desta Lei, há a previsão do chamado acordo de leniência, objeto de análise deste trabalho. Além deste acordo previsto na Lei Anticorrupção, há previsão deste instituto também na Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, porém no âmbito da defesa da concorrência.

Conforme Justen Filho (2016, p. 317), o acordo de leniência representa solução consensual entre um sujeito privado envolvido em ilícitos, que no caso da lei 12.846/2013 trata-se de pessoa jurídica para com o Poder Público, por meio da qual passa informações que auxiliarão na investigação e identificação dos agentes envolvidos, compromete-se com a cessação das práticas e ações ilícitas, subordinando-se às sanções mais brandas que aquelas que o ordenamento jurídico prevê caso o acordo não fosse realizado.

Estas disposições preveem a mitigação da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica que celebrar com o Poder Público acordo de leniência, concedido a quem causa lesão e adota algum dos meios elegidos pela lei para minorar as consequências causadas à Administração Pública. Na referida lei, o acordo de leniência é previsto nos arts. 16 e 17 com relação às investigações e aos processos administrativos instaurados pela prática de atos nela previstos.

Ainda no final do século passado, esta possibilidade seria inaceitável no âmbito do direito administrativo, o fato do Estado dialogar com infratores. Como se sabe, o caminho para determinada infração administrativa seria unicamente a imposição de uma sanção. O Estado não se senta à mesa e não negocia com o infrator, conforme a lógica de gestão pública unilateral, autoritária e impositiva. Esta leitura mais inflexível e anacrônica se associa à concepção também mais limitada do princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Há a percepção de que os poderes investigatórios clássicos mais agressivos às inviolabilidades constitucionais, previstos no ordenamento jurídico pátrio, como a busca e apreensão e as interceptações telefônicas, se tornaram ineficientes para trazer as provas necessárias aos entes públicos, em razão das infrações serem normalmente mais grandiosas, complexas e nocivas. Assim, possibilitou-se o enfrentamento de dilema importante, qual seja a possibilidade de negociar e punir com base em processos administrativos fortemente instruídos ou não negociar e aceitar um possível crescimento da impunidade, em decorrência de insuficiências de lastros probatórios em processos acusatórios baseados em técnicas tradicionais de instrução.

Assim, se faz necessária a discussão, no presente trabalho, sobre a abrangência deste relevante instituto jurídico previsto na Lei Anticorrupção. Deve-se verificar de forma especial se a previsão legal deste acordo é um incentivo justificável no tocante à prevenção, repressão, punição e reparação da corrupção e suas respectivas consequências e efeitos e se a formalização desse acordo ofende o princípio da indisponibilidade do interesse público, ficando subjacente ao interesse privado da pessoa jurídica que negocia com o Poder público.

De fato, são discussões jurídicas relevantes que suscitarão questionamentos importantes, acerca da Administração Pública e dos pilares normativos e dogmáticos que consubstanciam a ciência jurídica, em especial no âmbito do direito administrativo.

Deve-se destacar neste trabalho o fenômeno da consensualização da Administração Pública, bem como o assunto da corrupção, principalmente na seara administrativa, se fazendo necessária análise da Lei Anticorrupção, com seus institutos e disposições. O alcance do princípio da indisponibilidade do interesse público e também do acordo de leniência e sua possível harmonização no ordenamento jurídico é tema que ganha relevo neste momento, em consonância com os demais preceitos, mandamentos e exigências que regem a Administração Pública.

Já de antemão, afirma-se que a cooperação com o infrator que se dá por meio deste acordo de leniência, pode representar na verdade instrumento de concretização da supremacia do interesse público. Ressalta-se que esta posição exige cautela e análise mais apurada, que será desenvolvida e discorrida com mais afinco adiante. A premissa é de que a consensualização do poder sancionatório em si não viola qualquer princípio constitucional, sobretudo o da indisponibilidade do interesse público e com base nesse entendimento, buscar-se-á nas linhas seguintes a apresentação destes temas e institutos.

1 A CONSENSUALIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 Consensualização: conceito e alguns aspectos relevantes

Um dos temas que têm atraído a atenção da doutrina, recentemente, trata do fenômeno da consensualização, consenso e consensualidade no âmbito do direito Administrativo e da atividade administrativa, que privilegia a cooperação e o diálogo entre administradores e administrados no lugar da tradicional estrutura verticalizada, decorrente do princípio da legalidade e amparada na ideia de supremacia do interesse público sobre os particulares e, por conseguinte, de sua respectiva indisponibilidade.

A relevância e a complexidade crescente da categoria dos acordos da Administração Pública se relaciona com diversos fatores. Existe uma tendência crescente à participação de todos os estratos da população na formação da vontade estatal. Há a constatação de que as soluções normativas que resultam da participação dos sujeitos diretamente envolvidos obtêm cumprimento mais efetivo. Tornou-se evidente o fenômeno da assimetria cognitiva, expressão que indica a ausência de conhecimento equivalente entre o Estado e a iniciativa privada. Ademais, a imposição unilateral de soluções por parte do Estado incrementa o risco de litígios judiciais, o que compromete o atingimento de soluções rápidas e satisfatórias. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 304)

Sobre o assunto merece considerar que, de acordo com Marrara (2015, p. 510), com elevada frequência, confunde-se consensualização com consenso ou com consensualidade. Misturam-se meios com fins, processos com resultados.

Consenso significa conformidade, acordo, concordância ou consentimento recíproco de ideias, de opiniões. Por sua vez, consensualidade indica o grau, maior ou menor, de consenso no planejamento, elaboração e na execução das funções administrativas. Os dois termos apontam para resultados.

Já a consensualização, propriamente dita, trata-se de fenômeno relevante, de construção teórico-normativa, apto a viabilizar consenso na construção ou execução das políticas públicas. Denota-se como movimento de transformação da Administração Pública e de seus processos administrativos em favor da edificação de consensos. Uma vez se tratando de meios, sua existência por si só não garante consenso. Por vezes, depara-se com situação mais favorável e que estimule a possibilidade de dissensos, porém, mesmo nessas circunstâncias, uma vez permitido o diálogo, há maior tendência de produzir resultados administrativos mais eficientes e satisfatórios.

Em suma, a consensualização é movimento de transformação da Administração Pública e de seus processos administrativos em favor da edificação e produção de consensos.

Ainda de acordo com Marrara (2015, p. 510), esse fenômeno representa canal que jus-operacional que viabiliza determinadas situações de caráter orgânico, dais quais pode-se citar a previsão de direito de voz e voto para a própria comunidade universitária, abrangendo alunos, professores e demais servidores, nos diversos colegiados de universidades públicas, e até mesmo no processo de escolha do gestor de universidades, ou de representantes do povo em conselhos nacionais de políticas públicas. Também possui caráter procedimental, como no caso das audiências realizadas no licenciamento ambiental, ou contratual, como os compromissos de cessação de prática de atos ilícitos e a própria leniência.

Todos eles constituem formas para a busca do diálogo nas relações da Administração, entre entes públicos ou em relações entre órgãos de um mesmo ente, nas relações com a sociedade, tornando-se importantes ferramentas na ampliação e aprofundamento do princípio democrático, da legitimidade Estatal e do próprio Estado Democrático de Direito.

Essas fórmulas sintéticas designativas para os novos modelos da ação administrativa, que representam aqueles módulos organizativos e funcionais caracterizados por uma atividade consensual e negocial, têm recebido alguns nomes como administração concertada, administração consensual, *soft administration*, refletindo-se novas formas de democracia participativa, em que o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente e de forma verticalizada, exarando diretamente atos administrativos, desde logo. Nesta direção, preza-se pela procura, atraindo os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser debatidas de forma participativa e plural.

Como se verifica, no direito administrativo, o atendimento ao interesse público, importante preceito da Administração Pública, tem que a atuação administrativa deve servir ao cidadão e para isso é necessário que se busque caminhos para o aperfeiçoamento da atuação administrativa, permitindo-se que institutos jurídicos e mecanismos como o controle social do Estado e os meios de participação dos cidadãos na definição da vontade estatal, na definição das políticas públicas e, por conseguinte, sua execução, quer pela própria Administração ou em conjunto com a sociedade civil, sejam efetivados de forma plena.

Deve-se assumir o compromisso de buscar métodos de concretização e realização efetiva do interesse público e do acesso ao cidadão ao Estado. A sociedade é destinatária dos

serviços públicos, necessários à promoção da dignidade da pessoa humana, princípio insculpido na CRFB (Constituição da República Federativa do Brasil) de 1988. Ainda conforme previsto neste mesmo diploma legal, o povo é titular do poder político, de modo a assegurar sua participação ativa na atividade administrativa, compreendo a formulação, execução e controle dos resultados das políticas públicas, a partir da ampliação do consensualismo administrativo.

Por fim, menciona-se uma possível classificação proposta por Moreira Neto (2003, p. 147), que se apresenta nesse momento adequada, sobre as modalidades consensuais da administração concertada ou consensual, segundo o critério da natureza da função e o resultado administrativo visado em relação ao interesse público, e o critério da intensidade da atuação consensual.

Com base no primeiro critério, classifica-se em de três momentos, quais sejam: 1 - promoção do interesse público, que se dá pela função decisória administrativa, em abstrato ou em concreto; 2 - realização ou satisfação do interesse público, representando a função executiva das decisões abstrata ou concretamente tomadas, conforme dito anteriormente; 3 - recuperação do interesse público, que por sua vez diz respeito à função judicativa administrativa, que pode caracterizar-se pela reapreciação da juridicidade das decisões administrativas, das execuções e também das decisões judicativas de que caibam recursos.

Já sob o segundo critério, o citado autor distingue dois graus de atuação consensual, conforme seja a atuação do particular: coadjuvante, em que a Administração ouve os particulares e com eles negocia, de modo que o consenso auxilia, orienta e contribui com a decisão administrativa, que por sua vez é reservada em plenitude ao Poder Público, que não fica vinculado ao resultado consensual, hipótese em que não é necessária a previsão legal da adoção dessa modalidade, pois não se requer qualquer alteração na competência do órgão decisório; ou determinante, em que a Administração deve ouvir os particulares podendo com eles negociar as melhores soluções, ficando, entretanto vinculada à respectiva decisão que sobrevier desse processo que deve assegurar o atendimento de todos os interesses juridicamente protegidos envolvidos na relação, hipótese em que a lei deverá prever que a decisão administrativa será produzida pelo consenso, já que apenas o legislador pode alterar competências da Administração, em nome do princípio da legalidade.

1.2 Evolução histórica da consensualização

É oportuno discorrer de forma abreviada o histórico destas transformações administrativas, jurídicas e políticas para melhor introduzir o tema e compreender o contexto do consensualismo administrativo. No antigo regime europeu (sec. XVI e XVII), as funções estatais, judicial, legislativa e executiva, que ainda se desenvolviam de forma incipiente, representavam apenas a vontade do monarca. Após as revoluções burguesas do século XVIII, que foram o embrião do próprio direito administrativo, ocorreu a consequente transição do foco de poder monárquico, cuja legitimidade se fundava de forma especial sob a alegação de que o monarca atendia à vontade divina, para a posição humanística-antropocêntrica, baseada no pacto social. Nesse momento, houve o triunfo da Lei, sacralizada como instrumento de reação ao absolutismo e, assim, representando o ideal da suma vontade do povo como legítimo detentor do poder.

Sabe-se que o Brasil trouxe e incorporou posteriormente parte destas mudanças, inclusive institutos jurídicos, porém com incongruências, em razão das diversas peculiaridades históricas de formação do país. Há profundas influências e práticas históricas que ainda repercutem, e muitas vezes são reiteradas pelo Estado brasileiro. Diversas características que compuseram os modelos administrativos ainda hoje são observadas.

A partir desta perspectiva, analisa-se as principais transformações do Estado brasileiro, que sofreu algumas reformas no final do século passado e início do século XXI, abordando abreviadamente este cenário, sem deixar de pontuar observações críticas acerca deste processo.

Faoro (1998, p. 733-737) identifica a partir do século XIX perfil que pode ser observado na estrutura político-social brasileira, no qual se verifica a dominação do aparato estatal por elites sociais que, ao dirigir a atuação administrativa, favoreceram seus próprios interesses.

A forma de poder institucionalizada nesse período, e que ainda repercute de forma considerável na atualidade, apesar das transformações ocorridas no mundo e também no Brasil, se fundou num tipo de domínio que se caracterizava pelo patrimonialismo, com pouca separação entre os interesses pessoais do detentor do poder e os instrumentos colocados à disposição do Poder Público para garantir a satisfação do interesse público. Esse modelo de

atuação e condução da Administração Pública em favor de interesses próprios possibilitou contextos de corrupção e imoralidade com maior veemência.

Esta concepção vigorou na tradição estatal brasileira e constituiu-se como fator histórico no Brasil que permitiu a formação de uma cultura política que ainda é marcada de forma considerável por atos de corrupção.

Posteriormente, privilegiou-se modelo de Administração burocrática, adotando-se medidas com o objetivo de defender com mais vigor a coisa pública, em contraposição ao período patrimonialista antecedente. Por essa razão, esse modelo burocrático enfatiza aspectos formais, controlando processos de decisão, estabelecendo uma hierarquia funcional rígida, verticalizada, unilateral, baseada em princípios como o da legalidade com amparo na ideia de supremacia do interesse público sobre os particulares e de sua respectiva indisponibilidade, porém analisados de forma estrita e limitada.

Adotou-se então procedimentos mais formais, realizados por agentes públicos especializados, com competências fixas, sujeitos ao controle hierárquico. Desta forma, houve a profissionalização do funcionário burocrático, que exerce o cargo técnico em razão de sua competência, comprovada por processo de seleção. Afasta-se o nepotismo e as relações de apadrinhamento. Nesse período histórico, já na década de 1930, houve a criação das primeiras carreiras para funcionários públicos e a realização dos primeiros concursos públicos, efetuados no Governo Vargas.

Inicialmente, na Administração burocrática o controle finalístico ou de resultados era incipiente ou até mesmo inexistente. O objetivo nesse momento foi a busca para tornar a Administração Pública mais impessoal.

A principal transformação do Estado brasileiro denota-se nas reformas administrativas que ocorreram na segunda metade da década de 1990, que deixou marcas profundas sobre a estrutura e modo de atuação da Administração Pública, lançando uma série de desafios.

A abertura democrática e a CRFB/1988, que refundou o Estado brasileiro após os anos de regime autoritário que perdurou no Brasil de meados da década de 1960 até o final da década de 1980, permitiu a reforma do Estado, que focou especialmente na superação de uma realidade de ineficiência e incompletude da atuação da Administração Pública, segundo Miragem (2011, p. 27 e 28).

Ocorreram mudanças legislativas e constitucionais pertinentes a essa reforma, influenciando sensíveis transformações no direito administrativo, que apesar de independente, também é interdependente em relação ao modo de atuação administrativo, se influenciando reciprocamente.

No que tange as principais reformas estatais e mudanças no ordenamento jurídico no Brasil, que aconteceram no final da década de 1990, preleciona de forma precisa Miragem (2011, p. 27 e 28):

Nesta linha de ação, a reforma do Estado Brasileiro tornou-se, antes de tudo, de uma reforma jurídico-normativa do Estado, porquanto as linhas-mestras da estrutura estatal foram detalhadamente definidas na Constituição Federal de 1988. Logo, a mudança estrutural da Administração dependeu, neste ponto, de alterações constitucionais e legislativas profundas, em especial no tocante às disposições constitucionais relativas à Administração Pública (Título III, Capítulo VII), e à Ordem econômica e financeira (Título VII). E da mesma forma, profundas alterações foram exigidas de um significativo arcabouço legislativo, relativo à delegação de prestação de serviços públicos, à formação de novas formas de colaboração entre particulares na realização de atividades do interesse público, ao regime de seguridade social (no caso da previdência social, objeto de diversas e contínuas alterações constitucionais), à criação de órgãos reguladores de atividades econômicas e prestação de serviços públicos, dentre outras iniciativas. Registre-se quanto à denominada *reforma administrativa*, em específico, a Emenda Constitucional 19 de 1998, que terminou por se constituir no marco da reforma constitucional da Administração Pública no período recente – sem desconhecer, naturalmente, a importância de emendas constitucionais que flexibilizaram, no âmbito da atividade econômica, a intervenção do Estado no terceiro setor.

Na atual quadra da história, em que se situa o Estado Democrático de Direito, abrangendo o contexto brasileiro, o Estado possui perfil gerencial, no qual há maior controle das implicações e resultados da atuação administrativa, visando evitar a desarmonia no atendimento das crescentes demandas sociais para garantia de melhor qualidade de vida aos cidadãos, de modo a gerar mais eficiência e concretude aos demais princípios administrativos, incluindo-se a moralidade e legalidade.

Neste modelo inter-relaciona-se formas distintas de regulação de seus institutos e instrumentos jurídicos, de acordo com Miragem (2011, p. 23), que mescla influências de alguns modelos, como o norte-americano, destacando-se a figura das agências independentes, que no Brasil são conhecidas como agências reguladoras e agências executivas.

Afirma-se também, no âmbito deste modelo, a promoção do estreitamento entre os órgãos e entes da Administração com a Sociedade Civil, o que reforça a ideia de consensualização, ou seja, movimento que visa a aproximação e inter-relacionamento a partir

do consenso entre o Direito, a Administração Pública e o povo. Nesse sentido, a chamada administração concertada, que tem alcançado espaço nesse contexto gerencial, representando busca por decisões administrativas negociais ou consensuais, em pouco tempo passou a ser empregada não apenas para o desempenho da administração corrente, mas de forma especial no desenvolvimento de projetos conjuntos entre a iniciativa privada e as entidades administrativas públicas e até para a solução de conflitos.

Mas esse aquecimento da ação consensual, que passava a caracterizar, no campo administrativo, o Segundo Pós-Guerra, produziria, além da revitalização das contratações, o surgimento de inúmeros outros tipos de pactos não contratuais entre a Administração e os particulares, bem como entre os próprios entes administrativos públicos, visando à solução de problemas econômicos e sociais de variada índole pela coordenação de vontades e de esforços. (MOREIRA NETO, 2003, p. 146)

A consensualização da Administração Pública é fenômeno relativamente recente nas relações entre o Estado e os indivíduos na realização de suas principais finalidades, dentre elas a concretização do interesse público, destacando-se que esse movimento se destaca no âmbito deste modelo de Estado gerencial.

Atualmente, o Direito positivo brasileiro tem caminhado, muito em razão da contribuição dada modernamente pela doutrina e principalmente pelos movimentos democráticos, para abranger cada vez mais com maior intensidade em sua estrutura o fenômeno da consensualização, frente à visão anteriormente baseada na imperiosidade, lastreada por interpretação mais restritiva e limitada dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, conforme mencionado anteriormente.

1.3 Fundamentos e Principiologia

A moderna literatura sociopolítica, de acordo com Moreira Neto (2003, p. 132), destaca a função das instituições para concretizar o consenso na construção de sociedades livres, em substituição aos sistemas tradicionais que se fundavam fortemente em instituições hierarquizadas e verticalizadas. Em resumo, essa hipótese de trabalho se assenta na ideia de que o desenvolvimento dos povos e das civilizações reside na confiança acordada à coletividade, à iniciativa pessoal, à liberdade inventiva, embora reconhecendo a contrapartida de limites e de deveres.

Também deve-se acrescentar, sustentando-se nos dizeres de Miragem (2011, p. 19), papel muito relevante se confere à força imprimida pelos princípios constitucionais sobre

a Administração Pública, o controle social e jurisdicional, principalmente com o advento da CF/1988, representando a principal transformação do direito público brasileiro, responsável por aferir maior afirmação e eficácia aos referidos princípios, com a redefinição das relações entre o Estado e o cidadão no contexto do Estado Democrático de Direito.

Para tanto é imprescindível breve exame sobre os mais importantes princípios constitucionais e fundamentos que contribuem para a afirmação desta nova compreensão da consensualidade na Administração Pública, sob a perspectiva do Estado gerencial, que se contrapõe a tradição clássica de atuação unilateral do Estado sob a égide do poder de império.

Dentre os princípios que integram o Regime Jurídico Administrativo, destacam-se os princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, supremacia do interesse público, razoabilidade, proporcionalidade, motivação e controle da Administração, previstos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 e na legislação esparsa sobre a matéria.

O controle jurisdicional sobre o mérito dos atos administrativo sofreu uma inegável expansão ao longo das últimas décadas, notadamente pela aplicação do princípio da razoabilidade/proporcionalidade, que passa a ser reconhecido como um comando dotado de normatividade e, portanto, apto a autorizar a intervenção judicial em campos outrora vistos como puramente políticos. Outra possibilidade consiste no desenvolvimento de mecanismos que permitam legitimar internamente a atividade administrativa, sem necessidade de recorrer ao controle externo. A participação e o diálogo com a sociedade são ferramentas importantes dessa busca por legitimidade, levando a uma aposta no consensualismo como uma saída democrática para a questão. (BARROSO, 2010, p. 44)

Serão tratados a seguir os princípios considerados diretamente relacionados à questão, quais sejam, o Princípio Democrático do Estado, no âmbito da democratização da Administração Pública, Princípio da Legalidade, o Princípio do Interesse Público e o Princípio da Eficiência, ressaltando-se que posteriormente outros princípios serão tratados conforme o assunto a ser analisado.

Um dos principais pressupostos que possibilitaram maior utilização do consensualidade na Administração Pública é a Democratização da Administração, pelo fortalecimento da democracia participativa, ideia incorporada na Constituição pela introdução da fórmula do Estado Democrático de Direito, como também em outros dispositivos, como o direito à informação (art. 5º, XXXIII), a gestão democrática da seguridade social (art. 194, VIII), da saúde (art. 198, III), do ensino público (art. 206, VI), a assistência social (art. 204, II), da defesa e prevenção do meio ambiente (art. 225), assistência integral à criança e ao adolescente (art. 227, §1º) direito de denunciar irregularidades no Tribunal de Contas (art. 74,

§2º), dentre outras previsões constitucionais e infraconstitucionais. Denota-se que de acordo com Di Pietro (2017, p. 37) essa ideia de participação do cidadão nem sempre se efetiva na prática, mas nos últimos anos observou-se grandes avanços.

A participação popular no procedimento administrativo, nesta perspectiva do consensualismo, revela-se um importante instrumento de democratização da Administração Pública, pois permite uma melhor ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses particulares, identificando, com maior precisão, os problemas e as diferentes consequências possíveis da futura decisão. Ademais, a participação aumenta a probabilidade de aceitação dos destinatários das decisões administrativas, constituindo, por isso, importante fator de legitimidade democrática de atuação da Administração Pública. (OLIVEIRA, 2017, p. 51)

Portanto, o consenso tem relação muito próxima com a democracia, não integrando os dogmas e preceitos jurídicos próprios dos regimes autoritários, ditatoriais e autocráticos. Sabe-se que o Estado é um fenômeno político, abrangendo a Administração propriamente dita. No atual contexto político-jurídico, tem-se avanços para a maximização e primado da democracia, de modo que a atividade administrativa, deve dedicar-se de forma perene na construção do consenso da sociedade, neste caso, considerando-se sua concepção ampla.

Nesta direção, Di Pietro (2017, p. 47) defende que o consenso tem o condão de arrefecer o lado autoritário da Administração Pública, contribuindo então para sua democratização. Neste turno, afirma que a tendência para a consensualidade se insere como uma das formas de concretização e expressão da democratização da Administração Pública.

Já no que diz respeito ao Princípio da Legalidade, oportuno colacionar a clássica afirmação de Meirelles (2008, p. 89) de que “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.

Doutra banda, contemporaneamente, aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública tem se conferido novo alcance e abrangência.

O que se entende por legitimidade nos tempos atuais também é mais amplo, não se fundando somente na lei, mas na satisfação das necessidades sociais dos cidadãos, como corolário inclusive desta visão moderna do interesse público, que preza por mais eficiência e moralidade a partir da participação na formação e controle da vontade estatal. O princípio da legalidade atualmente é abordado também de forma mais ampla, compreendendo-se a ideia da chamada juridicidade.

Supera-se, aqui, a idéia [ideia] restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem. (BARROSO, 2007, p. 30)

Inclusive, merece a observação de que o Princípio da Juridicidade como parâmetro para a Administração Pública, também no contexto do Brasil, tem a finalidade de gerar mais eficiência na prestação de serviços públicos. Contudo, ainda assim é um grande desafio visualizar o real alcance das normas que fundamentam a atividade desenvolvida pelo Estado, em razão do alargamento do clássico e restritivo Princípio da Legalidade.

O caminho e os possíveis resultados práticos das referidas transformações no âmbito administrativo jurídico certamente repercutirão na eficiência e celeridade da atuação da Administração Pública. À primeira vista, esses movimentos e conjugações tendem a serem vistas de forma simplória, porém é um caminho gradativo e que em vários aspectos a realidade jurídico-administrativa do país precisa ser aperfeiçoada, inclusive quanto ao alargamento e aprimoramento da consensualidade no âmbito da Administração.

Para ilustrar, pontua-se que o princípio da legalidade, expresso no art. 2º da Lei 9.784/99, da seguinte forma: “Nos termos do inciso I, parágrafo único, do referido dispositivo legal, nos processos administrativos dever-se-á atuar conforme a lei e o Direito”. Nota-se, que já naquela época, o legislador imprimiu à legalidade uma noção mais ampla, sendo possível extrair do enunciado normativo o sentido de que não apenas a Lei, mas o Direito (compreendendo o ordenamento jurídico, as regras e princípios constitucionais) deve vincular a Administração Pública.

Já o Princípio da Eficiência somente integrou expressamente a Constituição com a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998 – EC nº 19/98, ocupando assento ao lado dos outros princípios norteadores do art. 37 da CRFB/1988.

Neste momento, deve-se considerar que o conceito jurídico deste princípio, nos dizeres de Miragem (2011, p. 44), abrange a organização da estrutura administrativa, assim como a atuação dos agentes públicos, vinculadas à promoção das finalidades da Administração Pública em favor dos administrados, devendo nesse sentido coordenar os esforços, inclusive no tocante aos custos financeiros da atuação administrativa, de modo a integrar os interesses

legítimos das partes envolvidas e toda a coletividade, concretizando-os da forma mais satisfatória possível, em conformidade com a juridicidade administrativa.

A administração eficiente pressupõe qualidade, presteza e resultados positivos. O que importa para aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados adequadamente, no entanto deve-se pontuar que essa eficácia que a Constituição exige da administração, não se confunde com a eficiência das organizações privadas, devendo-se resguardar o princípio da legalidade, e permitindo-se na busca do interesse público a participação dos interessados para aprimorar os atributos que consagram o princípio da eficiência.

Como se pode facilmente deduzir, como aduz Moreira Neto (2003, p. 143) é possível desenvolver inúmeros tipos de participação, ampliando-se a noção da consensualidade na atuação administrativa, que não apenas revelem ou ascendam as reivindicações populares como ainda concorram para dinamizar a própria democracia representativa no sentido de torná-la mais eficiente em termos de resultados.

Contudo, este novo perfil da Administração Pública, de modelo gerencial vinculado à obtenção de resultados, tem sua legitimidade firmemente apoiada na eficiência da atuação administrativa, o que além de resultados sociais e economicidade mensuráveis, resta associado à processualidade da ação administrativa, a assegurar a crescente participação dos cidadãos nos processos de tomadas de decisão públicos, sob o resguardo inafastável do respeito aos direitos e garantias e individuais e sociais. (MIRAGEM, 2011, p. 63)

O princípio da supremacia do interesse público, que será tratada de forma mais apurada adiante, não está expressamente previsto na Constituição da República, e sua aplicação deve acontecer tanto no momento da elaboração da lei como no momento de sua execução em concreto pela Administração Pública. A Lei Geral do Processo Administrativo, Lei nº 9.784/99, dispõe em seu art. 2º, parágrafo único, inciso II, sobre o referido preceito.

Sabe-se que da supremacia do interesse público decorre importante preceito, qual seja a indisponibilidade do interesse público.

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público não se encontram a livre disposição de quem quer que seja, por impróprios. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas cura-los - o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a intendo legis.

[...] a atividade administrativa é subordinada a lei, e firmado que a Administração assim como as pessoas administrativas não tem disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de cura-los

nos termos das finalidades predeterminadas legalmente [...] (MELLO, 2013, p. 76 e 77)

Este princípio, que como se apontou sofre flexibilização, é tido como fundamento para o direito público de forma geral e vincula a Administração em todas as decisões, que de forma sintética significa que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais.

Noutro turno, é preciso extrair interpretações equilibradas do sistema jurídico e, notadamente, do conceito de supremacia do interesse público incidente. Conceito este que necessita ser compreendido a partir de interpretação extensiva dos direitos fundamentais e ser compreendido de forma sistemática com os demais princípios do direito público, de modo que em muitos aspectos a acolhida da consensualidade representa a concretização efetiva do interesse público.

1.4 Principais gêneros e vetores de consensualização da Administração Pública

Como reflexo da transformação de um Estado que deveria satisfazer todas as necessidades da sociedade em um Estado gerencial, que atua em colaboração com os particulares das mais diversas formas, utilizando-se dos mais variados mecanismos e instrumentos (concessões, parcerias público-privadas, permissões, entre outras), práticas mais consensuais, menos impositivas e mais eficientes passaram a ser utilizadas por diversos órgãos da Administração Pública

Salienta Di Pietro (2017, p. 45), tanto a doutrina europeia como a brasileira têm demonstrado esforços para buscar a consensualidade como novo instrumento de atuação da Administração Pública.

Os principais pressupostos da consensualidade, segundo a autora, sinteticamente são: a maior utilização dos meios típicos de atuação do direito privado, como o contrato; mudança de mentalidade resultando no fenômeno de passagem de uma Administração de caráter mais autoritária para uma Administração que além de soberana também é consensual; maneira consensual de administrar em parceria com fulcro em melhorar as relações com os cidadãos e entre as próprias pessoas públicas. Ao lado desta atuação soberana, que se caracteriza por atos de autorização ou imposição unilateral, apareceu a figura dogmática da atuação soberana consensual, que diz respeito a nova forma de administração, negociada ou contratual.

Desta forma, os administrados não são mais vistos como meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública, conforme esta nova concepção.

No direito brasileiro na mesma tendência se verifica já há algum tempo e vem se acentuando nos últimos anos, pelo aparecimento de novas fórmulas contratuais. Embora continuem a existir os chamados contratos administrativos, disciplinados, de forma muito rígida, pela Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993, pode-se mencionar, no sentido dessa tendência, o surgimento de novas modalidades de gestão de serviços públicos (vários tipos de concessões e de parcerias com o setor privado), a privatização de empresas estatais prestadoras de serviço público (com a subsequente outorga da concessão à iniciativa privada), a quebra do monopólio de exploração de petróleo (também com a subsequente outorga de concessão), o incremento da terceirização (inclusive para fornecimento de mão de obra, em substituição ao regime estatutário dos servidores públicos), os termos de ajustamento de conduta celebrados pelo Ministério Público e por outros órgãos e entidades públicas, as novas formas de participação do cidadão, por meio de audiências e consultas públicas. (DI PIETRO, 2017, p. 46)

A princípio deve-se ponderar que a utilização de mecanismos de consensualização, na atividade administrativa, tem evoluído, de tal maneira que são introduzidos e aplicados a diferentes campos do direito administrativo brasileiro, ao longo dos últimos anos.

Alguns autores propuseram maneiras de sistematização sobre os possíveis gêneros e vetores em que se verificam na aplicação destes mecanismos na Administração Pública.

Dentre eles, menciona-se a proposta de Moreira Neto (2003, p. 143 a 145), que aborda inicialmente a expansão da admissibilidade do consenso na Administração Pública, abrangendo desde as modalidades contratuais às não-contratuais. Posteriormente, apresenta gêneros e espécies de administração consensual, apontando: 1 - decisão consensual, que inclui espécies coadjuvantes, como coleta de opinião, debate público, audiência pública e assessoria externa, e espécies determinantes, como plebiscito, referendo, audiência pública, cogestão e delegação atípica, ressaltando-se que as audiências públicas poderão ser vinculantes ou não, dependendo de previsão legal; 2 - execução consensual, presente em contratos administrativos de parceria e acordos administrativos de coordenação; e 3 - solução de conflitos consensual, que inclui a prevenção de conflitos, que pode se dar por meio de mecanismos de conciliação, mediação, arbitragem, ajustes de conduta, compromissos de cessação de prática de infrações, a leniência, entre outros.

Percebe-se que para o autor é possível desenvolver inúmeros tipos de participação na elaboração das políticas públicas e formação de decisões consensuais. Nesse sentido, considera espécie do gênero decisão consensual o exercício da própria soberania popular, nas

formas previstas na CRFB/1988, destacando-se o direito de sufrágio (direito público subjetivo), por meio do voto, se realizando mediante plebiscito e referendo, dinamizando a própria democracia representativa no sentido de torná-la mais eficiente em termos de resultados, fundamento importante utilizado pelo autor para sugerir essa classificação. Atualmente, é possível identificar que a grande complexidade dos problemas e das soluções políticas demanda novas formas de participação voltadas à escolha de políticas públicas com grau de diferenciação suficiente para atender às especificidades dos diversos interesses de todo o gênero nas sociedades contemporâneas, caracterizadas por espaços comuns entre o público e o privado, em que se inserem interesses individuais, individuais homogêneos, coletivos, difusos e o próprio interesse público.

Oliveira (2017, p. 52), por sua vez, elenca os seguintes exemplos, retirados de nossa legislação: 1 - art. 39 da Lei 8.666/1993, o qual dispõe que em licitações ou conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas de grande vulto econômico, superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c”, desta Lei, é exigência a realização de audiência pública; 2 - arts. 31 a 34 da Lei 9.784/1999, que admitem a realização de consultas e audiências públicas, bem como outras formas de participação do próprio administrado na tomada de decisões em processos administrativos em geral; 3 - o Estatuto das Cidades, Lei 10.257/2001, prevê instrumentos de participação administrativa, em especial a audiência pública, incluindo-se na elaboração do Plano Diretor, conforme previsto no art. 40, §4º, inciso I, e a gestão orçamentária participativa de política urbana; 4 - a lei de Parcerias Público-Privadas, Lei 11.079/2004, dispõe, por sua vez, consulta pública para analisar a minuta do edital de licitação e do contrato de concessão, de acordo com o art. 10, VI; 5 - normalmente as leis que criam as Agências Reguladoras, assim denominadas, preveem instrumentos de participação do cidadão (usuário) na regulação do respectivo setor.

Por sua vez, Di Pietro (2017, p. 45 e 46) sugere quatro vetores em que se verifica a utilização destes mecanismos de consenso:

- a) a utilização de novas fórmulas convencionais pela Administração Pública, para o estabelecimento de situações subjetivas com particulares, ou com outros entes estatais; seria o caso das novas espécies de concessão (parcerias público-privadas), dos consórcios públicos e dos conexos contratos de rateio e de programa, dos contratos de gestão firmados com organizações sociais, dos termos de parceria com organizações da sociedade civil;
- b) a substituição de mecanismos fundamentados em hierarquia por acordos, nas relações internas da Administração Pública, ou seja, envolvendo os órgãos públicos de uma pessoa administrativa ou de entidades a ela

vinculadas; como exemplo, [...] o contrato previsto no art. 37, § 8º, da CF/88 (chamado contrato de gestão pela doutrina);

c) o estímulo à participação dos governados, enquanto destinatários das decisões a serem tomadas pela Administração Pública, no processo decisório; seria o caso das audiências e consultas públicas previstas em diversos textos legais;

d) o emprego de técnicas baseadas em acordos para a prevenção ou solução de litígios; os exemplos seriam os termos de ajustamento de conduta negociados pelo Ministério Público, a arbitragem e a mediação.

Acerca das técnicas baseadas em acordos para a prevenção ou solução de litígios, atesta Di Pietro (2017, p. 1047), que o processo de multiplicação de demandas levadas ao Poder Judiciário fortaleceu a adoção destas técnicas, sobrelevando a figura da arbitragem, da mediação e da autocomposição, se fazendo necessário nesse momento breve comentário destas importantes tendências.

Para retirar, o art. 3º, § 2º, do novo CPC, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, dispõe que sempre que possível o Estado deve promover a solução consensual dos conflitos. É o princípio da autocomposição de conflitos, que é capaz de coexistir perfeitamente com o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB/1988).

Apesar das controvérsias jurídicas e das diferenças no que tange ao campo privado, a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 disciplina a mediação como meio de solução de conflitos (abrangendo a mediação extrajudicial e a judicial) e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, assim como a Lei nº 13.129, que altera a Lei nº 9.307, dispõe sobre a arbitragem abarcando o instituto no espectro da atividade administrativa, ressaltando-se que todas estas previsões legais estão em consonância com o novo CPC, Lei nº 13.105/2015.

A mediação é considerada a atividade técnica executada por pessoa imparcial, mediador, sem poder decisório, que as partes se socorrem para chegarem a um acordo que solucione o litígio. A autocomposição é o meio de resolução de conflitos de que se utiliza a Administração Pública, por seus órgãos, para resolver conflitos que participe como parte interessada. Portanto, a Lei nº 13.140 utilizou terminologia diferente de acordo com o instrumento que se utiliza para a solução de controvérsias, de modo que mediação diz respeito a conflitos entre particulares e a autocomposição versa sobre contendas em que contemplem o âmbito da Administração Pública.

Interessante pontuar que o art. 32 da Lei nº 13.140 estabelece que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos”, no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública, destacando-se as

situações possíveis para tal. O art. 174 do novo CPC impõe expressamente a novidade de que os Entes da Federação devem criar câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. Fato é que essa inovação tem sido debatida recentemente, inclusive no tocante à sua constitucionalidade, pois supostamente os dispositivos versam sobre processo administrativo, o que é competência de cada Ente e não matéria exclusiva da União (art. 22, I da CRFB/1988), conforme pontua Di Pietro (2017, p. 1049). Além de outras questões, que no momento não são oportunas nesta análise, há também divergências sobre se “administrativos” se refere apenas a assuntos de interesse da Administração Pública ou se abrange tudo o que não for judicializado.

A arbitragem é instrumento alternativo por meio do qual as pessoas dirimem conflitos por meio de árbitros de confiança das partes. O §1º introduzido no art. 1º da Lei nº 9.307 pela Lei nº 13.129, dispõe que a Administração Pública, direta e indireta, poderá empregar o instituto da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Fato é que a expressão direitos reais disponíveis trata-se de um conceito jurídico indeterminado, o que suscitará dúvidas quanto a aplicação do dispositivo, cabendo aos operadores do direito a construção do melhor caminho para a adequação do uso deste mecanismo, definindo-se os melhores critérios e parâmetros. De forma simplificada, são os direitos nos quais seja predominante o aspecto da patrimonialidade, além de serem passíveis de disponibilização, nesse sentido excetuando-se direitos sociais, inclusive os metaindividuais.

1.5 Mecanismos de consensualização no Direito Administrativo Sancionatório

Assim, como se pode notar a partir dos exemplos e mecanismos citados pela doutrina, o consensualismo vistos de forma ampla nas suas mais variadas expressões, especialmente no tocante à matéria de solução de conflitos com a presença destes mecanismos ainda é relativamente tímida. Cabe ainda anotar que mesmo nas situações e exemplos comentados de forma breve, não significará necessariamente solução consensual, mas podendo provocar dissensos. Mas estes instrumentos representam formas em que atendem o interesse público e a juridicidade, conforme determina a lei.

Importante questão suscitada preliminarmente é que, no Direito Administrativo Sancionatório, o princípio da legalidade e indisponibilidade do interesse público ainda são vistos como uma barreira para a ampliação da aplicação das noções que permitirão soluções com base no consenso entre governantes e governados.

Também merece rápida abordagem o instituto, previsto em especial no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85, incluído pela Lei nº 8.078/90, que diz respeito à celebração do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), em que órgãos públicos legitimados, atualmente destacando-se genericamente o Ministério Público, estabelece com interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, com eficácia de título executivo extrajudicial. O TAC é uma espécie de acordo entre a administração e os administrados (agentes regulados), que não necessariamente se inclui no âmbito do poder punitivo do Estado, mas em algumas situações versa sobre este aspecto. De forma geral, tem como objetivo principal a adequação das condutas irregulares praticadas pelos agentes (descumprimento de obrigações previstas na legislação, regulamentação e instrumentos contratuais aplicáveis), tendo como objeto a prevenção, a cessação ou indenização do dano aos interesses acima mencionados, de modo que muitas vezes estabelece obrigações alternativas à imposição de penalidades no âmbito de processos administrativos sancionadores. Justamente por ser uma forma de acordo, o TAC restringe-se àqueles casos que envolvem direitos disponíveis. Destaca-se que é instrumento que tem sido utilizado com mais frequência atualmente.

Expressão do consensualismo no Direito Administrativo é a previsão expressa da possibilidade de celebração de acordos de leniência entre as pessoas jurídicas, acusadas de atos de corrupção, e a Administração Pública.

Acerca de institutos desta natureza, no ordenamento jurídico brasileiro, verificava-se que anteriormente à edição da Lei nº 12.846/2013 havia apenas algumas disposições legislativas pontuais, como a da Lei do CADE, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, acerca da possibilidade de utilizar a consensualidade neste âmbito do Direito Administrativo, havendo a possibilidade, por exemplo, de substituir as sanções legalmente previstas para as infrações administrativas por alternativas consensuais.

Mas com a edição da Lei Anticorrupção, o panorama sofre alteração, uma vez que seus arts. 16 e 17 expressamente autorizam a celebração de acordos de leniência, também considerado como mecanismo que expressa a consensualidade no âmbito da atividade administrativa. Em suma, esses acordos permitem às empresas acusadas dos tipos administrativos ali previstos afastar e/ou reduzir as penalidades impostas. Essa abertura consensual no campo do direito administrativo sancionador é visível, mas deve ser analisada adiante à luz dos postulados doutrinários e previsões legais mais importantes.

Por fim, como se observa neste capítulo, não são poucas as hipóteses em que o legislador procurou estabelecer maior abertura negocial e dialógica entre a Administração Pública e o cidadão. Mesmo quando se trata da aplicação de sanções administrativas, já existem atos normativos que autorizam a utilização de soluções de consenso em substituição à aplicação restrita da legislação, como se apontou anteriormente. No entanto, a aplicação de mecanismos consensuais, especialmente no campo do Direito Administrativo Sancionatório, em alguns momentos pode ser considerada mais complexa do que em outros campos do direito Administrativo, como se abordará adiante. Porém, adianta-se que isto se dá em especial porque a aplicação de sanções é a forma de manifestação mais pura do *jus imperii* e, justamente por isso reflete-se a visão limitada que comumente se concebe do próprio princípio da legalidade, não oferecendo, nesse sentido, muito espaço para a substituição da vontade da lei pelo consenso entre o Estado e a sociedade civil.

2 LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI 12.846/13)

2.1 Noções gerais acerca da corrupção

A corrupção se faz presente no decorrer de toda história da humanidade e é um dos grandes problemas também do mundo globalizado e que merece análise, por parte dos diversos segmentos, no plano internacional e também nacional, com a finalidade de coibir práticas em consonância com tal fenômeno.

Nesse sentido, a corrupção é tratada em sua acepção ampla, compreendendo desrespeito e usurpação de interesses, valores e bem jurídicos em favor de proveitos, benefícios e ajustes privados, conforme pontua Dematté (2015, p. 54). Este fenômeno não está associado a um único período histórico, a uma forma específica de organização social, a um determinado regime político ou a um sistema socioeconômico.

Tem-se notícia de práticas de corrupção desde tempos remotos, do uso indevido do poder como forma de obtenção de vantagens pessoais. Pode-se afirmar que, sobretudo na Antiguidade e em parte da Idade Média, não havia clara delimitação entre a esfera do público e do privado, o que refletiu na existência da corrupção ao longo do tempo, sobretudo no tocante à Administração Pública.

Ainda valendo-se de Dematté (2015, p. 55), não se pode compreender as causas que fomentam a corrupção sem se examinar e considerar aspectos como a concentração de poderes político e econômico, o nível de desigualdade social e econômica numa sociedade, a história de formação do Estado, a noção de interesse público que se encontra no ideário coletivo, disseminada na sociedade, a existência de controles sociais, políticos e jurídicos, a estrutura do ordenamento jurídico, a formação cultural e educacional, especialmente no que diz respeito ao conhecimento dos direitos e deveres que são atribuídos a todos, dentre outros aspectos.

Naturalmente, em razão desses fatores, há dificuldade de se estabelecer um conceito definitivo e inequívoco sobre a corrupção. A propósito,

[...] a corrupção pode ser difícil de ser descrita, mas não de ser reconhecida, quando observada. Ela pode descortinar-se através de várias formas, incluindo ofertas de presentes, promoções, pagamento em dinheiro, viagens, emprego de parentes e amigos, proteção política, dentre outros favores. Entender os diversos tipos de corrupção pode ser útil para o planejamento e desenvolvimento de programas estratégias na sua prevenção e combate. (NUNES, 2008, p. 18)

A conceituação de corrupção encontrará obstáculos legais, doutrinários e políticos, conforme a concepção adotada, tratando-se de um conceito complexo e com várias dimensões. No entanto, pode-se afirmar que há entre os elementos constitutivos da corrupção uma conexão entre a esfera pública e privada, caracterizando-se como desvio ou abuso de poder inerente ao ente público para a obtenção de vantagem pessoal direta ou indireta de forma ilícita.

Pontua-se que a corrupção gera uma constante ameaça ao bom governo e à legitimidade política, além de desestimular investimentos, inibir o desenvolvimento econômico e humano de uma sociedade, caracterizando-se como fonte do aumento da pobreza, com o desperdício de recursos que se destinariam ao bom funcionamento Estatal, no desenvolvimento de suas atribuições para a efetivação de sua finalidade que, sucintamente, diz respeito à concretização do bem comum. A corrupção atinge sempre de forma mais contundente e expressiva as pessoas menos favorecidas do ponto de vista material e econômico, que muitas das vezes são privadas de boas políticas e ações governamentais de cunho social, cuja função é criar um conjunto de condições de vida social, favorecendo um desenvolvimento integral da personalidade humana, sobretudo desses segmentos sociais.

Desta forma, abordar o que se concebe como corrupção é importante, muito em razão das mazelas sociais que a mesma ocasiona e seu enorme custo social. Tanto é que esse fenômeno sempre foi repudiado com considerações e posicionamentos de diversos setores,

como o da religião, da filosofia, da política, do direito, das ciências sociais, da ética e mais recentemente das relações internacionais, mormente entre os Estados. O exercício do poder político, de forma honesta e equilibrada, sempre foi um ideal para o governante e necessário para superar as mazelas da corrupção e para a efetiva promoção do bem comum e dos interesses comuns da coletividade.

Precisamos duma política que pense com visão ampla e leve por diante uma reformulação integral, abrangendo num diálogo interdisciplinar os vários aspectos da crise. Muitas vezes, a própria política é responsável pelo seu descrédito, devido à corrupção e à falta de boas políticas públicas. Se o Estado não cumpre o seu papel numa região, alguns grupos económicos podem-se apresentar como benfeitores e apropriar-se do poder real, sentindo-se autorizados a não observar certas normas até se chegar às diferentes formas de criminalidade organizada, tráfico de pessoas, narcotráfico e violência muito difícil de erradicar. Se a política não é capaz de romper uma lógica perversa e perde-se também em discursos inconsistentes, continuaremos sem enfrentar os grandes problemas da humanidade. Uma estratégia de mudança real exige repensar a totalidade dos processos, pois não basta incluir considerações ecológicas superficiais enquanto não se puser em discussão a lógica subjacente à cultura actual (atual). Uma política sã deveria ser capaz de assumir este desafio. (FRANCISCO, 2015, p. 115)

Nesse ínterim, a comunidade internacional vem debatendo em nível global a necessidade tratar deste assunto, de modo que vem cobrando do Brasil a urgência em tratar a corrupção de forma ampla, com base na premissa de que ela compromete interesses comuns a todos os povos. É nesse cenário e também em resposta aos clamores sociais, especialmente nas manifestações populares ocorridas no país ano de 2013, e em cumprimento a compromissos firmados perante organizações internacionais, tendo como mote o combate à corrupção, o Brasil edita a Lei nº 12.846/13, a Lei Anticorrupção.

2.2 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade, inserido expressamente no art. 37, *caput*, da CRFB/1988, exige que a atuação administrativa, além de respeitar a legalidade, em sentido restrito, deve respeitar a juridicidade de forma ética, leal e séria. Denota-se que o dispositivo foi bem aceito no seio da coletividade, que como se conhece foi e é sufocada por inúmeros casos de desmandos de maus administradores, que frequentemente visam seus próprios interesses ou de interesses inconfessáveis, em detrimento de deveres morais e éticos dos quais não deveria se dispor.

Sabe-se que o referido princípio impõe que o Administrador público não dispense ou abdique dos preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Segundo a brilhantes

contribuições de Carvalho Filho (2017, p. 22), o agente público deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade, quando a lei lhe reserva tal competência, justiça em suas ações, mas também distinguir o honesto do que é desonesto. Estas condutas, não versam somente nas relações entre Administração e administrados, de forma geral, como também no âmbito interno da Administração Pública.

Meirelles (2008, p. 90) expõe que a “moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública”. Também identifica que a moral jurídica se distingue da comum, porque aquela diz respeito ao conjunto de regras de condutas tiradas do interior da atuação administrativa.

O inciso IV do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99, dispõe que o Administrador, em especial nos processos administrativos, deve atuar “segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

Além disso, conforme Oliveira (2017, p. 38), o ordenamento jurídico brasileiro prevê várias disposições acerca dos instrumentos de controle da moralidade administrativa, tais como: a ação de improbidade (art. 37, §4º, da CRFB/1988 e Lei 8.429/92); a ação popular (art. 5º, LXXIII, da CRFB/1988 e Lei 4.717/65); a ação civil pública (art. 129, III, da CRFB/1988 e Lei 7.347/85); as hipóteses de inelegibilidade previstas no art. 1º da Lei Complementar 64/90, alterada pela Lei Complementar 135/10, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”; as sanções administrativas e judiciais previstas na Lei 12.846/13, a chamada Lei Anticorrupção.

Pondera-se que nem todos os autores aceitam a existência desse princípio, sendo que segundo Di Pietro (2017, p. 107) alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago, genérico e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade.

Embora o conteúdo da moralidade seja diverso do da legalidade, o fato é que estão normalmente associados. Há ocasiões em que a imoralidade se constituirá ofensa direta à legalidade, já em outras situações, a imoralidade residirá no tratamento discricionário, positivo ou negativo, dispensado ao administrador. De acordo com Di Pietro (2017, p. 107), “licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral”, numa aceitação genérica do brocardo *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto).

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. A apreciação judicial da imoralidade ficou consagrada pelo dispositivo concernente à ação popular (art. 5º, LXXIII, da Constituição) e implicitamente pelos já referidos artigos 15, V, 37, §4º, e 85, V, este último considerando a improbidade administrativa como crime de responsabilidade. (DI PIETRO, 2017, p. 110)

Moreira (2008, p. 106), conclui que a moralidade pública configura princípio autônomo, com efeitos específicos e especiais, se comparado aos demais princípios constitucionais. Desta forma, pode ser motivo exclusivo para a invalidação objetiva de ato administrativo e de responsabilização de agentes públicos. Ressaltou inclusive, o referido autor, que esta compreensão diversas vezes foi acolhida no STF, que editou inclusive a Súmula Vinculante nº 13 que versa sobre o nepotismo e está lastreada especialmente nesse princípio constitucional. Além disso cita o Recurso Extraordinário 170.768, que firmou entendimento de que o art. 5º, LXXIII, que disciplina a ação popular, abarca não só o patrimônio material do Poder Público, abrangendo também o patrimônio moral, o cultural e o histórico. Assim, a partir desse exemplo, percebe-se que o prejuízo moral tem o condão de autorizar o controle judicial, nesse caso por via da ação popular.

ACÇÃO POPULAR. ABERTURA DE CONTA EM NOME DE PARTICULAR PARA MOVIMENTAR RECURSOS PÚBLICOS. PATRIMÔNIO MATERIAL DO PODER PÚBLICO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 5º, INC. LXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico. As premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido não cabem ser apreciadas nesta instância extraordinária à vista dos limites do apelo, que não admite o exame de fatos e provas e nem, tampouco, o de legislação infraconstitucional. Recurso não conhecido. (STF - RE: 170768 SP, Relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 26/03/1999, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 13-08-1999 PP-00016 EMENT VOL-01958-03 PP-00445)

A moralidade administrativa, nesse sentido, se identifica com a proteção da finalidade da ação Estatal e da atuação Administrativa. Este princípio não tem seu significado observado mediante a contrariedade da lei, de modo que sua eficácia se situa principalmente nos limites onde a legalidade não mais alcança.

O princípio da moralidade ilumina e legitima a ação da Administração Pública. Constitui o núcleo de significado da moralidade administrativa a vinculação da ação de administrativa ao interesse público e o respeito aos direitos fundamentais dos administrados. Neste sentido, sua eficácia jurídica

– que é autônoma, como convém aos princípios constitucionais – combina-se com a dos demais princípios, configurando o perfil da Administração Pública sob o Estado de Direito. (MIRAGEM, 2011, p. 305)

Em suma, nos dizeres de Di Pietro (2017, p. 110) sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração e também do administrado, que a partir de uma relação juridicamente em consonância com a lei, porém ofensiva à moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, o que comumente se entende por honestidade, estará nesse momento havendo violação ao princípio da moralidade administrativa.

Por meio da participação popular no controle da Administração em conjunto com a maximização da consensualidade na Administração Pública, em acepção ampla, e observando-se também o princípio da publicidade, será possível superar ou atenuar a imoralidade na administração. Há vários instrumentos, de acordo com Carvalho Filho (2017, p. 24), para combater condutas e atos ofensivos ao princípio da moralidade administrativa. Nesse sentido, os órgãos competentes, juntamente com os cidadãos devem cumprir seus papéis de diligência, para que se invalidem esses atos, aplicando-se sanções justas e eficientes aos responsáveis.

A conhecida Lei Anticorrupção como já se afirmou é expressão deste importante preceito constitucional, assim como de outras normativas. Inclusive no âmbito do alcance deste importante diploma legal, que abrange o Direito Administrativo Sancionatório, a moralidade administrativa, que representa pressuposto de validade da atividade administrativa, também significa em conjunto com a legalidade e finalidade desta atividade a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, com resultados mais adequados e satisfatório ao interesse público.

2.3 Lei Anticorrupção: origem e aspectos gerais

Com o objetivo de efetivar o princípio constitucional da moralidade administrativa e evitar a prática de atos de corrupção, como bem pontua Oliveira (2017, p. 877), o ordenamento jurídico consagra instrumentos de combate à corrupção. Porém a necessidade de proteção crescente da moralidade, tanto no plano nacional como no plano internacional, por vários fatores, notadamente os expressados a partir das demandas da sociedade civil, justificou a promulgação da Lei n.º 12.846/2013, conhecida popularmente como “Lei Anticorrupção” ou “Lei da Empresa Limpa”, que é objeto de estudo deste trabalho.

Teve origem num projeto de lei submetido pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional no ano de 2010, com o objetivo de anteder convenções assinadas pelo Brasil contra a corrupção. O projeto tramitou na Câmara dos Deputados entre 2010 a 2013, tendo sido encaminhado ao Senado Federal em 21 de junho de 2013. O projeto foi sancionado, promulgado e publicado no Diário Oficial da União em 2 de agosto de 2013. Sabe-se que o art. 31, desta lei, prevê a entrada em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação, que ocorreu no dia 2 de fevereiro de 2014. A regulamentação da lei se dá no âmbito federal por meio do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.

Na opinião de muitos (SANTOS; BERTONCINI; FILHO, 2014, p. 7), esta lei somente veio à luz em razão das manifestações populares ocorridas em todos os estados brasileiros em junho de 2013, que traziam diversas pautas de forma difusa, dentre elas o combate à corrupção, que historicamente atinge a Administração Pública brasileira. Nota-se que sua tramitação no Congresso Nacional, no período de auge das referidas manifestações, foi de grande agilidade, raras vezes observadas. Há de se observar, no entanto, que essa grande rapidez na discussão do projeto de lei no Senado Federal pode ter influenciado em pequenas e pontuais incoerências e incongruências da respectiva lei.

A lei representa um passo que o Brasil deu para concretizar alguns compromissos assumidos no plano internacional. O país é signatário de compromissos internacionais que exigem a adoção de medidas de combate à corrupção, dentre eles: a) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, elaborada no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), que foi ratificada pelo Decreto Legislativo 125/2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial 3.678/2000; b) Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), que foi elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e ratificada pelo Decreto Legislativo 152/2002, com reserva para o art. XI, §1º, inciso “C”, e promulgada pelo Decreto Presidencial 4.410/2002; c) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), ratificada pelo Decreto Legislativo 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687/2006.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), assinada em 9 de dezembro de 2003, no México, passou a vigorar em 14 de dezembro de 2005, documento este que priorizou e enfatizou em medidas preventivas úteis como ferramentas ao combate à corrupção, dentre elas promover políticas e práticas de prevenção à corrupção (art. 5º),

implementar órgão de prevenção à corrupção (art. 6º), promover mudanças no Setor Público e medidas preventivas no setor privado (arts. 7º e 12), aumentar a transparência, a informação pública e eficácia na contratação pública e gestão da fazenda pública (arts. 9º e 10º), implementar mudanças para funcionários públicos (art. 8º), contar com a participação da sociedade (art. 13).

É válido lembrar, de acordo com Di Pietro (2017, p. 1033), embora já existam disposições normativas

definindo crimes, atos de improbidade e infrações administrativas praticadas contra a Administração Pública, o legislador houve por bem disciplinar especificamente os ilícitos praticados por pessoas jurídicas contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Dentre os diplomas e normas legais mencionados, pode-se citar o Código Penal, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.426/92), além de outras leis esparsas, que já punem os crimes praticados contra a Administração Pública, alcançando, porém, as pessoas físicas, ainda que algumas penas possam ser aplicadas também às pessoas jurídicas. Menciona-se neste momento as leis que definem os denominados crimes de responsabilidade, em especial a Lei 1.079/50 e Decreto-lei 201/67, porém alcançando também pessoas físicas. A Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/10) é voltada para as pessoas físicas, para torná-las inelegíveis, e a Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) que define determinados ilícitos administrativos e crimes, e suas respectivas sanções, no que tange às licitações e às contratações efetuadas pela Administração Pública, alcançando tanto pessoas físicas como jurídicas.

Como se analisará, a Lei Anticorrupção amplia a responsabilização nas esferas administrativa e civil em que alcança as pessoas jurídicas, trazendo avanços, tais como a responsabilização objetiva destas pessoas, que incide independente de culpa ou dolo. A lei prevê formas de atribuição de punições administrativas e civis a uma empresa considerada corrupta, suprimindo uma lacuna existente na legislação brasileira, de acordo com os ensinamentos de Bittencourt (2014, p. 22 e 23). O bem jurídico protegido pela legislação é a probidade da Administração Pública.

2.4 Aplicabilidade da Lei Anticorrupção

Como se trata de uma lei editada pela União, um importante aspecto que tem gerado controvérsias e merece ser abordado, versa sobre sua aplicabilidade aos Estados, Distrito Federal e Municípios, ou seja, se trata de uma lei federal ou nacional, uma vez que diz respeito

a infrações e sanções administrativas e de responsabilidade civil (SANTOS; BERTONCINI; FILHO, 2014, p. 21). Nem toda lei editada pela União é automaticamente vigente no âmbito dos demais entes federados. Não há dúvida de que a Lei 12.846/2013 se aplica em relação à Administração Pública Federal, mas deve-se analisar esta questão quanto aos outros entes.

Um entendimento importante, é o de que por tratar-se de matéria não reservada à competência da União (art. 22 da CRFB/1988), nem mesmo em concorrência com os demais entes federativos (art. 24 da CRFB/1988), no que diz respeito a infrações e sanções administrativas, Estados e Municípios têm competência própria para legislar sobre a matéria. Também a matéria de processo administrativo, inclusive a competência para sua instauração e aplicação de penalidades, deveria ser disciplinada pelos entes federativos, por meio de edição de leis próprias. Sobre o assunto, Carvalho Filho (2017, p. 1067) ensina que

Na disciplina do processo administrativo, parece-nos importante fazer uma advertência quanto à aplicabilidade da lei. Várias das normas da matéria, entre os arts. 8º e 14 da Lei nº 12.846/2013, como as que aludem os prazos de conclusão e de defesa, de condução do processo, de prorrogabilidade do prazo etc. só tem aplicabilidade compulsória para a União federal, e isso porque se cuida de normas federais, e não nacionais. Resulta, então que os demais entes federativos podem editar normas de conteúdo diverso, porquanto o processo administrativo, sendo de direito administrativo, se aloja dentro da autonomia que lhes reserva a Constituição. Impor a esses outros entes a obrigação de atendê-las implicaria inevitável inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da autonomia federativa (art. 18, CF).

Este entendimento era sustentado por Di Pietro (2017, p. 1034) até recentemente, de modo que concluiu posteriormente que o assunto merecia exame mais aprofundado. Um argumento apresentado é o de que o art. 37, §4º, da CRFB/1988, que versa sobre os atos de improbidade administrativa, também é fundamento constitucional para as infrações definidas na Lei Anticorrupção. Outro argumento apresentado pela autora foi o princípio da razoabilidade, como se apresentará a seguir. O fato, no entanto, é que a lei anticorrupção definiu atos considerados ilícitos tanto na esfera administrativa como na esfera cível. Nas hipóteses de natureza civil a apuração e julgamento são feitos pela via judicial, por ação civil pública. Para a autora, quanto às sanções aplicáveis judicialmente, a competência legislativa é da União, conforme art. 22, I, da CRFB/1988.

Em decorrência disso, as infrações que constituem ilícito civil (e também administrativo) só podem ser definidas na legislação federal. Fere o princípio da razoabilidade a interpretação de que os atos definidos em lei federal como lesivos à Administração Pública são considerados lícitos em outras esferas de governo. Seria inconcebível que Estados e Municípios pudessem legislar por

forma que os atos definidos como infração na lei anticorrupção não tem essa natureza nas esferas estadual e municipal. (DI PIETRO, 2017, p. 1035)

Para Scatolino e Trindade (2016, p. 113), a Lei 12.846 trata-se de uma lei nacional, feita pela União, aplicando-se a todas as esferas federativas, certamente se apoiando nestas premissas apresentadas.

2.5 Sujeitos ativos e passivos

Neste momento, cumpre discorrer sobre outros aspectos concernentes à Lei Anticorrupção, de modo que, conforme dito anteriormente, estabelece normativa referente à responsabilidade objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pelos atos lesivos praticados contra a Administração Pública, em interesse ou benefício, exclusivo ou não, (art. 2º da Lei 12.846/13). Com efeito, as sanções administrativas e cíveis previstas na lei serão aplicadas às pessoas jurídicas, independente de dolo ou culpa, sendo suficiente a constatação e comprovação das práticas tipificadas na lei. No entanto, a Lei anticorrupção tem como escopo a busca pela reparação integral do dano, de forma enfática, tratando-se de importante previsão legal, inovando no sentido de ampliar os esforços prementes em devolver ao erário aquilo que foi indevidamente apropriado pela pessoa jurídica, através da previsão da dupla responsabilidade.

Vale lembrar, segundo Di Pietro (2017, p. 1033), que a Lei Anticorrupção teve o escopo de ampliar esta responsabilização, alcançando pessoas jurídicas inclusive as que resultarem de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária (art. 4º da Lei 12.846/13), podendo alcançar também a figura dos respectivos dirigentes, com previsão expressa da desconsideração da personalidade jurídica, como prescreve os arts. 3º e 14 da Lei Anticorrupção. Vale destacar que esta medida de desconsideração da personalidade jurídica é de grande utilidade, e pode ocorrer mesmo na responsabilização administrativa, sendo as hipóteses de incidência o abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática das infrações, previstas na Lei Anticorrupção, e provocar confusão patrimonial, de modo que deve-se garantir o contraditório e ampla defesa, e os efeitos das sanções eventualmente aplicadas à pessoa jurídica, nesse caso se estenderão aos seus administradores e sócios com poderes de administração.

Com base no art. 220 da Lei 6.404/76, a transformação societária “é a operação pela qual a sociedade passa, independente de dissolução ou liquidação, de um tipo para outro”. A incorporação por sua vez, é definida no art. 227 da Lei 6.404/76, que “é a operação pela qual

uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”. A fusão é um instituto definido no art. 228 da Lei 6.404/76, que representa “a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades se unem para formar uma sociedade nova, que lhes sucederá em todas os direitos e obrigações”. Finalmente, a cisão, nos termos do art. 229 da Lei 6.404/76, “é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão”.

Nas hipóteses de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, a responsabilidade pelos atos lesivos permanece. Em relação à fusão e à incorporação, a responsabilidade da sucessora restringe-se ao pagamento de multa e da reparação integral do dano, sendo inaplicáveis as demais sanções, salvo no caso de simulação ou fraude (art. 4º, §1º, da Lei 12.846/2013). Quanto às sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas, a responsabilidade é solidária pelos atos lesivos à Administração no tocante à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado (art. 4º, §2º, da Lei 12.846/2013). (OLIVEIRA, 2017, p. 878)

Nota-se que a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas praticados por seus prepostos, conforme aduz Oliveira (2017, p. 878), não representa verdadeira novidade no ordenamento jurídico pátrio, citando-se nesse sentido os arts. 932, III, e 933 do CC/02. A principal inovação da lei foi quanto à estipulação de sanções mais severas, incluindo-se a já referida desconconsideração da personalidade jurídica.

Para efeitos de responsabilização e aplicação da lei, a noção de pessoa jurídica para os fins da lei é ampla, como afirma Carvalho Filho (2017, p. 1066). Inclui-se no conceito de pessoas jurídicas sociedades empresárias e simples, que independem da forma de organização ou modelo societário adotado, ou seja, com qualquer modelo de organização, bem como fundações, associações de entidades ou pessoas e sociedades estrangeiras, com sede, filial ou representação em território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, mesmo que transitoriamente. O art. 1º, parágrafo único da Lei 12.846/13. Di Pietro (2017, p. 1037) faz importante observação, no sentido de que esta previsão deve se estender às empresas estatais que prestam atividade econômica, que como se sabe, com base no art. 173, §1º, II, da CRFB/1988, elas submetem-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.

Outra questão interessante é sobre possível aplicação no que diz respeito aos partidos políticos. Para Scatolino e Trindade (2016, p. 114) de acordo com a literalidade da lei,

essa responsabilização é possível, uma vez que são pessoas jurídicas de direito privado. No entanto, há posições afirmadas pelos autores que sustentam que como não há citação à Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95), não seria aplicável essa legislação aos partidos políticos.

2.6 Responsabilidade, atos ilícitos e sanções

Importante notar que a lei adota a responsabilidade objetiva tanto no campo civil quanto no administrativo. Esta responsabilidade independe da responsabilidade pessoal dos dirigentes e das demais pessoas naturais que contribuam no âmbito da pessoa jurídica para a efetivação do ilícito. Sabe-se que como preceitua a lei a responsabilidade da pessoa natural é subjetiva, ao contrário da responsabilidade da pessoa jurídica, se fazendo necessário, pois a prova de culpa quanto aos atos praticados por dirigentes, administradores e outros participantes deste ato (art. 3º, caput, §§1º e 2º da Lei 12.846/13). No caso da pessoa jurídica, implica a desnecessidade de averiguação de culpa na prática do ato.

Assim, os requisitos para que se possa aferir a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, conforme ensina Di Pietro (2017, p. 1036), são: 1 – A existência de nexo de causalidade entre a atuação da pessoa jurídica e o resultado, qual seja o dano sofrido pela Administração Pública; 2 – seja praticado ato lesivo, conforme o que preceitua o art. 5º da Lei 12.846/13; 3 – o ato lesivo deve ser praticado por pessoa jurídica, com base no já citado art. 1º desta lei; 4 – o ato lesivo resulte em dano à Administração Pública, nacional ou estrangeira. Nota-se no que concerne à responsabilidade subjetiva das outras pessoas naturais, em suma dirigentes, administradores, ou outras pessoas coautoras, partícipes e até mesmo autoras de atos ilícitos, exige-se os mesmos requisitos apontados anteriormente, exceto o previsto no primeiro requisito.

Percebe-se que apesar desta normativa constante da lei prever a responsabilização de pessoas naturais, a finalidade primordial da lei é a responsabilização de pessoas jurídicas, que como se percebe na realidade factual, muitas das vezes estas se beneficiam de atos corruptos praticados por seus agentes, no entanto raramente são devidamente responsabilizadas.

O sujeito passivo das condutas previstas no art. 5º da Lei Anticorrupção, é a Administração Pública, seja ela nacional ou estrangeira. Deve-se considerar, como pontuam Scatolino e Trindade (2016, p. 116), como Administração Pública estrangeira, conforme os §§ 1º ao 3º do referido art. 5º: os órgãos ou entidades estatais de outros países; representações

diplomáticas; pessoas jurídicas controladoras (direta ou indiretamente) por país estrangeiro; organizações públicas internacionais, como a ONU, a OEA, entre outras.

Além disso, tendo em vista o art. 28 da Lei 12.846/13, deduz-se que a lei tem caráter extraterritorial, sendo aplicável aos atos praticados por pessoa jurídica brasileira que causem danos à Administração Pública estrangeira, mesmo que cometidos no exterior.

No que diz respeito aos atos lesivos previstos neste diploma legal, cuja disciplina se afere no art. 5º desta lei, Di Pietro (2017, p. 1036) aduz que são assim considerados todos os atos praticados pelas pessoas jurídicas elencadas na lei, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da Administração Pública ou contra compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Assim, a autora organiza da seguinte forma os atos previstos:

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 na 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.

Em suma, pode-se afirmar, com base na doutrina de Oliveira (2017, p. 879), que muitas das condutas previstas neste diploma legal são previstas e tipificadas em outros diplomas legais, em especial na Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e a Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Muito importante observar, noutro turno, que mesmo havendo grande correspondência nos atos tipificados na Lei 12.846/2013 para com outros diplomas legais, essa coincidência, como bem observa Di Pietro (2017, p. 1037), não afasta a aplicação da Lei Anticorrupção, porque esta prevê infrações administrativas, que ensejam também a responsabilidade civil.

Os arts. 29 e 30 da Lei 12.846/2013 comportam análise em conjunto, pois ambos tratam da questão da convivência da Lei anticorrupção com outras leis com as quais mantém pontos de convergência e de contato. O art. 29 da Lei Anticorrupção disciplina que o disposto na lei não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, bem como do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda, para processar e julgar infrações à ordem econômica. Por sua vez, o art. 30 da Lei 12.846, nesta direção prevê que a aplicação da tipificação e das sanções previstas neste diploma legal não tem o condão de afetar os processos de responsabilização e aplicação de penalidades de outras normatizações, mormente os atos de improbidade administrativa e os atos ilícitos alcançados pela Lei no 8.666/93, ou outras normas de licitações e contratos da Administração Pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) disciplinado pela Lei 12.462/11. Conforme apontam Petreluzzi e Rizek Junior (2014, p. 104), a referida disposição trata-se de preceito que tem o fito de deixar expressa a independência destas instâncias, de modo que as normas citadas devem ser interpretadas de forma complementar, e não excludente.

Quanto à responsabilização e a aplicação das sanções mencionadas, caberá ao juízo realizar dupla consideração, tendo em vista que a lei nova não pode retroagir para prejudicar o demandado, não podendo o juiz aplicar sanções mais gravosas, embasando-se na disciplina inaugurada pela Lei Anticorrupção, em réus já processados em face de atos previstos nas legislações em comento, como afirma Bittencourt (2014, p. 151).

Como há convergências e pontos idênticos, pode citar para ilustrar a questão, por exemplo o art. 5º, IV, da Lei Anticorrupção, com o art. 36 da Lei 12.529/11 (Lei de Defesa da Concorrência), art. 88 da Lei Geral das Licitações, art. 47 da Lei 12.462/11 (Lei do RDC), que em suma versam sobre atos no sentido de fraudar processos licitatórios, frustrar os objetivos da licitação, ou praticar atos fraudulentos no que diz respeito aos contratos decorrentes da licitação e na execução do contrato. Como mencionado, há diversas outras previsões em comum, de modo que de um mesmo fato praticado por uma pessoa jurídica, pode sofrer mais de dois processos administrativos distintos, todos vinculados a essa mesma e única conduta ilícita.

Uma questão que merece, neste ponto, breve comentário é a questão do Princípio do *non bis in idem*, que versa sobre a proibição a novo julgamento, ou dupla punição, como corolário do princípio da segurança jurídica e da razoabilidade. Como se sabe, e afirmam Santos, Bertoncini e Costódio Filho (2014, p. 288), o princípio é consagrado na jurisprudência dos Tribunais Superiores, em especial o STF, em diversos ramos do direito, inclusive no âmbito do processo administrativo sancionador, como é o caso da Lei Anticorrupção. Por outro turno, sabe-se que o princípio não proíbe a cumulação de mais de uma sanção administrativa num mesmo processo, por uma mesma infração, como exemplo advertência e multa. Além disso, o princípio também não proíbe a cumulação de sanções administrativas, penais e civis para um mesmo fato, uma vez que é reconhecida a independência entre as instâncias.

Nesta direção, deve-se concluir que apesar da coincidência dos tipos previstos entre alguma destas leis, e a previsão dos arts. 29 e 30 da Lei Anticorrupção, e levando-se o correto sentido do princípio em comento, é prudente afirmar que não haverá violação desse princípio no caso de uma empresa sofrer várias sanções por uma mesma conduta, enquadrada nos diferentes tipos infracionais das diversas leis mencionadas, algo similar ao concurso formal previsto no art. 70 do Código Penal, ou seja, quando o agente, mediante uma única conduta provoca dois ou mais resultados típicos. No entanto, como não há previsão de concurso formal na esfera administrativa, as punições serão integralmente cumuladas as eventuais sanções administrativas impostas à uma pessoa jurídica com fundamento nos diversos tipos previstos. No entanto, Di Pietro (2017, p. 1037), adverte que é necessário ter cautela no que diz respeito ao referido preceito:

Essa cumulatividade de sanções, embora prevista na lei, deve ser interpretada com muita cautela para evitar o *bis in idem*, ou seja, a dupla punição pelo mesmo fato, principalmente no caso de haver afronta concomitante à lei anticorrupção e à lei de improbidade administrativa. No caso das infrações à Lei nº 8.666, de 21-6-93, ou a outras normas sobre licitações da administração pública, que também sejam tipificados como atos lesivos à lei anticorrupção, o artigo 12 do Regulamento (Decreto nº 8.420/15) determina a apuração e julgamento conjunto nos mesmos autos. Nesse caso, o artigo 16 do Regulamento determina que ‘a pessoa jurídica também estará sujeita a sanções administrativas que tenham como efeito restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a administração pública, a serem aplicadas no PAR’ (processo administrativo de responsabilização).

Enquanto os já mencionados atos lesivos estão previstos no art. 5º, as sanções são disciplinadas no art. 6º da Lei Anticorrupção, de modo que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, devendo-se analisar cada caso de forma isolada, conforme suas

peculiaridades, gravidade e natureza da infração, sem prejuízo do dever de reparação integral do dano.

Tendo em vista os incisos I e II do referido dispositivo, admite-se a aplicação de multa, que pode variar no valor de 0,1 % (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação, e publicação extraordinária da decisão condenatória.

O exercício de que se refere o inciso I do art. 6º da lei é o exercício fiscal, para fins contábeis, que coincide com o ano civil, se estendendo de 1º de janeiro a 31 de dezembro.

De plano é possível constatar que o valor da multa dependerá do tamanho da empresa, como observa Bittencourt (2014, p. 76), uma vez que esta sanção administrativa, recai sobre o faturamento bruto daquela. Como se apontará em seguida, a dosimetria da multa, dependerá de outros critérios de caráter altamente subjetivos, previstos no art. 7º da Lei Anticorrupção.

O legislador também prevê no §1º do art. 6º, que as sanções previstas neste dispositivo, poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de modo que esta avaliação deve ser fundamentada e o agente aplicador deverá considerar as peculiaridades do caso concreto, levando em consideração a gravidade e natureza das condutas sancionadas. No caso concreto, a aplicação desta sanção pecuniária, poderá suscitar dúvida, por exemplo em relação ao exato faturamento bruto da empresa, de modo que o art. 6º, §4º da Lei Anticorrupção preceitua que no caso de não ser possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será estipulada de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Na aplicação das sanções, a Administração levará em consideração os seguintes parâmetros (art. 7º da Lei 12.846/2013): a) a gravidade da infração; b) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; c) a consumação ou não da infração; d) o grau de lesão ou perigo de lesão; e) o efeito negativo produzido pela infração; f) a situação econômica do infrator; g) a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; h) 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, na forma dos arts. 41 e 42 do Decreto 8.420/2015 (Programa de integridade ou *compliance*); e i) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados. (OLIVEIRA, 2017, p. 879)

A Administração Pública, sabidamente, é regida pelo princípio da publicidade, art. 37 da CRFB/1988, a publicação é requisito de eficácia dos atos administrativos, referindo-se neste aspecto à publicação ordinária. No caso da condenação prevista no inciso II do art. 6º da Lei Anticorrupção, é a publicação extraordinária da decisão condenatória. A publicação extraordinária não guarda relação com o ato administrativo e não constitui requisito processual, trata-se na verdade de tornar pública a condenação sofrida por pessoa jurídica infratora, nos termos desta lei.

A publicação extraordinária da decisão condenatória, deve seguir o disposto no § 5º do art. 6º, que ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação, especialmente na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, caso o contrário, não havendo meio de comunicação desta natureza, deverá ser publicada em meios de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível à coletividade, e também no sítio eletrônico na rede mundial de computadores, pelo prazo mínimo de 30 dias. A punição ainda fica constando do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), com previsão no art. 22 da Lei 12.846/13.

No que tange às sanções administrativas tipificadas nesta legislação, não há margem de discricionariedade administrativa, portando não existe juízo de oportunidade e conveniência, na apreciação por parte da Administração Pública na dosimetria da pena, de modo que a escolha da pena terá que ser devidamente fundamentada em uma ou mais das circunstâncias apontadas no art. 7º da lei, levando em conta ainda princípios administrativos como o da razoabilidade e da proporcionalidade entre o ato ilícito e a sanção administrativa aplicada.

Há hipótese que as sanções previstas no art. 6º, que apesar de serem administrativas, poderão ser aplicadas judicialmente, qual seja: omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa. Nesta situação, conforme o art. 20 da Lei 12.846/13, o Ministério Público, ao ajuizar ação para responsabilização civil e aplicação das sanções previstas no art. 19, pode requerer também a aplicação das sanções previstas no artigo 6º. Também é válido advertir que, com base no art. 27 desta lei, esta autoridade omissa e competente, que tem conhecimento das infrações previstas na Lei e não adota as providências necessárias para a apuração dos fatos, será responsabilizada penal, civil e administrativamente, em especial por improbidade administrativa.

Nesse sentido, a responsabilidade da pessoa jurídica será apurada por Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), será instaurado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade, que poderá valer-se de delegação (art. 8º), e será conduzido por comissão (art. 10) composta por dois ou mais servidores estáveis, a quem caberá apresentar relatório ao final, com os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas. O prazo estipulado para a conclusão, segundo dispõe a lei no art. 10, §3º, é de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir.

As fases do PAR são similares as que existem nos processos disciplinares contra servidores públicos: instauração, defesa (no prazo de 30 dias), apresentação de relatório sobre os fatos, com sugestão de responsabilização da pessoa jurídica e das respectivas punições, e julgamento. Sabe-se que a primeira e a última fase são de competência da autoridade instauradora.

No âmbito federal, por exemplo, a Controladoria Geral da União (CGU) possui competência concorrente para instaurar e julgar o PAR, competência exclusiva para avocar os processos instaurados para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento, inclusive podendo aplicar penalidade administrativa cabível no referido caso, como dispõe o art. 13 do Decreto 8.420/15.

Assim, em suma, pontua-se que a lei incentiva as empresas que desenvolvem 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, na forma dos arts. 41 e 42 do Decreto 8.420/2015, conhecidos amplamente como Programa de integridade ou *compliance*, adotando ainda um sistema de sanções severas, impostas a esses agentes econômicos, e mostrando-se também inclinada a negociar as sanções nas hipóteses em que haja a verdadeira possibilidade de identificação de outros agentes envolvidos nos atos de corrupção, através do acordo de leniência, previsto nos arts. 16 e 17 apenas com relação às investigações e aos processos administrativos instaurados no âmbito desta lei.

3 ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

3.1 Conceito e aspectos do acordo de leniência

À semelhança do instituto da delação premiada no Direito Penal, como afirma Carvalho Filho (2017, p. 1067), a Lei Anticorrupção previu esse instrumento, que é o acordo de leniência, celebrado quando pessoas responsáveis por ilícitos, preenchendo os requisitos estabelecidos na lei.

No Direito Penal, a delação premiada é regulamentada pela Lei 9.807/99, a qual concede alguns benefícios àqueles que voluntariamente tenham prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Conforme lecionam Dias e Dias (2016, p. 103) é notório que a legislação brasileira vem se adequando aos padrões internacionais anticoncorrência e anticorrupção.

Em suma, a “Leniência” significa ternura, suavidade, brandura, e no direito brasileiro, o termo é utilizado para qualificar estes acordos em questão celebrados entre a Administração Pública e particulares responsáveis por prática de atos ilícitos, sendo que por meio daqueles, estes colaboram com os procedimentos investigatórios e recebem benefícios como a atenuação da pena ou até mesmo a extinção (SANTOS; BERTONCINI; FILHO, 2014, p. 232). Bittencourt (2014, p. 110), considera que a expressão, numa análise superficial, está mal-empregada, uma vez que leniência pode significar doçura e mansidão, mas o sentido está relacionado à brandura da sanção, caso seja celebrado o ato. Deve-se esclarecer também que o papel de leniente é exercido pelo ente público. É ele que age de forma mais branda no exercício de seu poder punitivo perante o infrator colaborador. Assim, leniente é o Estado e o particular é o colaborador ou de beneficiário da leniência.

Em outros sistemas jurídicos estes acordos ou programas análogos são também denominados como sistema de bônus, de anistia ou da “testemunha da coroa”, conforme indica Marrara (2015, p. 512).

Anteriormente, verificava-se somente previsões legislativas pontuais, acerca da possibilidade de utilizar a consensualização no âmbito do Direito Administrativo, especialmente na seara das sanções administrativas. No entanto, o acordo de leniência não constitui novidade no direito brasileiro, em relação à responsabilização administrativa.

Possui origem no Direito norte americano instituto concebido para a manutenção da ordem concorrencial e coibir práticas infrativas à ordem econômica. Sabe-se que o acordo de leniência é adotado em diversos países, conforme Di Pietro (2017, p. 1042). Tem a finalidade de permitir ao infrator, por meio de acordo com o Poder Público, colaborar na investigação de atos ilícitos e infrações administrativas ou penais, oportunizando o favorecimento do próprio infrator na obtenção de certos benefícios quanto à aplicação da pena, por exemplo, mas favorecendo o próprio interesse público na investigação das infrações e responsabilização dos infratores.

Foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que acrescentou o art. 35-B da Lei 8.884/94, que dispõe sobre prevenção e repressão de infrações à ordem econômica, permitindo-se assim que um participante de cartel ou outra prática anticoncorrencial coletiva denuncie a prática às autoridades antitruste e coopere com as investigações, recebendo assim a redução das penalidades aplicáveis, ou até mesmo imunidade administrativa e criminal, quanto à prática dos referidos atos ilícitos, conforme ensinam Dias e Dias (2016, p. 102).

Di Pietro (2017, p. 1042) afirma que esta hipótese consiste em possibilidade de acordo entre a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE), que é a autoridade competente para agir em nome da União, negociando com a pessoa física ou jurídica autora da infração contra a ordem econômica, que confessar o ilícito e apresentar provas suficientes para a condenação dos envolvidos no suposto ato ilícito. Ao infrator então é permitido colaborar nas investigações, no próprio processo administrativo, apresentando provas novas e suficientes para a condenação dos demais envolvidos, na respectiva infração. Em contrapartida, o signatário do acordo era assegurado a extinção da ação punitiva da Administração Pública, ou redução da penalidade imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), de 1/3 a 2/3 da pena.

Merece mencionar que este dispositivo foi revogado pela Lei 12.529/11. Deste modo, no caso do CADE, com base no art. 85, os responsáveis podem celebrar compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei, no âmbito de processos administrativos sancionadores. Além disso, a lei define as infrações à ordem econômica. Já no art. 86 há a previsão de acordo de leniência, propriamente dito, a ser celebrado entre o CADE e a pessoa física ou jurídica acusada de

infração à ordem econômica, desde que haja efetiva colaboração com as investigações e processo administrativo e que dessa identificação resulte: a) identificação dos demais envolvidos na suposta infração; b) a obtenção de provas documentais e informações relacionadas à atividade infrativa. O benefício outorgado ao colaborador é o mesmo da previsão anterior.

O programa tem sido importante para os esforços de combate aos atos de carteis, tendo sido assinados mais de 10 acordos desde 2003, e outros estão sendo negociados atualmente, incluindo membros de carteis internacionais. Como reflexo disso, o número de mandados de busca e apreensão tem aumentado significativamente: de 2003 a 2005, 11 mandados foram cumpridos e 2 pessoas foram temporariamente presas, em 2006, 19 mandados foram cumpridos, e, em 2007, 84 mandados foram cumpridos e 30 pessoas foram temporariamente presas por suspeita de participação no ilícito de cartel. (DIAS; DIAS, 2016, p. 102-103)

As características teóricas gerais dos acordos de leniência, previstos na legislação brasileira, especialmente na Lei do CADE e Lei Anticorrupção, são complexas e dependem na prática de análises amplas e aprofundadas para que sua aplicação seja adequada e em conformidade com o sistema jurídico brasileiro. Ainda assim, deve-se considerar as diferenças entre as modalidades de acordos previstas no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a principal distinção destes acordos na legislação de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção, diz respeito aos efeitos para o infrator colaborador.

Assim, a Lei do Cade visa restaurar a moralidade do mercado, enquanto que a presente Lei visa restaurar a moralidade do Estado. Isto posto, há diferenças fundamentais entre uma e outra lei. Na Lei de Defesa da Concorrência de 2011 o cumprimento do acordo de leniência confere imunidade penal ao acordante. Já na presente Lei essa imunidade não existe simplesmente porque a pessoa jurídica corrupta não tem, quando separada de seus dirigentes, legitimidade passiva para ser criminalmente processada. E a presente Lei, com efeito, isola a pessoa jurídica daquelas de seus dirigentes como sujeito ativo do delito corruptivo, pelo que não cabe dispor sobre imunidade penal decorrente do pacto de leniência. (CARVALHOSA, 2015, p. 373-374)

Por fim, um outro aspecto que deve-se mencionar é que no Brasil, de acordo com as palavras de Petrelluzzi e Rizek Junior (2014, p. 91-92), existe sensível resistência ao acordo de leniência, sobretudo por razões de ordem cultural e da tradição jurídica brasileira. Aponta como críticas, neste sentido, o fato de que ao passo que se constata a fragilidade e em alguns casos decadência da capacidade investigatória do Estado e ao mesmo tempo o crescimento da sensação de impunidade, as soluções alternativas trazem uma suposta falsa promessa de imediatismo, em detrimento de questões éticas. Nesse sentido, alerta que estas críticas apontam o acordo de leniência como desagregador da inter-relação moral com o Direito, visto que os

infratores serão vistos com suposta benevolência. No direito americano, por outro lado, o instituto da delação premiada, mais dirigido a pessoas físicas, e os acordos de leniência corporativa têm tido larga e profícua aplicação. No âmbito dos Estados Unidos da América há o Programa de Leniência Corporativa, criado na década de 90, e que possibilita o acordo de leniência, em especial na área concorrencial.

3.2 Administração Pública consensual e o acordo de leniência

Como ponto de partida para a presente reflexão, é necessário destacar o pensamento de Bobbio (2008, p. 26), de que o Estado atualmente “está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império”.

De forma sucinta, a referida função de garantia, versa sobre o papel do Estado contemporâneo, a partir de sua consolidada obrigação constitucional de protagonizar a efetivação de um catálogo extenso de direitos fundamentais, inclusive o direito fundamental a uma boa administração. No entanto, esta é uma acepção diversa do Estado Prestador, pois os serviços públicos, e as demais atividades que integram a atuação administrativa, como a regulação e o fomento, são indistintamente compreendidos como meios de efetivação dos direitos fundamentais.

O referido “direito fundamental a uma boa administração”, é previsto em alguns diplomas e disposições legais, tais como o art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice, 2000), o qual abrange a ideia de que os cidadãos têm direito de exigir dos órgãos e entidades da União um conjunto de posturas, tais como a garantia do contraditório em processos que digam respeito a seus interesses e também a reparação de danos eventualmente causados a Administração Pública, ideia esta que está presente na Lei Anticorrupção, inclusive no acordo de Leniência, que visa a identificação dos infratores e dos atos ilícitos de forma mais rápida, e também da reparação dos respectivos danos mencionados.

A outra função é a do Estado mediador reflexo da consensualização da atividade administrativa e propagação do princípio democrático, abrangendo também a busca pelo alargamento das bases de legitimação do próprio Estado. Assim, para a efetivação deste ideal, o Estado mediador passa a ter como incumbência não somente as de estabelecer e de conferir eficácia aos canais de participação e de interlocução com os indivíduos e grupos sociais, mas a de com eles constantemente interagir, inclusive na reparação, prevenção de danos contra a Administração Pública.

Este novo caráter que tem assumido o Estado confere funções ao Poder Público indispensáveis para a atribuição de eficácia e de efetividade às ações estatais, as quais são desenvolvidas especialmente nos campos de estreitamento das relações entre Estado e sociedade civil. Desta forma, pode-se afirmar que uma das principais tarefas da Administração mediadora é a de compor conflitos envolvendo interesses estatais e interesses privados, representando espaço de expressão do princípio da consensualização, definitivamente incluindo os particulares no processo de determinação e densificação do interesse público, o qual deixa de ser visto como um monopólio estatal, com participação exclusiva de autoridades, órgãos e entidades públicos.

Aos poucos, a concepção monopolista e autoritária, responsável por concentrar na Administração a exclusividade da decisão quanto ao interesse público e por fazê-la atuar quase sempre de modo unilateral, vem cedendo espaço aos chamados dos interessados, por meio de procedimentos formais, alguns com força vinculante, outros apenas opinativos.

O Acordo de leniência é um instrumento que está inserido neste contexto, e como ensina Marrara (2015, p. 512) nada mais é que um exemplo dos vários instrumentos da administração consensual, mecanismos estes que foram abordados de forma sucinta anteriormente, e representa instrumento de consensualização na modalidade contratual. Mas não é só isso. Seu maior distintivo é que em sua relação essencial está no âmbito de processos repressivos de polícia administrativa, no poder sancionador do Estado.

É ponto delicado deste movimento de consensualização do Estado e da atuação administrativa, instrumentos como os acordos de leniência e os compromissos de cessação de infrações. Isto porque trate-se de expressão de uma área de atuação Administrativa que ao longo da história tem sido verticalizada e unilateral, sem a cooperação dos particulares.

No Brasil, de modo especial, há vários anos atrás seria inimaginável a possibilidade de determinada autoridade pública, no espectro do Poder de Polícia da Administração, dialogar com infratores confessos no sentido de buscar a cooperação destes sujeitos nas investigações e até mesmo na repressão e prevenção de atos ilícitos contra a Administração Pública. O caminho tradicional adotado pela Administração, fundada inclusive numa visão mais restrita da indisponibilidade do interesse público, seria nos casos destas infrações inaugurar os devidos processos acusatórios e esforçar-se para levantar provas a fim de punir os reais infratores (MARRARA, 2015, p. 512).

Muito embora, deve-se fazer a ressalva de que atualmente se visualiza com mais frequência infrações com maior grau de complexidade, elaboração, sofisticação e até mesmo virtualizadas. Outro aspecto relevante é que nas fases instrutórias dos procedimentos tradicionais, que ainda vigoram, há dificuldade de se produzir provas contundentes para a apuração destas infrações, pelo respeito aos importantes preceitos constitucionais da presunção de inocência e da vedação de se obrigar alguém a produzir provas contra si mesmo. Para Marrara (2015, p. 513), esta complexidade das infrações, bem como as garantias processuais essenciais garantias, que devem ser observadas e efetivamente asseguradas, por um lado acarretam o aumento dos custos operacionais das tarefas processuais do Estado e também a menor probabilidade de sucesso nos processos administrativos acusatórios se elevou tremendamente.

Os acordos de leniência como expressão da consensualização da Administração Pública, não tem o fito de inviabilizarem estas importantes prerrogativas e garantias processuais, muito pelo contrário, de modo que caso não sejam homologados pela Administração Pública, não se implicará no reconhecimento da responsabilidade da pessoa jurídica infratora. Deve-se destacar que há a necessidade de se aprimorar este instrumento previsto na Lei Anticorrupção, pois como já se afirmou, no mundo dos fatos é estranho a necessidade de reconhecer a participação nos ilícitos e ao mesmo tempo não ser reconhecida a prática do ato ilícito investigado, caso a proposta de acordo de leniência rejeitada. Isso assegura a presunção de inocência e vedação de se obrigar alguém a produzir prova contra si mesmo, o que deve ser mantido. A questão é que na prática pode representar algo que afaste o interesse da celebração dos acordos de leniência e ao mesmo tempo, podendo significar perda da probabilidade de resultados mais efetivos nas investigações e repressão de atos de corrupção o que estaria em consonância com o princípio da consensualização e do interesse público.

Muito importante observar que houve o alargamento da incidência do princípio da consensualização da Administração Pública, inclusive com a previsão deste importante instrumento, que é o Acordo de Leniência, nesta acepção que a Lei Anticorrupção normatizou. Esclarece-se também que as técnicas de Administração Pública consensual e unilateral em muitos aspectos convivem juntas e essa possibilidade é assegurada, observando-se o sistema jurídico como um todo. Um exemplo é a própria leniência, na medida em que o acordo subsidia a formação de um ato administrativo final no processo punitivo. Sabe-se que o acordo serve principalmente para que a autoridade pública obtenha provas que facilitem a instrução e a punição. Assim, é normal que o acordo conviva com o processo e com um ato administrativo

final de natureza punitiva ou absolutória. Portanto, visualiza-se que a atuação da Administração Pública é composta por mecanismos de consensualização e de unilateralidade, que em vários momentos convivem no ordenamento jurídico.

3.3 Características do Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção

A Lei 12.846/13, que prevê essa figura do acordo de leniência, admite a celebração deste ato entre os entes federados, de um lado, por meio de seus órgãos de controle interno, que pode ocorrer de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública, e, de outro lado, a pessoa jurídica que cometeu os atos ilícitos e infrações previstas neste diploma legal, de modo que o agente infrator deverá colaborar de forma efetiva com as investigações e o processo administrativo, como ensina Oliveira (2017, p. 880).

Na Lei Anticorrupção, o acordo é incluído no art. 7º, inciso VII, entre as circunstâncias que podem ser levadas em consideração na dosimetria das sanções administrativas. Porém, deve-se salientar que o dispositivo não utiliza expressamente o termo “acordo de leniência”, mas sim uma expressão genérica, qual seja “cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações”, conforme os dizeres de Di Pietro (2017, p. 1042).

O acordo de leniência na lei está previsto, especialmente nos arts. 16 e 17, apenas com relação às investigações e aos processos administrativos instaurados, tratando-se tanto dos ilícitos descritos no seu art. 5º, atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, quanto dos ilícitos estabelecidos pela lei geral das licitações públicas, Lei 8.666/93 (SANTOS; BERTONCINI; FILHO, 2014, p. 234).

Pontua-se que é previsão expressa do art. 17 da Lei 12.846/2013 a possibilidade de a Administração Pública também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666/93 com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88. Ocorre que neste aspecto deixa de fora o art. 7º da Lei do Pregão, Lei 10.520/02, e o art. 47 da Lei do RDC, entre outros dispositivos que hoje integram o arcabouço jurídico das licitações e contratos, ressaltando-se que no caso do pregão é mais grave, já que se trata da modalidade licitatória mais utilizada na atualidade.

O art. 16 da Lei Anticorrupção dispõe que cabe à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública a possibilidade de celebração do acordo de leniência com as pessoas

jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos mencionados anteriormente, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo. Apesar de a norma dar competência para a celebração do acordo às autoridades máximas de cada órgão ou entidade pública, deve-se mencionar que no âmbito do Poder Executivo Federal, conforme preceitua o art. 16, §10, a competência para a celebração do acordo é reservada para a Controladoria-Geral da União.

No caso de aplicação desse instituto para os ilícitos da Lei 12.846/2013, cada nível de governo – federal, estadual, distrital e municipal – deverá aprovar sua própria regulamentação, pois a lei anticorrupção limitou-se a prescrever ‘a Controladoria-Geral da União – CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira’ (art. 16, § 10). (SANTOS; BERTONCINI; FILHO, 2014, p. 237)

A colaboração deve resultar em: a) identificação dos demais envolvidos na infração, quando for possível; e b) a obtenção rápida e célere de informações de documentos relevantes que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Ainda no que se refere ao art. 16 deste diploma legal, depreende-se que para a celebração do acordo de leniência deverão estar presentes vários requisitos. Conforme o §1º deste artigo, tem-se que: a) em primeiro lugar, o proponente deve ser o primeiro dos envolvidos no ilícito a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração dos fatos; b) o proponente, a partir da data de propositura do acordo de leniência, deve cessar completamente seu envolvimento na infração investigada; c) o proponente deve admitir sua participação no ilícito e cooperar de forma plena e permanente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Como já se afirmou uma possível contradição no texto legal é a questão de que para a celebração do acordo de leniência, é requisito a pessoa jurídica admitir a sua participação no ilícito. No entanto, o art. 16, §7º, fixa que o acordo não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado, caso a proposta de acordo de leniência seja rejeitada. Denota-se que no mundo dos fatos já não será mais possível se desfazer deste reconhecimento na participação do ato ilícito, apenas juridicamente, conforme previsão legal.

Embora a proposta do acordo de leniência tenha que partir da pessoa jurídica que praticou o ato danoso, pode ocorrer que o acordo não venha a ser celebrado, porque rejeitado pela Administração Pública. Nessa hipótese, estabelece o § 7º do artigo 16 que a proposta de acordo não importará em reconhecimento a prática do ato ilícito investigado. A norma é pelo menos

estranha, tendo em vista que a própria proposta de celebração de acordo já implica o reconhecimento da prática de ilícito pela pessoa jurídica ou por terceiros, sem o que a proposta seria inútil. (DI PIETRO, 2017, p. 1043)

Uma vez celebrado o acordo, o §2º do art. 16 estabelece os efeitos benéficos ao colaborador, quais sejam: a) a pessoa jurídica ficará livre das sanções previstas no inciso II do art. 6º, publicação extraordinária da decisão condenatória, e no inciso IV do art. 19, proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um ano e máximo de cinco anos; b) a pessoa jurídica terá reduzido em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

O acordo de leniência, cuja regulamentação no âmbito federal está nos arts. 28 a 40 do Decreto 8.420/15, não isenta a pessoa jurídica que o celebre de todas as consequências da infração praticada, conforme ensina Di Pietro (2017, p. 1042).

Também é válido mencionar que com relação ao inciso II do art. 16 da Lei Anticorrupção, a colaboração do infrator na investigação poderá ser levada em consideração na dosimetria da pena de multa, em razão da previsão expressa do art. 7º da lei, que por sua vez indica as circunstâncias a serem consideradas.

Deve ficar bem detalhado e documentado no acordo o tipo de colaboração que se espera do particular, uma vez que o art. 16, §4º, da Lei Anticorrupção, determina que o acordo deverá estipular as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e também o resultado útil do processo. Assim, ao final ficará mais fácil de se aferir o cumprimento do objeto do acordo de leniência.

Conforme previsão do art. 16, §5º, os benefícios recebidos pela pessoa jurídica, em decorrência do acordo de leniência, são estendidos também às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito. No entanto, há para isso a condição de que o acordo seja firmado em conjunto entre as pessoas jurídicas e respeitadas as condições nele estabelecidas.

Sabe-se que a proposta de acordo somente se tornará pública após a celebração efetiva deste instrumento negocial, conforme disposição do art. 16, §6º, que excetua somente a hipótese de interesse das investigações e do processo administrativo em antecipar a publicidade do acordo. Porém, deve-se ponderar que esta divulgação deverá ser motivada e devidamente fundamentada e justificada, sob pena de nulidade.

3.4 Consensualização e o princípio da indisponibilidade do interesse público

Um dos principais expoentes no Brasil, Bandeira de Melo, afirma (2013, p. 62) que a Administração Pública deve servir e atender ao interesse público, premissa básica que justifica o Estado e a própria Administração Pública, que só se concretiza na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram, mas também aqueles que o integrarão. Sabe-se que em última instância, destes promanam o chamado interesse público.

O princípio do interesse público ou supremacia do interesse público é previsto na Lei 9.784/99 que o coloca como um dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública, conforme preceitua o art. 2º deste diploma legal, cuja definição legal é dada pelo art. 2º, parágrafo único, inciso II, qual seja “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização em lei”. Sabe-se que este diploma legal regulamenta o processo administrativo, de modo que seus preceitos devem ser observados também nos processos previstos na Lei Anticorrupção.

O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares. (MEIRELLES, 2008, p. 105)

Sabe-se que deste preceito decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, de modo que a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela. Ainda conforme Meirelles (2008, p. 105), o titular do interesse público é o próprio Estado, que é regido pelo princípio democrático, de modo que mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia do chamado interesse público.

A supremacia do interesse público é motivo de desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados, pressuposto do Direito Administrativo, representando premissa geral do poder sancionatório do Estado. Gradativamente, esta noção clássica do interesse público e desta forma de atuação administrativa que age sob concepção monopolista, por meio do poder hierárquico e com decisões unilaterais, conforme vem se afirmando ao longo deste trabalho, vem cedendo espaço às transformações do próprio Direito e da sociedade, com a ampliação de outros preceitos como o princípio democrático e da participação popular, o princípio da consensualização dentre outros.

Vale-se neste instante dos ensinamentos de Scatolino e Trindade (2016, p. 97), que se posicionam no sentido de conformar o princípio da indisponibilidade do interesse público com os institutos de consensualização da Administração Pública, ressaltando-se também que a jurisprudência também tem admitido estes mecanismos. É necessário citar decisão do STF, que versa sobre o instituto da arbitragem, que representa este movimento de consensualização, e o referido princípio constitucional, com a seguinte ementa:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido. (STF - RE: 253885 MG, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 04/06/2002, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796).

A consensualização em si não viola qualquer princípio constitucional, nem mesmo aqueles decorrentes do poder sancionatório, poder este que é mais próximo do âmbito de atuação do acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção, assunto deste trabalho. Conforme ensina Marrara (2015, p. 512), a chamada consensualização não representa ofensa a indisponibilidade dos interesses públicos primários.

O acordo de leniência previsto no ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito do direito administrativo sancionatório, como se afirmou é expressão desta premissa de consensualização da Administração Pública.

Ensina Bittencourt (2014, p. 109) que a ideia dos acordos de leniência consigna um acordo substitutivo, ou seja, representa um ato administrativo complexo por intermédio do qual a Administração Pública, se pauta pelo princípio da consensualidade, flexibiliza sua conduta imperativa e celebra com o administrado um acordo, que tem por objeto, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, substituir nestas relações administrativas, uma conduta, que a princípio era exigível, por outra secundariamente negociável.

Por meio desta via negocial, a Administração Pública opta por uma atuação consensual, que lhe é aberta em hipóteses legalmente previstas, de sorte a tutelar, de forma mais eficiente, o interesse público primário que está a seu cargo. É relevante destacar-se que, nesses atos, a Administração não dispõe sobre direitos públicos, mas sobre as vias formais para satisfação do interesse

público envolvido. De resto, o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de previsões de acordos substitutivos [...] (MOREIRA NETO; FREITAS, 2014, p. 18)

Neste sentido, a Administração Pública faz opção por uma atuação consensual, que lhe é aberta apenas em hipóteses legalmente previstas, representando-se assim como expressão do princípio da legalidade e da juridicidade que regem a Administração Pública, além de significar tutela mais eficiente, também em consonância com outro princípio constitucional administrativo, do interesse público primário que está a seu cargo. Nesses atos, a Administração não dispõe sobre direitos públicos e normas de observância obrigatória, mas sobre as vias formais para satisfação do interesse público.

Outra observação no sentido de que o acordo de leniência satisfaz o interesse público é a questão da cessação de atos de corrupção, no tocante à Lei Anticorrupção. Atualmente o combate à corrupção, como se mencionou anteriormente, é tema debatido internacionalmente e se reconhece que esse fenômeno agrava e obstaculiza o desenvolvimento econômico e social das nações, bem como prejudica a democracia e instituições democráticas, representando-se como afronta ao próprio Estado Democrático de Direito, por romper a ética, a probidade, o bem comum, minando a supremacia do interesse público sobre o particular. Os esforços de para aperfeiçoar instrumentos de combate à corrupção através de mecanismos de prevenção e repressão estatal eram indispensáveis e continuam sendo imprescindíveis. Além disso, sabe-se que os crimes e infrações de corrupção possuem características distintas dos outros ilícitos, pois são mais difíceis de identificação, em grande parte das vezes são invisíveis e secretas, sem deixar rastros e vestígios. Os atos de corrupção traduzem-se em prejuízos diretos à coletividade e à sociedade.

No direito brasileiro observa-se avanços na edição de normas que visam concretizar a moralidade da Administração Pública, em detrimento da corrupção. A Lei Anticorrupção é um exemplo de diploma legal que contém previsões relevante, com matérias carentes de normatização em outras disposições, referentes ao combate à corrupção. O próprio acordo de leniência, cuja obrigação do colaborador é de meio e não de resultado, uma vez que independe do resultado do processo administrativo para que obtenha os benefícios da leniência, é um instrumento que aprimora o combate à corrupção, com aplicação fundada em princípios constitucionais. Sendo mecanismo lastreado e legitimado pelo ordenamento jurídico, e propiciando mais eficiência no sentido de coibir atos de corrupção, tem-se contemplada concretização efetiva do interesse público.

Por meio do acordo, ao infrator se concedem benefícios sancionatórios e, em certos casos, como na hipótese prevista na Lei 12.529, até mesmo a isenção da sanção administrativa da multa. Ressalta-se que a celebração do acordo demanda atuação criteriosa da Administração Pública, devendo propiciar que se cumpra os requisitos para a celebração do acordo de leniência da forma mais eficiente, isonômica, correta e imparcial, de modo que os termos do acordo sejam legais, proporcionais e razoáveis, especialmente em relação ao interesse público, afastando-se possíveis dúvidas teóricas e práticas acerca da legitimidade deste instrumento jurídico.

Por outro lado, conforme observa Carvalhosa (2015, p. 377), é comum se cair no equívoco de entender o acordo de leniência como uma panaceia universal, pretendendo que estendam seus efeitos também às esferas criminal, administrativa e civil. No entanto, o incentivo do acordo de leniência é o da redução das punições (*jus puniendi*), de modo que como não há no pacto efeitos além desta seara, não se pode falar em ofensa à indisponibilidade do interesse público, uma vez que o acordo de leniência não tem o condão e o objetivo de criar incentivos, mas apenas atenuação quanto às sanções para as pessoas jurídicas pactuantes, no âmbito da Lei Anticorrupção. Resta claro que o Estado ao instituir o regime de leniência, se beneficia com sua adoção, uma vez que consegue atingir em melhor escala, no caso concreto, o cerne dos delitos e infrações de corrupção praticados, daí extraíndo os seus efeitos sistêmicos.

O fundamento maior da Administração Pública é a própria satisfação do interesse público. Como se depreende, a vontade estatal deve se orientar na direção da concretização destes interesses, por intermédio das normas jurídicas, cujo cerne está no sistema democrático, expresso no art. 1º da CRFB/1988, caracterizando-se por ser, principalmente, participativo e representativo, estabelecendo a matriz legitimadora para a compreensão do interesse público. O acordo de leniência representa comando legal, com fulcro constitucional, direcionado para o atendimento ao interesse público.

Portanto, de acordo com Marrara (2015, p. 526), é importante à ciência do direito administrativo brasileiro a busca pela construção de caminhos para transformar e aperfeiçoar esses interessantes mecanismos de cooperação e de consenso, previstos no âmbito do processo sancionador, de modo que sejam aptos auxiliar o Estado na proteção, promoção e concretização dos interesses públicos primários sob sua guarda. Como se analisou o acordo de leniência em suma está em harmonia com a indisponibilidade do interesse público, ressaltando-se que ainda assim é importante manter este debate, de modo a ampliar a legitimidade, eficiência e adequação deste instituto jurídico.

CONCLUSÃO

Diante da complexidade das infrações na sociedade da informação, que se organiza em rede, em consonância com tendências e transformações do direito, em especial no processo civil no processo penal, e as experiências da Administração Pública estrangeira, o Direito Administrativo no Brasil abriu-se a um movimento de consensualização no final do século XX e início do século XXI.

A Administração Pública a partir da evolução e transformações da sociedade e das instituições, além das contribuições das diversas áreas do conhecimento, especialmente da ciência jurídica, com destaque ao direito administrativo, tem se modernizando e se aprimorando. Atualmente dá-se maior atenção aos princípios constitucionais, dentre eles os administrativos e o princípio democrático, permitindo-se a otimização da atuação administrativa. Neste sentido, identificou-se que são diversificados os instrumentos e mecanismos legais de participação e diálogo da Administração com a sociedade, como audiências e consultas públicas, cooperação de entidades da sociedade civil, participação e cooperação dos usuários na prestação de serviços públicos, orçamento participativo, ouvidorias gerais, gestão paritária de serviços e políticas públicas, assim como outros exemplos mencionados no decorrer deste trabalho. Neste contexto se insere também o instituto da arbitragem, que é regulado pela Lei 9.307/1996, principalmente após as alterações da recente Lei 13.129/2015, aplicando-se também na Administração Pública em algumas situações, e também a Lei 13.140/2015 que dispõe sobre a mediação na Administração Pública.

Denota-se que gradativamente caminha-se para a relativização da concepção unicamente monopolista e autoritária, responsável por incumbir à Administração a exclusividade da decisão quanto ao interesse público e por fazê-la atuar quase sempre de modo unilateral. Há maior preocupação com a maior participação dos chamados dos interessados no âmbito do Estado, inclusive na Administração Pública, por meio de procedimentos formais, alguns com força vinculante, outros apenas opinativos. Desta forma inclui a sociedade no processo de determinação e densificação do interesse público, o qual deixa de ser visto apenas como um monopólio do Estado, com participação exclusiva de autoridades.

A aplicação da consensualidade na Administração Pública tende a dar mais efetividade e eficiência à sua atuação, ressaltando-se que o acordo de leniência é expressão desta tendência. Conforme aponta Carvalho Filho (2017, p. 469): “Cuida-se aqui da incidência

do *princípio do consensualismo* na Administração, como tem reconhecido a doutrina, evitando-se os problemas conhecidos da via judicial. ”

É inegável que o consenso como forma alternativa de ação estatal representada para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evitam os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem). (MOREIRA NETO, 2003, p. 145)

O acordo de leniência é instrumento previsto no ordenamento jurídico brasileiro, que merece atenção a partir da promulgação da Lei Anticorrupção. Por meio desta via negocial, hipótese legalmente prevista, à Administração Pública é aberta a possibilidade de tutelar, com mais eficiência o interesse público primário.

A edição da Lei nº 12.846/2013 teve como importante premissa encarregar-se de oferecer respostas ao clamor social, e também a cumprir as determinações pactuadas pelo país perante os sujeitos internacionais no sentido de enfrentar esta grande mazela que é a corrupção. Nota-se que além disso que este diploma legal inovou e aprimorou a responsabilização de pessoas jurídicas. Como se percebe no contexto histórico, estas se beneficiam de atos infracionais praticados por seus agentes, muita das vezes sem a devida responsabilização.

Por sua vez, deve-se abordar que a corrupção está associada à fragilidade e decadência de padrões éticos de determinada sociedade, logo, comportamento oposto aos deveres que protegem o interesse público. A deterioração dos princípios que convergem à promoção do interesse público é o cerne da corrupção. De forma que a corrupção tem ligação com a confusão que se faz entre o que é público e o que é privado, uma vez que sua principal finalidade é traduzir-se em benefícios, normalmente de ordem econômica, aos particulares que possibilitam, fomentam e participam da apropriação dos recursos públicos. Certo é que o combate à corrupção deve envolver não apenas o Estado, mas toda a sociedade, porquanto é também um problema de natureza cultural.

Neste contexto, depreende-se que se objetivou avaliar este movimento de consensualização da Administração Pública, a Lei Anticorrupção como diploma legal relevante no sentido de coibir atos de corrupção por pessoas jurídicas, e a abrangência do acordo de leniência, em especial na legislação mencionada.

Ainda assim, pode-se reiterar que a figura do acordo de leniência apresenta natureza consensual que envolve o Poder Público e uma pessoa jurídica. Sua vinculação à prática de ilícito não é incompatível com a figura de um acordo, em sentido amplo, e também não é conflitante com o princípio da indisponibilidade do interesse público, princípio basilar da Administração Pública. O acordo de leniência é inspirado no direito norte-americano, adotado também em inúmeros países, permitindo ao infrator colaborar na investigação de ilícitos administrativos ou penais, de modo que favorece o interesse público na investigação das infrações e responsabilização dos infratores, consoante entendimento de Di Pietro (2017, p. 1042).

O acordo propicia ao Estado a obtenção de informações que dificilmente seriam obtidas de outro modo, pretende também a cessação do ilícito e facilita a recuperação dos prejuízos sofridos pelos cofres públicos, posição essa adotada por Justen Filho (2016, p. 317). Também é importante destacar que o acordo de leniência não isenta a pessoa jurídica que o celebre de todas as consequências do ilícito que praticou. Desta forma, sabe-se que o acordo não exime a pessoa jurídica da pena de multa, esta na esfera administrativa, nem das penas previstas para a responsabilização civil, na esfera judicial, previstas no art. 19, incisos I a III. Ressalta-se que a colaboração do infrator na investigação pode ser levada em consideração na aplicação das sanções, na dosimetria da pena de multa, conforme previsão no art. 7º da lei 12.846/13, mas o acordo de leniência não isenta a pessoa jurídica do dever de reparar integralmente o dano.

O Brasil, em sintonia com outros Estados, optou por via de caráter mais utilitarista, no tocante à possibilidade de celebração de acordo de leniência no âmbito do processo administrativo punitivo, no caso da Lei Anticorrupção quanto a atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas contra a Administração Pública. Assim, permite-se diálogo com um infrator com visando enriquecer o processo e lograr com mais provas e informações pertinentes à apuração dos fatos, possibilitando-se a identificação de maior número de infratores, quando houver, além de punições cabíveis e justas, bem como maiores chances de se recuperar os prejuízos sofridos pela Administração. A negociação não tem o condão de beneficiar de forma livre o infrator, não dispondo dos interesses públicos que cabe à Administração e à sociedade zelar. Não há omissão na execução das funções públicas. Negociar sim, mas com o intuito e o objetivo de obter suporte à execução bem-sucedida de processos acusatórios e atingir um grau possivelmente mais satisfatório de repressão de práticas ilícitas altamente nocivas que

difícilmente seria possível descobrir pelas vias tradicionais que ainda são necessárias e convivem com o acordo de leniência.

Mesmo assim, deve-se admitir, finalmente, que há algumas possíveis falhas e questões a serem observadas quanto aos acordos de leniência, dentre elas o fato de que a pessoa jurídica para celebrar o acordo deve admitir sua participação e cooperar plenamente e permanentemente com as investigações. Esta necessidade de admitir a participação pode traduzir-se em óbice na prática para despertar o interesse da pessoa jurídica para a concretização do acordo. Além disso, há direito fundamental muito relevante, o qual dispõe que ninguém é obrigado a produzir prova contra si. Neste sentido, percebe-se que o acordo precisa ser compreendido de forma ampla, sempre em sintonia com o cumprimento dos direitos fundamentais e na busca de maior efetividade e eficiência deste mecanismo.

Entretanto, como se anotou o instituto do acordo de leniência na Lei Anticorrupção representa meio capaz de aperfeiçoar a atuação administrativa, traduzindo-se em mecanismo que se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio, incluindo-se o princípio do interesse público.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000

BRASIL. Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

DEMATTE, Flávio Rezende. **Responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção: A Lei nº 12.846/2013 segundo o direito de intervenção**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

DIAS, Ronaldo Garcia; DIAS, Ronaldo Mayrink Castro Garcia. **Comentários sobre a lei anticorrupção**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 13. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988. v. II

FRANCISCO. **Carta encíclica *Laudato Si***. São Paulo: Paulus, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARRARA, Thiago. **Acordos de Leniência no Processo Administrativo Brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes**. Revista Digital de Direito Administrativo - RDDA, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 509-527, jun., 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/99195/98582>>. Acesso em: 20 de maio 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

MOREIRA, Ergon Bockman. **O princípio da moralidade e seu controle objetivo**. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Org.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 99-107.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 231, jan/mar 2003, p. 129-156. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>>. Acesso em: 20 de maio 2017.

_____; FREIRAS, Rafael Vêras de. **A juridicidade da Lei Anticorrupção** – Reflexões e interpretações prospectivas. Revista Fórum Administrativo – FA. Belo Horizonte, ano 14, n. 156, fev 2014, p. 9-20. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wpcontent/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptao.pdf>. Acesso em: 12 de junho de 2017.

NAÇÕES UNIDAS ESCRITÓRIO CONTRA DROGAS E CRIME. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. 2003. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2017.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). **Lei Anticorrupção empresarial aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NUNES, Antônio Carlos Ozório. **Corrupção: o combate através da prevenção**. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Org.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 15-35.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Método, 2017.

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

PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Org.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; FILHO, Ubirajara Costódio. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA, Angela Maria; PINHEIRO, Maria Salete de Freitas; FRANÇA, Maira Nani. **Guia para normalização de trabalhos técnico-científicos**: projetos de pesquisa, trabalhos acadêmicos, dissertações. Uberlândia: EDUFU, 2013.