



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito
Curso de Mestrado Acadêmico

**O DIREITO ANTICORRUPÇÃO E A CONCERTAÇÃO
ADMINISTRATIVA:**

A aplicabilidade do acordo de não persecução cível nos Processos
Administrativos de Responsabilização de Entes Privados

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
como requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito, elaborada sob a orientação do
Prof. Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto.

Linha de Pesquisa: Linha 4 – Transformações na
ordem social e econômica e regulação. Sublinha 1
– Regulação e Transformações na Ordem
Econômica

Brasília
2023

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
1 FENÔMENO DA CORRUPÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL ANTICORRUPÇÃO	6
1.1. O Fenômeno social da corrupção.....	6
1.1.1. Considerações iniciais	6
1.1.2. Conceito de corrupção	9
1.1.3. Efeitos e importância do combate da corrupção no setor público.....	13
1.2. Direito Fundamental Anticorrupção	17
1.3. Corrupção privada: aspectos gerais	25
1.4. Considerações finais	27
2 O DIREITO ANTICORRUPÇÃO E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR (DAS)	29
2.1. Introdução	29
2.2. O Sistema Brasileiro Anticorrupção	31
2.2.1. Aspectos gerais da organização sistêmica do arcabouço normativo de combate à corrupção.....	31
2.2.2. Fontes formais do Direito Anticorrupção.....	33
2.2.3. Competência legislativa para edição de normas anticorrupção	39
2.2.4. O Sistema Brasileiro Anticorrupção	42
2.3. O Direito Administrativo Sancionador – DAS	45
2.3.1. Evolução e Desenvolvimento do Direito Administrativo Sancionador	45
2.3.2. Os sistemas de responsabilização do Direito Administrativo Sancionador ..	51
2.4. O Direito Administrativo Sancionador Anticorrupção (da Improbidade)	60
2.4.1. Considerações iniciais	60
2.4.2. Histórico do DAS anticorrupção	61
2.4.3. Fatores do desenvolvimento do DAS anticorrupção.....	64
2.4.4. Microsistema anticorrupção cível-administrativo	70
2.5. Teoria do Diálogo de Fontes.....	74
2.4. Considerações finais	79
3 A CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR .	81
3.1. Evolução e contextualização da consensualidade no Direito Administrativo Sancionador	81
3.2. Os elementos justificadores da consensualidade do DAS	84
3.2.1. Considerações iniciais	84

3.3.2. A ressignificação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.....	85
3.3.3. O Princípio da participação e o processo administrativo.....	87
3.3. Pressupostos teóricos da consensualidade no DAS.....	89
3.3.1. Eficiência.....	89
3.3.2. Participação deliberativa.....	90
3.3.3. Atuação consensual como mecanismo de governança pública.....	91
3.5. Poder Geral Consensual da Administração Pública.....	94
3.5.1. Princípio Constitucional da Consensualidade.....	94
3.5.2. O Poder Geral Consensual.....	95
3.6. O “compromisso” – o instrumento geral de consenso previsto no artigo 26 da LINDB.....	100
3.6.1. Considerações iniciais.....	100
3.6.2. O veto ao inciso II do § 1º do artigo 26 da LINDB.....	103
3.6.3. Modalidades de acordos administrativos.....	106
3.6.4. Hipóteses de cabimento do “Compromisso”.....	107
3.6.6. Do instrumento do “compromisso”: do dever de proporcionalidade.....	110
3.6.7. Do instrumento do “compromisso”: as cláusulas e efeitos.....	112
3.6.8. Do dever de motivação das decisões administrativas.....	114
3.7. Considerações finais.....	115
4 A CONSENSUALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDADE (PAR) DA LEI Nº 12.846/2013.....	118
4.1. Introdução.....	118
4.2. O processo de apuração de responsabilidade de pessoas jurídicas.....	120
4.2.1. Regulamentação.....	121
4.2.2. Hipóteses de cabimento e campo de incidência.....	122
4.2.3. Competência para instauração e julgamento.....	123
4.2.4. Fases do processo administrativo de responsabilização.....	124
4.2.5. Outros aspectos processuais do PAR.....	130
4.3. O acordo de leniência previsto (Lei nº 12.846/2013).....	131
4.4. O acordo de não persecução civil – ANPC (Lei nº 8.429/1992).....	137
4.5. Considerações finais.....	148
5 CONCLUSÕES.....	150
REFERÊNCIAS.....	153

INTRODUÇÃO

O presente estudo foi estruturado em dois grupos de ideias. O primeiro grupo, integrado pelos capítulos 1 e 2, trata do fenômeno da corrupção, seus perversos efeitos sobre o Estado de Direito, que impedem a concretização dos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição Federal, e, nessa perspectiva, da existência de um direito fundamental anticorrupção e sua tutela pelo sistema brasileiro anticorrupção, metodologicamente, estruturado em microssistemas. Na sequência, aborda-se a relação do direito administrativo sancionador - DAS e o combate à corrupção, sua estruturação em sistemas de responsabilização e a inserção, no DAS, do microssistema cível-administrativo, integrante do sistema brasileiro anticorrupção. Por fim, tendo como pressuposto a organicidade e sistematização do sistema brasileiro anticorrupção, analisa-se a aplicabilidade da Teoria do Diálogo de Fontes com o escopo de verificar a possibilidade da comunicabilidade entre os institutos de consensualidade previstos no microssistema anticorrupção.

O segundo grupo, composto pelos capítulos 3 e 4, trata da consensualidade no direito administrativo sancionador, abordando os pressupostos que a justificam como instrumento de solução de conflitos da Administração Pública e os principais espaços de consenso. Aborda-se também o reconhecimento da existência do poder geral de consenso no ordenamento jurídico pátrio. Por fim, analisa a consensualidade dentro do microssistema cível-administrativo anticorrupção, especificamente no processo de apuração de responsabilidade de pessoas jurídicas previsto na Lei nº12.846/2013.

De forma mais detalhada, inicialmente, tem-se a contextualização e o conceito do fenômeno da corrupção, demonstrando o quão danosa essa prática é para sociedade, atingindo todas as esferas de atuação estatal: social, econômica e política. Dentro dessa perspectiva, busca-se estabelecer o atual marco normativo pátrio de combate à corrupção, estruturado em microssistemas, integrado precipuamente pela Lei de Improbidade Administrativa e pela Lei Anticorrupção.

A solução consensual de conflitos é instituto em franca evolução, principalmente, em razão da demora e da falta de efetividade na conclusão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário, ocasionada pela sobrecarga de processos e pela insegurança jurídica na instabilidade da jurisprudência pátria, onde não são raros os casos em que há reversão de entendimentos consolidados há vários anos, quiçá décadas, sem a devida modulação dos efeitos da decisão.

Verificada a abertura de espaços de consenso, evidencia-se sua utilização como ferramenta para o combate da prática da corrupção, notadamente em atendimento aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro perante a comunidade internacional.

Importante destacar que, no âmbito do direito administrativo sancionador - DAS, a consensualidade vem firmando seus esteios, com evidentes ganhos para a sociedade em razão do atingimento do interesse público de forma efetiva e célere.

Aliás, esse ambiente propício à consensualidade somente foi possível em razão da modernização do direito administrativo, fundamentalmente lastreado nos movimentos ocorridos no século passado de constitucionalização do direito administrativo, do posicionamento do processo administrativo na centralidade do direito administrativo, da introdução do princípio da eficiência no ordenamento constitucional pátrio e da ressignificação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

No ordenamento jurídico pátrio, diversos espaços consensuais foram criados, figurando a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB como a regra geral consensual, nos termos do artigo 26, que disciplinou o compromisso. Diante desse panorama geral, no processo de responsabilização de pessoas jurídicas, previsto na Lei Anticorrupção, é possível a celebração dos chamados acordos de leniência, que ganharam notoriedade com a Operação Lava-Jato. Atualmente esses acordos vem sendo objeto de críticas, pois teriam sido firmados sem critério na definição do prejuízo ao erário para fixar os valores a serem ressarcidos e não teriam observado o princípio da preservação das empresas, essenciais para o desenvolvimento econômico e social da sociedade brasileira.

Recentemente, a Lei de Improbidade Administrativa foi modificada, com a mudança estrutural na tipificação do ato de improbidade, trazendo importante espaço de consensualidade, consubstanciado na introdução no ordenamento jurídico pátrio do acordo de não persecução cível - ANPC.

Por fim, pretende-se com o presente trabalho verificar a possibilidade de aplicação do ANPC, previsto na Lei de Improbidade, ao processo de apuração de responsabilidade de pessoas jurídicas, considerando que as normas de combate à corrupção devem ser entendidas como um microsistema, em que, não havendo incompatibilidade entre elas, podem ser aplicadas nos diversos procedimentos existentes para apuração e aplicação de sanções.

1 FENÔMENO DA CORRUPÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL ANTICORRUPÇÃO

1.1. O Fenômeno social da corrupção

1.1.1. Considerações iniciais

O fenômeno da corrupção, “tradicionalmente associado ao uso de prerrogativas decorrentes do cargo, emprego, função pública ou mandato político para obtenção de vantagens indevidas”, é observado ao longo da história de todos os tipos de governo (PINHEIRO e ZIESEMER, 2022, p. 17).

A corrupção, como veremos adiante, pode ser classificada como fenômeno social e está presente na sociedade brasileira ao longo de toda sua história, do Brasil colônia até os dias atuais.

Inúmeros casos de corrupção no Brasil ganharam notoriedade, conforme enumera Scacchetti em sua dissertação de mestrado na Universidade de Brasília, após percuciente pesquisa sobre o histórico da corrupção no Brasil, no período de 1987 a 2019. Podem ser citados, nesse período, os casos de corrupção do Ministério das Comunicações, o “Dossiê Chiarelli”, o caso “Ibraim Abi-Ackel”, o caso do contrabando das pedras preciosas, o caso conhecido como “Esquema PC”, o caso Sivam, a compra de votos do parlamento para a aprovação de emenda constitucional a fim de aprovar a reeleição no país, a existência de “caixa-dois” para o financiamento das campanhas eleitorais, o pagamento de propinas para a privatização das empresas Telebrás e Vale do Rio Doce e os desvios do erário ocorridos perante a Sudam e Sudene, caso “Waldomiro Diniz”, o chamado esquema do Mensalão, e o notório caso da Operação “Lava-Jato”¹.

¹ “Dentre todos, cito, à título de exemplo, as prisões, condenações e recolhimento ao cárcere de agentes políticos ocupantes dos mais elevados níveis da federação (ex-Presidentes da República; Ex-Presidentes da Câmara dos Deputados; Senador líder do Governo de plantão, Deputados Federais, Governadores e, até mesmo, quase um Tribunal de Contas inteiro, caso do Estado do Rio de Janeiro), bem como de empresários tidos como bem-sucedidos e donos de verdadeiros “impérios” comerciais, alguns com ações “além-mar”, como era o caso da empreiteira Odebrecht; o impeachment da então Presidente da República, Sra. Dilma Roussef, pela prática de crime de responsabilidade (as chamadas “pedaladas fiscais”); a absolvição do sucessor, Sr. Michel Temer, pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) da acusação de abuso de poder político e econômico na campanha presidencial de 2014, com o voto de minerva do Sr. Ministro Gilmar Mendes (então Presidente da Corte), não pela improcedência da acusação ou ausência de provas, mas pela “necessidade” de manutenção da “governabilidade” do país; a apresentação de 03 (três) denúncias criminais pela Procuradoria Geral da República contra o então Presidente da República em exercício, Sr. Michel

A importância do combate à corrupção para a população brasileira é pública e notória. O problema transcende a tentativa de se evitar o desvio do dinheiro público. A prática da corrupção tem potencial de influenciar, inclusive, no processo eleitoral, criando situações de desequilíbrio na disputa pelo abuso do direito econômico, resultando na perpetuação no poder dos agentes públicos corrompidos, em flagrante ofensa ao regime democrático.

A preocupação com a prevenção e repressão da corrupção é permanente, mormente em razão dos escândalos já vivenciados, marcada indelevelmente pelos dados históricos (passado), dos fatos que vem sendo presenciado (presente) e da perspectiva de que as instituições do Estado Brasileiro que atuam na fiscalização da corrupção estejam sendo desmontadas, ou seja, do que está porvir (futuro) (PINHEIRO e ZIESEMER, 2022, p. 3). “O brasileiro está farto de suportar denúncias de corrupção. Elas atingem todos os poderes e permeiam todas as instituições” (NALINI, 1999, p. 454).

Corroborando a atual ideia de perspectiva negativa no combate à improbidade, Pinheiro e Ziesemer (2022, p. 1) destacam, como resultado desse movimento de enfraquecimento do Estado, “a aprovação e a sanção da Lei nº 14.230/2021, que promoveu 192 modificações formais na Lei nº 8.429/92, o que faz com que tenhamos, de fato, uma Nova Lei de Improbidade Administrativa”.

Ainda nessa linha, a percepção negativa da população sobre a corrupção é elevada. Segundo pesquisa do IBOPE, em 1989, 20% dos eleitores brasileiros enxergavam a corrupção como um dos cinco maiores problemas do país; em 2017, verificou-se um aumento relevante desse percentual, que saltou para 62% (IBOPE, 2017).

Merecem registros os dados colhidos do Índice de Corrupção Global - IPC. O IPC consagrou-se como o principal indicador de corrupção no mundo, tendo sido criado em 1995 e, até o presente momento, é conduzido pela Organização Transparência

Temer, pela suposta prática de atos de corrupção e ilícitos correlatos, alguns deles cometidos no exercício da Presidência da República; prisão de um assessor político que detinha um banker financeiro com mais de R\$51.000.000,00 (Cinquenta e um milhões de reais, em cédulas de R\$100 - cem reais - e R\$50 - cinquenta reais), cujo valor foi ultrapassado, recentemente, pela descoberta de outro banker similar com mais de R\$100.000.000,00 (Cem milhões de reais), sendo que o primeiro era ligado ao Governo Michel Temer e o outro ao PSDB; a manutenção, à unanimidade de órgão fracionário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da condenação decretada ao ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, inclusive com aumento de pena, no famoso “Caso Tríplex do Guarujá”, por corrupção e lavagem de dinheiro, que resultou no posterior reconhecimento de sua inelegibilidade e o conseqüente indeferimento do seu registro de candidatura ao cargo de Presidente da República nas eleições de 2018; por fim, os sucessivos episódios de prisão preventiva e soltura posterior do Ex-Presidente Michel Temer por supostos atos de corrupção, iniciados em 22/02/2019 e cujo último capítulo deu-se no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 14/05/2019, com a revogação da segregação cautelar e imposição das medidas cautelares de recolhimento do passaporte e de contato com outros investigadores” (PINHEIRO, 2019, p. 13)

Internacional, órgão com sede mundial em Berlim e que desde 2016 possui uma seção sobre Brasil.

Segundo o referido índice, em 2018, o Brasil passou a ocupar a 105ª posição no ranking mundial, ficando ao lado de países como Timor-Leste, Zâmbia e El Salvador. Na época, entendia-se que “a tendência era de que o Brasil perderia ainda mais pontos a curto prazo, até que efetivamente se instaurassem ações efetivas para acabar com as práticas que já estavam institucionalizadas na Administração Pública direta e indireta. Como se trata de um índice de percepção da corrupção, os desdobramentos das investigações do mensalão e, principalmente, da Operação Lava-Jato, contribuem para esse cenário” (ZANONI, 2019).

Segundo a Transparência Internacional (2023), o Brasil, entre 2012 e 2022, perdeu 5 pontos no Índice de Percepção da Corrupção, caindo 25 posições e passando da 69ª para a 94ª colocação. Os 38 pontos alcançados pelo país em 2022 representam um desempenho ruim, se comparado com a média global (43 pontos), a média regional para América Latina e Caribe (43 pontos), a média dos BRICS (39 pontos) e ainda mais distante da média dos países do G20 (53 pontos) e da OCDE (66 pontos) (BRASIL, 2022).

O Relatório do Índice de Percepção a Corrupção do ano de 2022 busca demonstrar que a corrupção diminui a capacidade do Estado de proteger seus cidadãos.

Diante desse contexto, é inquestionável a relevância do tema do combate à corrupção no Brasil, o que demonstra a necessidade de um sistema de combate estruturado, que permita a adoção de modernas medidas de combate e prevenção, de modo a impedir os graves prejuízos causados à sociedade brasileira, notadamente pelo enfraquecimento das instituições, que atentam de forma direta contra a consolidação e concretização do Estado Social e Democrático Brasileiro, por dificultar, ou até mesmo impedir, a consecução dos direitos fundamentais e sociais instituídos pela Constituição Federal².

Nessa perspectiva, merece destaque a ainda atual lição do saudoso Ministro Teori Zavaski, no sentido de que

[o] adequado funcionamento das instituições é condição essencial ao Estado Democrático de Direito. À democracia (governo do povo e para o povo) não basta um estatuto jurídico que organize o Estado e que distribua, entre seus

² No IPC/2023, a Transparência Internacional conclui que o combate à corrupção, a promoção da transparência e o fortalecimento das instituições são ações essenciais para o pleno desenvolvimento das sociedades. (BRASIL, 2023)

vários organismos, as competências para o exercício do poder. A Constituição é apenas a face formal do Estado Democrático. A democracia verdadeira é a democracia vivenciada, a que se realiza na prática, a que decorre do desempenho eficiente das funções estatais em busca dos grandes objetivos da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades, a promoção do bem de todos (CF, art. 3º). E entre os vários **pressupostos para que isso ocorra, um deles é certamente a existência de um governo probo**, que zele pelo patrimônio público (*res publica*) e que adote, em suas práticas, os princípios da boa administração: legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência (CF, art. 37). **O direito a um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas tem, nesse sentido, natureza transindividual – decorrendo, como decorre, do Estado Democrático de Direito, ele não pertence a ninguém individualmente: seu titular é o povo, em nome e em benefício de quem o poder deve ser exercido** (ZAVASCKI, 2017, p. 100) (grifo nosso)

Diante desse quadro, emerge o Direito Administrativo Sancionador da Improbidade, integrante do sistema de combate à corrupção brasileiro, como protagonista de um arcabouço jurídico, integrado por instrumentos eficientes para o combate dessa nefasta prática que corrói a sociedade brasileira.

Nesse primeiro capítulo busca-se esclarecer o conceito do ato de corrupção, trazendo dados históricos e suas principais configurações. Em seguida, pretende-se demonstrar os principais efeitos da corrupção na sociedade brasileira, evidenciando a inafastabilidade do seu efetivo combate.

Questão atual e em voga que merece breves linhas, de forma a situá-la no panorama geral do combate à corrupção, refere-se à corrupção privada, recentemente positivada no nosso ordenamento jurídico com a sanção do marco legal dos esportes.

Por fim, diante da relevância do combate à corrupção na comunidade internacional, discorre-se sobre a Teoria do Direito Fundamental Anticorrupção, buscando demonstrar sua origem, sua estrutura e os efeitos no ordenamento ao posicioná-lo a nível de direito fundamental, com influxos em todo o ordenamento jurídico pátrio.

1.1.2. Conceito de corrupção

Semanticamente, corrupção significa o ato ou efeito de corromper, decomposição, putrefação. Termos como devassidão, depravação, perversão, suborno ou peita também são utilizados. A origem seria o latim *rumpere*, equivalente a romper, dividir, quebrar, gerando o termo *corrumpere* com o significado de alteração, desunião, decomposição (NALINI, 1999, p. 440).

Os indivíduos de todos os matizes sociais, econômicos e políticos tem alguma noção sobre o ato de corrupção, sendo inquestionável o sentimento de repulsa que essa prática lhes provoca. É indiscutível que a corrupção traz consequências maléficas para a administração pública, pois repercute diretamente na atuação do Estado, dificultando, ou até inviabilizando, a instituição de políticas públicas, o que impede a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil, elencados na Constituição Federal, especialmente os objetivos de garantia do desenvolvimento nacional, da redução das desigualdades sociais e regionais e, por fim, da erradicação da pobreza e da marginalização.

Na mesma linha, “a corrupção é um grave problema, que ameaça a estabilidade e a segurança das sociedades, enfraquece as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça, comprometendo o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito” (BERTONCINI, p. 2).

Em certa medida, segundo entendimento geral, não é descabido afirmar que à corrupção pode ser atribuído o fracasso do Estado Brasileiro em promover as políticas públicas necessárias à materialização dos direitos fundamentais da população.³

A corrupção é apresentada como uma prática com constante presença nas relações entre o Poder Público e o setor privado. Sem dúvidas, o ideário popular aponta para a situação em que todos os governantes são corruptos ou corrompíveis, decorrendo daí, para grande maioria, que não é possível ganhar a vida honestamente a vida (NALINI, 1999).

O estudo do fenômeno da corrupção, sob essa ótica, torna-se imperioso, de forma a permitir sua melhor compreensão e, por conseguinte, o desenvolvimento de fórmulas eficazes e eficientes de combate (repressivas e preventivas).

As práticas corruptivas, invariavelmente, estão atreladas em ganhar um benefício, não necessariamente econômico, podendo ser um benefício de qualquer natureza, tal como política, profissional, independentemente de um ganho expressivo (SENÃ, 2002, p. 33) e tradicionalmente a vantagem obtida está vinculada ao uso das prerrogativas funcionais derivadas do cargo, emprego ou função pública e ao cargo eletivo (PINHEIRO e ZIESEMER, 2022, p. 17).

³ Segundo Lins (2021, p. 9), “A realidade social do cidadão brasileiro tem revelado que o Poder Público não vem exercendo com plenitude o seu papel de promover políticas públicas essenciais à concretização dos direitos sociais, os quais possuem como característica intrínseca a prestação positiva do Estado para sua implementação. Vale dizer, conforme a lição de Alves Júnior, são direitos fundamentais de segunda geração que impõe um facere estatal”.

Ainda segundo Nalini,

[a] corrupção constitui, primordialmente, um fenômeno socioeconômico. Aparece quando e onde aparece o dinheiro. À medida que aumenta o volume do meio circulante, com que a sociedade enriquece, cresce, paralelamente, o nível de corrupção, a ponto de se tornar um mal endêmico e institucionalizado. (NALINI, 1999, p. 440)

O conceito de corrupção se apresenta de forma árida aos instrumentos da ciência política e da sociologia, na medida em que diversas práticas sociais e políticas podem ser consideradas corrupção.

No senso comum e de forma abrangente, a corrupção representa a sobreposição dos interesses privados ao interesse público. Condutas como, por exemplo, nepotismo, clientelismo, desvio de recursos, fraudes e todo tipo de desonestidade do homem público podem ser nomeadas como corrupção. Evidencia-se, de forma cristalina, a imprecisão do conceito (BATISTI, 2017).

A doutrina é enfática em ressaltar a dificuldade de se estabelecer um conceito uniforme de corrupção⁴, mormente em razão da complexidade do fenômeno, que existe desde a Antiguidade e que pode ser estudado sob diversos parâmetros – sociológico, econômico, jurídico e político (LIVIANU, 2018, p. 30-31).

Araújo (2011, p. 209), afirma que

[d]ada a amplitude semântica do termo e a equivocidade de seu conceito, a corrupção é objeto de preocupação das Ciências Sociais, da Comunicação, da Economia, da Teoria do Estado e da Ciência da Administração. Como fato social e econômico, é tratada por diversas organizações que a definem segundo seus critérios e suas visões” (ARAÚJO, 2011, p. 209).

O conceito de corrupção variou no tempo (época) e no espaço (contexto social), conforme consignado por Lins, sendo certo que “aquilo que, outrora, se entendia por corrupção pode, hodiernamente, não se enquadrar como tal e vice-versa”. (LINS, 2021, p. 14). Na mesma linha, “a adjetivação de algumas práticas como corruptas e sua eventual reprovação pela opinião pública variam de país para país, e não necessariamente implica-se que elas sejam consideradas crimes pelo Direito Penal” (ARAÚJO, 2011, p. 209).

⁴ No sentido ético, Nalini (1999, p. 440) esclarece que “Seja qual for a análise das correntes que se têm preocupado com a conceituação convergem as conclusões para ponto único: a corrupção é podridão e desvio, degradação pessoal ou social. Pois os graus que ela atinge admitem inúmeras variantes. Assim, com o comportamento individual, sob perspectiva moral, pode ocorrer tanto no setor público com o no privado”.

Não obstante a dificuldade na conceituação da corrupção, entende Lins (2021, p. 14) que é possível reunir elementos em comum nas variações apresentadas ao termo corrupção, convergindo para três perspectivas de definições: (i) com foco no interesse público, (ii) com base em regulamentações formais e (iii) baseadas na opinião pública⁵.

Por sua vez, Livianu, baseado na obra “Ética Pública y Corrupción” de Villoria Mendieta (1999), afirma que a definição de corrupção pode ser classificada em quatro grupos, quanto: (i) ao abuso de cargo público ou ao não cumprimento de normas jurídicas por parte dos responsáveis públicos, (ii) aos aspectos do mercado, objetivando a análise econômica da corrupção, (iii) à proteção do interesse geral, correlacionada à atuação de agente público, ocupante de cargo público, quando é induzido a atuar em favorecimento de quem o financia, e (iv) aos aspectos históricos e sociológicos e vinculado à percepção social, uma vez que os critérios sobre corrupção não possuem padronização no mundo, variando de país para país (LIVIANU, 2018, p. 30).

Lins (2021, p. 17)⁶, após elencar vários parâmetros e correntes para conceituar a corrupção, concluiu que o autor argentino Garzón Valdés apresenta o conceito mais completo e convergente, por reunir aspectos utilizados pelas diversas correntes. Entende que o conceito de corrupção, para que seja adequado à sua complexidade, deve levar em consideração os seguintes parâmetros: (i) sistema normativo relevante, (ii) poder de decisão, (iii) deveres posicionais, (iv) participação de outros agentes, (v) a obtenção de benefícios extrapositionais e (vi) clandestinidade (LINS, 2021, p. 16-17).

Explicitando a correlação entre os aspectos invocados por Lins, tem-se que a vinculação do termo corrupção ao sistema normativo vigente é intrínseca, na medida em que a conduta somente se caracterizará como ilícita se for contrária às normas que disciplinam ou regulamentam a atividade. A conduta corrupta deve ser praticada por

⁵ Segundo Lins (2021, p. 14), a corrupção gera o comportamento desviante, que se associa a uma particular motivação em detrimento do interesse público. O ato corrupto seria a mercancia do espaço público em troca de benefícios ou interesses privados. Essa definição demandaria a delimitação do conceito de interesse público, conceito jurídico indeterminado, o que atrairia dificuldades para precisão do termo. No que se à segunda perspectiva, correlação com violação a atos normativos, ela parte da premissa da existência de uma lei ou regulamentação administrativa, que se violada, para atendimento a interesses de terceiros. Por fim, quanto à terceira perspectiva, em que a corrupção está ligada a reprovabilidade da conduta pela opinião pública, ela se desenvolve a partir dos ensinamentos de Heidenheimer, que apresentou a definição de corrupção em três espécies, dependendo do grau de reprovabilidade da opinião pública: a) branca, cinza e negra.

⁶ “A despeito disso, entende-se possível encontrar o conceito para o termo que seja adequado à sua complexidade, que passa ao nosso olhar por cada uma das linhas conceituais aqui expostas, em tom de complementariedade, sendo que uma perspectiva não é capaz de excluir a outra. E nesse sentido, o autor que conseguiu reunir todos esses elementos conceituais foi Ernesto Garzón Valdés, razão pela qual, liga-se às suas lições o conceito de corrupção que se adota para fins referencial do presente estudo” (Lins, 2021, p. 17).

agente público, com poder decisório decorrente do dever posicional que lhe foi atribuído pelo sistema normativo. Dessa forma, o agente público, ao decidir de forma clandestina, em benefício próprio ou de terceiros buscando vantagens extrapositionais, pratica o delito de corrupção.

Diversas correntes doutrinárias têm se debruçado sobre o tema na tentativa de se estabelecer um conceito adequado. Para o objetivo do presente trabalho, consistente no exame do processo de apuração de responsabilidade, previsto na Lei nº 12.846/2013, o conceito apresentado por Livianu (2018) se apresenta coerente, no sentido de que corrupção é “[o] comportamento sistemático e reiterado de violação da moralidade administrativa por parte do funcionário público, no seu sentido amplo, que causa danos sociais relevantes, atingindo o sistema social e as estruturas do Estado”.

De outra parte, Bertoncini destaca ainda que improbidade administrativa

é o gênero dos atos ilícitos sujeitos a um regime jurídico especial de natureza sancionatória, atos esses consistentes no enriquecimento ilícito, no prejuízo ao erário, na violação de princípios da Administração Pública, na afetação da igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais, no desatendimento das diretrizes da política urbana e no descumprimento das normas de responsabilidade fiscal. Isso, certamente, é mais do que ordinariamente se concebe como corrupção administrativa, peita ou suborno.
(...)

A improbidade administrativa é uma categoria especial do Direito Administrativo brasileiro, desconhecida de outros países. Objetiva combater a corrupção administrativa, contra aqueles que se enriquecem ilicitamente, que malbaratam ou dilapidam o patrimônio público; tem como fim preservar o regime jurídico administrativo, em especial quando protege os princípios constitucionais da finalidade, da publicidade, do concurso público, da prestação de contas e da responsabilidade fiscal, bem como nos casos em que as diretrizes da política urbana não são cumpridas; também tem por finalidade proteger a igualdade e a legitimidade nas eleições, em última ratio, velando pelo direito fundamental à Democracia. (BERTONCINI, p. 7).

Assim, tendo em vista a evidente vinculação dos termos improbidade administrativa e corrupção, é possível afirmar que “a expressão improbidade administrativa o designativo técnico da corrupção administrativa”. (BERTONCINI, p. 2).

1.1.3. Efeitos e importância do combate da corrupção no setor público

Com o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a exigir do Estado a busca pela implementação dos direitos sociais constitucionalmente assegurados. Ocorre

que a consecução desse objetivo tem sido obstaculizada pelo fenômeno da corrupção, que “desorienta as decisões sobre políticas públicas e implica gastos ineficientes” (MARTINS e JACOBSEN, 2022, p. 1).

O efeito deletério da corrupção sobre a sociedade brasileira é inequívoco e tem o condão de abalar os pilares do Estado Social e Democrático, atingindo em especial a consecução das garantias e direitos fundamentais, a legitimidade dos governantes e o processo eleitoral.

Na lição de Nalini,

“[o] vínculo entre as práticas da corrupção e a pobreza é reforçado, “em primeiro lugar, porque debilita os valores éticos e morais nos setores dirigentes, tanto do âmbito público com o do privado, e esta debilitação leva a aceitar com o custo inevitável da transformação econômica a crescente desigualdade social. Em segundo lugar, porque o custo econômico da corrupção, gerando sobre custos, desvio de fundos e encarecimento de serviços, impede as políticas sociais eficazes para atenuar o problema da pobreza” (NALINI, 1999, p. 455)

Segundo Pinheiro e Ziesemer (2022, p. 19-20), a corrupção (i) viola o dever de implementação dos direitos fundamentais, (ii) promove a deslegitimação dos governantes de plantão e (iii) propicia o círculo vicioso prejudicial à igualdade de oportunidade no processo eleitoral e à alternância de poder ínsitas ao regime democrático.

A implementação dos direitos fundamentais por meio das políticas também é atingida pela corrupção. Na lição de Osório (2018, p. 321)

os atos de corrupção minam o interesse público em sua essência, provocando descrença no Estado e naquela que é a ideia-matriz de nossa Constituição: a de que vivemos em uma República, na qual a Lei se aplica a todos indiscriminadamente. Ocorre que ilícitos da espécie importam não só em danos graves ao erário, como também em afronta direta aos valores e direitos fundamentais da ordem jurídica vigente, devendo, por isso, ser combatidos por variados ramos do Direito. (OSÓRIO, 2018, p. 321).

O Autor estabelece ainda, dentro da relação de efeitos sobre a efetividade dos direitos fundamentais, “a corrupção como elemento corrosivo dos direitos fundamentais sociais e do direito de viver em um ambiente livre de corrupção, bem como comprometendo a confiança dos cidadãos em processos democráticos e instituições políticas” (OSÓRIO, 2011, p. 343).

Nessa linha de raciocínio, Pinheiro e Ziesemer defendem a existência de ramo autônomo da ciência jurídica do Direito Anticorrupção, notadamente pela repercussão direta da corrupção sobre os direitos fundamentais e os pilares do regime democrático.

No que se refere ao efeito da corrupção de reduzir a legitimidade dos governantes, Pinheiro e Ziesemer (2022, p. 19-20) citam Relatório do Fórum Econômico Mundial de 2016, no qual consta que a população brasileira, dentre 137 analisadas, é a que menos confia na sua classe política⁷. No mesmo sentido, pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa DataFolha, em 2019, aponta os partidos políticos como a instituição menos confiável para a população brasileira, sendo que apenas 4% confiam muito, 36% confiam pouco e 58% não confiam (DATAFOLHA - INSTITUTO DE PESQUISAS, 2019).

Ainda sobre a falta de confiança na classe política, destaca-se o julgamento da ADI 4889, na qual se discutia a inconstitucionalidade formal da Emenda Constitucional nº 41/2003, que tratou da reforma da previdência social. Entendeu a Suprema Corte que a falta de decoro parlamentar pela malversação do uso da prerrogativa do voto pelo parlamentar – chamada “compra de votos” – configura crise de representação, apta ao reconhecimento da inconstitucionalidade do ato legislativo objeto da votação⁸.

De grande relevância e preocupante sob o ponto de vista da preservação da Democracia, outro efeito da corrupção diz respeito à indução da desigualdade no processo eleitoral, dificultando, ou mesmo obstaculizando, a alternância de poder, em decorrência da utilização do produto da prática da corrupção no processo eleitoral, desequilibrando a disputa pelos cargos eletivos.

⁷ <<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index-2017-2018/competitiveness-rankings/#series=EOSQ41>>

⁸ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. REFORMA DA PREVIDÊNCIA. VÍCIO POR QUEBRA DE DECORO PARLAMENTAR. PRINCÍPIO CONSTITUCIONALIDADE DA MORALIDADE. NÚMERO DE VOTOS TIDOS COMO ILEGÍTIMOS: INSUFICIÊNCIA PARA COMPROMETER A APROVAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL. RESPEITO AO QUÓRUM CONSTITUCIONAL EXIGIDO. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.

1. O partido político com representação no Congresso Nacional é parte legítima ativa para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes.

2. As emendas constitucionais são passíveis de controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes.

3. O vício que corrompe a vontade do parlamentar ofende o devido processo legislativo contrariando o princípio democrático e a moralidade administrativa.

4. Quebra do decoro parlamentar pela conduta ilegítima de malversação do uso da prerrogativa do voto pelo parlamentar configura crise de representação.

5. No caso, o número alegado de “votos comprados” não se comprova suficiente para comprometer o resultado das votações ocorridas na aprovação da emenda constitucional nº 41//2003. Respeitado o rígido quórum exigido pela Constituição da República. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 4889, Relator (a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-279 DIVULG 24-11-2020 PUBLIC 25-11-2020)

Sobre esse aspecto, merece registro trecho do prefácio do Ministro Luís Roberto Barroso na obra “Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade”, em que explicita o modelo padrão da prática da corrupção na política:

[o] modo de fazer política e de fazer negócios no país passou a funcionar mais ou menos assim: (i) o agente político relevante indica o dirigente do órgão ou da empresa estatal, com metas de desvio de dinheiro; (ii) o dirigente indicado fraudula a licitação para contratar a empresa que seja parte no esquema; (iii) a empresa contratada superfatura o contrato para gerar o excedente do dinheiro que vai ser destinado ao agente político que fez a indicação, ao partido e aos correligionários. Note-se bem: este não foi um esquema isolado! Este é o modelo padrão. (BARROSO, 2018, p. 18)

Araújo destaca que é “[i]negável, portanto, que a corrupção atinge um bem jurídico difuso, no sentido de lesionar bens públicos de interesse geral, não se vinculando, especificamente a uma vítima individualizada, mas atingindo todo o contexto social” (ARAÚJO, 2011, p. 211). Assim, a despeito de o sujeito passivo do delito ser a Administração Pública, as consequências⁹ recaem de uma forma geral sobre os cidadãos, impede efetivamente a atuação do Estado na consecução dos direitos humanos e da dignidade da pessoa, tendo o verdadeiro potencial de corroer os fundamentos da democracia.

É de se ver que os efeitos da corrupção “são maximizados pelas funções do Estado moderno, que se apropria tributariamente de boa parte da riqueza gerada pelos particulares e a reverte em serviços públicos na tentativa de corrigir ou mitigar desigualdades sociais” (ARAÚJO, 2011, p. 248).

Em linhas gerais, pode-se concluir que a corrupção é um fenômeno difuso, dinâmico, normalmente relacionado ao crime organizado, que atua na clandestinidade e, corrói a estrutura do poder estatal, ameaçando diretamente a sociedade e a Democracia.

⁹ Araújo (2017), ao analisar os bens jurídicos protegidos pelas normas anticorrupção, os elenca da seguinte forma: “corrupção, especialmente aquela que consiste em desvio de recursos públicos, seja pelo simples peculato ou por complexos esquemas de fraude à licitação, atinge de forma imediata bens econômicos do Estado. Por mais que a ficção do ente de direito público permita individualizar esse dano a determinada pessoa jurídica de direito público, **a coletividade é que é efetivamente atingida, ainda que de forma mediata**. Além desses aspectos obviamente patrimoniais, nos tipos penais anticorrupção, a moralidade administrativa é protegida, tendo como fundamento os princípios que a norteiam, os quais constam do art. 37 da Constituição: legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Também haveria um forte componente de proteção da legitimidade das instituições políticas, naquilo que diz respeito à ordem moral do Estado e aos ideais de justiça de uma comunidade. Da mesma forma, a corrupção, ao drenar recursos que seriam despendidos em serviços públicos e investidos em infraestrutura, possui efeitos negativos intergeracionais: solapa o direito dos povos ao progresso e ao desenvolvimento integral, fazendo com que gerações futuras vivam em situação socioeconômica inferior à que viveriam se a corrupção não tivesse existido”.

Na mesma linha, BERTONCINI conclui que “a corrupção é um grave problema, que ameaça a estabilidade e a segurança das sociedades, enfraquece as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça, comprometendo o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito” (BERTONCINI, p. 2).

1.2. Direito Fundamental Anticorrupção

Pinheiro e Ziesemer (2022) defendem em sua obra “a existência de um Direito Fundamental Anticorrupção, consistente no direito autônomo, direito a um poder público livre de corrupção”.

Em dissertação de mestrado, apresentada na Universidade de Lisboa em 2019, Igor Pinheiro (2019, p. 31), ressalta que

não se pode olvidar que todos os desvios de verbas públicas ultimados por conta da corrupção afetam sensivelmente a força normativa de qualquer Constituição. Aliás, exatamente por conta desse déficit de efetividade do Texto Supremo advindo da falta de recursos desviados pela corrupção é que começa a surgir a tese de **um novo direito fundamental: o de uma gestão pública livre da corrupção ou um ‘direito anticorrupção**. (grifo nosso)

Nvida Kofele-Kale, citado por Pimentel Filho (2015, pp. 110-111), foi o primeiro Autor a defender a existência do direito fundamental anticorrupção desvinculado das consequências da corrupção na sociedade. Diz o Autor que o direito a uma sociedade livre de corrupção é inerentemente um direito humano básico, porque a vida, a dignidade e outros valores humanos importantes dependem desse direito (KOFELE-KALE, 2000, p. 163).

A existência do direito anticorrupção não se mostra desarrazoada, notadamente pelo reconhecimento da corrupção como elemento corrosivo dos direitos fundamentais sociais, pelo direito de viver em um ambiente livre de corrupção e pelo fato de comprometer a confiança dos cidadãos em processos democráticos e instituições políticas (PINHEIRO e ZIESEMER, 2022, p. 23).

O reconhecimento do direito fundamental anticorrupção no Brasil estaria alicerçado sobre três fundamentos, (i) o atual e firme posicionamento da comunidade internacional contra a corrupção, (ii) a existência de sólida base de regras e princípios constitucionais, constando, inclusive, disposições relacionadas ao combate à corrupção inseridas formalmente no artigo destinado aos direitos e garantias fundamentais e (iii) as

convenções internacionais sobre o combate à corrupção em que o Brasil é signatário, que tem o condão de restringir a elaboração de normas que visem reduzir a proteção atualmente existente contra a corrupção (PINHEIRO e ZIESEMER, 2022, p. 20-29).

Sendo inquestionável os graves prejuízos para a população e sua riqueza e as sérias dificuldades para o gozo de direitos humanos acarretados pela corrupção, a comunidade internacional tem se posicionado firmemente contra essa prática, razão pela qual tem buscado o enquadramento da prática de corrupção como crime internacional, ou melhor, como crime universal. Essa tipificação decorreria da existência de instrumentos internacionais que registram a preocupação da comunidade internacional com o fenômeno e da colocação em risco dos valores mais elevados da comunidade internacional (FILHO, 2015, p. 110).

A preocupação da comunidade internacional com o combate à corrupção está cada vez mais presente, o que tem levado os países a se unirem em prol de objetivo comum de enfrentar esse mal e instituírem mecanismos normativos multilaterais, visando o fortalecimento da mútua cooperação entre os Estados (LINS, 2021, p. 23).

A não aceitação da corrupção pela comunidade internacional justifica a busca de modelo jurídico capaz de prevenir e reprimir com eficácia essa prática, de modo a assegurar o desenvolvimento do regime democrático, o desenvolvimento social e econômico dos Estados-partes e a concretização da ética e da justiça (PINHEIRO e ZIESEMER, 2022, p. 27).

Para além dos vetores internacionais, a nível interno de cada país, não se questiona que a corrupção atenta contra os pilares estruturantes do Estado Social e Democrático, pois impede que o Poder Público implemente os direitos fundamentais e sociais por meio de políticas públicas, em razão dos desvios de dinheiro público e de governantes sem comprometimento com a população, ou seja, sem comprometimento com o interesse público.

Diante desse contexto em que são expostos os diversos e deletérios efeitos da corrupção sobre a ordem política, social e econômica, tem-se ambiente favorável para que juristas comecem a vislumbrar a existência um direito fundamental autônomo, o direito do cidadão a um poder público livre da corrupção (FILHO, 2015, p. 110), capaz de estruturar esse novo modelo jurídico de combate à prática da corrupção.

Segundo Zavascki (2017, p. 100), “o direito a um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas tem, nesse sentido, natureza transindividual – decorrendo, como decorre, do Estado Democrático de Direito, ele não pertence a ninguém

individualmente: seu titular é o povo, em nome e em benefício de quem o poder deve ser exercido”.

A Teoria do Direito Anticorrupção consubstancia, portanto, um regime transnacional anticorrupção alicerçado no direito positivado, fundamentalmente, na Constituição Federal, nas convenções internacionais, na legislação ordinária e no direito jurisprudencial, mormente em face da instituição do sistema de precedentes pelo Código de Processo Civil.

O regime anticorrupção apresenta características que justificam seu posicionamento com ramo específico do direito, pois tem o condão de servir como fonte de criação, legitimação e fundamento de validade das normas internas de cada país; bem como ostenta característica jusfundamental, decorrente do seu caráter instrumental na busca pela efetividade e implementação dos direitos fundamentais; e possui configuração semelhante aos direitos fundamentais – universalidade, indivisibilidade, indisponibilidade, inalienabilidade, historicidade –, inclusive no que se refere à cláusula de proibição de retrocesso, denominada, por tutela mínima anticorrupção (PINHEIRO e ZIESEMER, 2022, p. 22-23).

Zenkner traz à baila o artigo de Matthew Murray e Andrew Spalding, intitulado “*Freedom from Official Corruption as a Human Right*”, no qual defendem que o direito de viver em um ambiente livre de corrupção deve ser configurado como direito humano fundamental. Segundo os Autores, as implicações práticas desse novo modelo repercutiria diretamente na legislação de cada país, mormente em razão da novas diretrizes exegéticas e principiológicas próprias dos direitos fundamentais, como a imprescritibilidade, a aplicabilidade imediata, a imunidade em relação ao legislador infraconstitucional, o caráter pétreo, a interpretação aberta e extensiva, a não taxatividade ou não limitação, a proteção integral (ZENKNER, 2019, p. 88-89).

Em interessante análise, Pinheiro e Ziesemer (2022) enumeram os dispositivos anticorrupção inseridos formalmente no Texto Constitucional como direitos fundamentais, sendo certo que, por força da existência desses dispositivos expressos, “não seria exagero dizermos que no Brasil já há positivado um direito fundamental anticorrupção” (FILHO, 2015, p. 117).

Especificamente, os dispositivos constitucionais elencados por Pinheiro e Ziesemer (2022), que embasariam o caráter de direito fundamental são: direito de petição

(artigo 5º, inciso XXXIV)¹⁰, ação popular (artigo 5º, LXXIII)¹¹, ação de impugnação de mandato eletivo (artigo 14, § 10º)¹² – bem como artigos estruturantes do Estado Democrático de Direito, com nítida característica jusfundamental, os princípios da Administração Pública (artigo 37, *caput*)¹³, a previsão de prestação de contas da Administração Pública direta e indireta como “princípio constitucional sensível” apto a legitimar a intervenção federal ou estadual (artigo 34, inciso VII, alínea d, c.c. o artigo 35, inciso II)¹⁴, a probidade administrativa como parâmetro de gestão a ser observado pelos agentes públicos (artigo 37, § 4º)¹⁵, inclusive pelo Presidente da República, sob pena de cometer crime de responsabilidade (artigo 85, inciso V)¹⁶ e ter seu mandato extinto prematuramente.

Pinheiro e Ziesemer (2022, p. 25-26), metodologicamente, formulam uma sistematização dos dispositivos constitucionais, independentemente da sua topografia no texto constitucional, que alicerçam a Teoria do Direito Ancorruptão, agrupando-os em mandados constitucionais anticorrupção: (i) estruturantes, (ii) estrito senso, (iii) procedimentais, e (iv) institucionais.

¹⁰ XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

¹¹ LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

¹² § 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

¹³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

¹⁴ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

...

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

...

d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

...

II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;

¹⁵ § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

¹⁶ Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

...

V - a probidade na administração;

Sob a ótica da Teoria do Direito Anticorrupção, os mandados constitucionais anticorrupção **estruturantes** seriam os princípios constitucionais que compõem o núcleo da conformação jurídico-política do Estado contra a corrupção, entre eles: a garantia da democracia pelo Estado de Direito Brasileiro, a separação de poderes com fiscalização recíproca (impedir os regimes totalitários) e o respeito à dignidade da pessoa humana no desempenho das atividades estatais.

Os mandados constitucionais anticorrupção **institucionais** se materializam nas normas constitucionais que se referem à criação e funcionamento das instituições e órgãos públicos com atribuições anticorrupção específicas como as comissões parlamentares de inquérito, o Ministério Público e os Tribunais de Contas.

Na categoria dos mandados constitucionais anticorrupção **procedimentais**, encontram-se os mecanismos administrativos e judiciais (cível ou penal) para obtenção de provas de atos corruptos (procedimentais probatórios) – direito de petição, garantia do sigilo da fonte, inquérito civil público – ou para promover a anulação dos atos de corrupção com aplicação das sanções cabíveis (procedimentais judiciais) – ação de improbidade administrativa, ação direta interventiva, ação penal subsidiária da pública etc.

Por fim, os mandados constitucionais anticorrupção **estricto senso** referem-se aos princípios e regras constitucionais que se destinam a prevenir ou remediar a corrupção no exercício das funções, cargos e empregos públicos, funcionando como manual básico de atuação dos agentes públicos. Como exemplos podem ser citados: princípios da igualdade, da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da vedação de promoção pessoal à custa do erário público.

De outra parte, verifica-se que, “[d]iante da interdisciplinaridade da corrupção, existem normas, nos mais variados ramos do Direito e em diversos patamares de hierarquia, que tratam da sua prevenção e repressão”. (PINHEIRO e ZIESEMER, 2022, p. 123), há sólida base normativa anticorrupção positivada na Constituição Federal de 1988, capaz de justificar o reconhecimento do direito anticorrupção como categoria jurídica autônoma e posicionada como direito fundamental do cidadão.

O reconhecimento do direito fundamental anticorrupção se justifica, principalmente, pelo fato de a corrupção ter o potencial de abalar os pilares do Estado Social e Democrático Brasileiro, repercutindo de forma concreta na efetivação dos direitos e garantias fundamentais e no desenvolvimento e aperfeiçoamento do próprio

processo de escolha dos governantes, por meio da interferência no processo eleitoral, notadamente pelo abuso do poder econômico.

Justificada a categorização do Direito Anticorrupção como direito fundamental, tem-se como resultado imediato a instituição de novo marco axiológico das regras e princípios que irão orientar e estabelecer limites à atividade legislativa ordinária e à atuação do Poder Público no exercício da atividade administrativa, resultando em maior proteção dos cidadãos brasileiros contra a elaboração de normas ou de prática de atos administrativos que pretendam criar obstáculos ao enfrentamento da corrupção.

Por outro lado, os influxos internacionais sobre a estruturação da Teoria do Direito Fundamental Anticorrupção são inequívocos. O Brasil internalizou em seu ordenamento jurídico as principais convenções internacionais anticorrupção, a saber: (i) Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno Transnacional¹⁷, (ii) Convenção Interamericana contra a Corrupção¹⁸, (iii) Convenção contra o Crime Organizado Transnacional¹⁹ e (iv) Convenção da ONU contra a corrupção²⁰.

Partindo da premissa da existência de um Direito Fundamental Anticorrupção, os tratados e convenções internacionais sobre o tema, no que se refere ao nível hierárquico, possuem *status* supralegal, devendo ser observados pela legislação interna tanto anterior quanto superveniente ao tratado ou convenção.

Merece registro o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 349.703, que, de forma expressa, reconheceu o *status* supralegal dos tratados internacionais, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão²¹.

¹⁷Convenção da OCDE sobre o combate ao suborno transnacional, aprovada em 17/12/1997, e incorporada no Brasil pelo Decreto nº 3.678, de 30/11/2000.

¹⁸ Convenção Interamericana contra a corrupção, aprovada em 29/03/1996, incorporada no Brasil pelo Decreto nº 4.410/2002.

¹⁹Convenção contra o crime organizado transnacional, denominada Convenção de Palermo, incorporada no Brasil pelo Decreto nº 5.015, de 12/03/2004.

²⁰Convenção da ONU contra a corrupção, conhecida como “Convenção de Mérida”, aprovada em 31/03/2003, incorporada no Brasil pelo Decreto nº 5.587/2006.

²¹ PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. **O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato**

No mesmo sentido, o Código Tributário Nacional possui comando normativo contido no artigo 98, que, expressamente, prevê que “[o]s tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”, sendo o “o único dispositivo existente, em toda a legislação brasileira, a atribuir expressa primazia do tratado sobre a nossa legislação doméstica”²² (MAZZUOLI, 2015)

O Superior Tribunal de Justiça, em julgado proferido no REsp 1.161.467/RS²³, entendeu que, no caso da existência de norma da convenção internacional, ocorre a suspensão da eficácia da norma interna incompatível com a regra internacional, ocorrendo o que se denomina de “revogação funcional”²⁴ da norma.

de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). (...). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (RE 349703, Relator(a): CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)

²² Ainda na lição de Mazzuoli (2015) “tal dispositivo, como se percebe nitidamente, atribui primazia aos tratados internacionais em matéria tributária sobre toda a legislação tributária interna, apontando para o fato de os tratados revogarem ou modificarem as normas domésticas sem, contudo, poderem ser revogados por estas, o que evidentemente lhes atribui um status de supralegalidade absoluto dentro do sistema jurídico-tributário nacional, em respeito à norma pacta sunt servanda inscrita no art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”

²³ TRIBUTÁRIO. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS CONTRA A BITRIBUTAÇÃO. BRASIL-ALEMANHA E BRASIL-CANADÁ. [...] PREVALÊNCIA DAS CONVENÇÕES SOBRE O ART. 7º DA LEI 9.779/99. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ART. 98 DO CTN CORRETA INTERPRETAÇÃO. [...]

7. A antinomia supostamente existente entre a norma da convenção e o direito tributário interno resolve-se pela regra da especialidade, ainda que a normatização interna seja posterior à internacional.

8. O art. 98 do CTN deve ser interpretado à luz do princípio *lex specialis derogat generalis*, não havendo, propriamente, revogação ou derrogação da norma interna pelo regramento internacional, mas apenas suspensão de eficácia que atinge, tão só, as situações envolvendo os sujeitos e os elementos de estraneidade descritos na norma da convenção.

9. A norma interna perde a sua aplicabilidade naquele caso específico, mas não perde a sua existência ou validade em relação ao sistema normativo interno. Ocorre uma "revogação funcional", na expressão cunhada por HELENO TORRES, o que torna as normas internas relativamente inaplicáveis àquelas situações previstas no tratado internacional, envolvendo determinadas pessoas, situações e relações jurídicas específicas, mas não acarreta a revogação, *stricto sensu*, da norma para as demais situações jurídicas a envolver elementos não relacionadas aos Estados contratantes.

10. No caso, o art. VII das Convenções Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá deve prevalecer sobre a regra inserta no art. 7º da Lei 9.779/99, já que a norma internacional é especial e se aplica, exclusivamente, para evitar a bitributação entre o Brasil e os dois outros países signatários. Às demais relações jurídicas não abrangidas pelas Convenções, aplica-se, integralmente e sem ressalvas, a norma interna, que determina a tributação pela fonte pagadora a ser realizada no Brasil.

11. Recurso especial não provido. (REsp nº 1.161.467/RS, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17/5/2012, DJe de 1/6/2012.)

²⁴ Segundo a Ministra Regina Helena Costa, “a dicção da norma em análise não é das mais técnicas, pois os tratados e convenções internacionais não “revogam” a legislação interna. A nosso ver, o que de fato ocorre é que as normas contidas em tais atos, por serem especiais, prevalecem sobre a legislação interna, afastando sua eficácia no que com esta forem conflitantes (critério da especialidade para a solução de conflitos normativos). Tal eficácia, portanto, resta preservada, para todas as demais situações não

É inafastável, portanto, o entendimento de que as convenções e tratados internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio veiculam princípios, regras de estruturação e de atuação específicas decorrentes da experiência internacional no enfrentamento à corrupção (PINHEIRO e ZIESEMER, 2022, p. 32), que devem ser observadas na aplicação do direito anticorrupção pelo Poder Judiciário e na elaboração das normas de combate à corrupção pelo Poder Legislativo.

Diante do contexto, Pinheiro e Ziesemer (2022, p. 29) concluem que “há claramente um direito fundamental anticorrupção, que encontra fundamento no próprio Texto Constitucional de 1988 e nos diplomas internacionais subscritos pelo Brasil ao longo do tempo que é corroborado pelo artigo 5º § 2º, da atual Constituição Federal”.

Por conseguinte, havendo vinculação, ainda que indireta, entre a tutela dos direitos fundamentais e o direito anticorrupção, na medida em que os primeiros dependem, em menor ou maior grau, dos recursos financeiros desviados pela corrupção para sua efetivação, e o direito anticorrupção, é vedada qualquer forma de retrocesso²⁵ legislativo ou administrativo tendente a restringir a sua eficácia (PINHEIRO e ZIESEMER, 2022, p. 29).

É importante esclarecer que o princípio da vedação (ou proibição) ao retrocesso, conforme Garcia (2010), citando a lição do Ministro Luis Roberto Barroso, “decorre justamente do princípio do Estado Democrático e Social de Direito; do princípio da dignidade da pessoa humana; do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais; do princípio da proteção da confiança e da própria noção do mínimo essencial”.

Dento dessa perspectiva e tendo em vista que o Direito Anticorrupção visa exatamente resguardar os pilares do Estado Social Democrático, mediante a proteção do erário e do patrimônio públicos, o enquadramento dessa categoria de direito como direito fundamental é inquestionável.

contempladas nos atos internacionais” (*in* Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2014).

²⁵ Segundo Garcia, citando Canotilho, “Da aplicação progressiva dos [direitos] econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social em matéria de direitos sociais. Para J. J. Gomes Canotilho: ‘O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado” (GARCIA, 2010).

1.3. Corrupção privada: aspectos gerais

Diante das correntes apresentadas no esforço de se definir o ato de corrupção, pode-se afirmar que é atribuída a pecha de corrupção à determinada conduta quando inserida no âmbito de uma relação entre o ente particular e um órgão ou entidade da administração pública.

Embora não seja o objetivo do presente ensaio, é digna de nota a importância que a chamada corrupção privada vem ocupado nos debates, notadamente pelo fato de que, a partir das convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, as inovações legislativas já tratam do assunto.

A prática da corrupção pode abranger “uma gama maior de pessoas do que aquelas que simplesmente fazem parte ou se relacionam com o Poder Público, saindo da limitação conceitual de que a corrupção é algo necessariamente atrelado ao mercadejar ou prevaricar nos deveres inerentes ao cargo público” (PINHEIRO e ZIESEMER, 2022, p. 18).

A corrupção também se expressa nas relações exclusivamente privadas – entre grandes empresas –, daí porque tem-se procurado disciplinar juridicamente esse fato²⁶. Novos conceitos têm aumentado o raio de incidência das normas anticorrupção, como se verifica nos artigos 21 e 22²⁷ da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

²⁶ Pinheiro e Ziesemer (2022), “Ocorre que, já há algum tempo, a corrupção não é mais vista como uma prática adstrita ao setor público ou à sua eventual interface com o setor privado (nas famosas contratações públicas ou parcerias). Nesse tocante, faz-se necessário compreender a evolução dogmática e legal que o assunto sofreu, com bem esclarece a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida, aprovada em 31/03/03 e internalizada no Brasil pelo Decreto nº 5.687, de 3/01/06), que trata da criminalização do suborno no setor privado (artigo 21) e da malversação ou peculato de bens nesse campo (art. 22), sem embargo de outros instrumentos normativos igualmente preocupados com o papel da iniciativa privada nessa área.”

²⁷ Artigos 21 e 22 do Decreto nº 5.687, de 2006, que incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção:
Suborno no setor privado.

Artigo 21. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais:

a) A promessa, o oferecimento ou a concessão, de forma direta ou indireta, a uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar;

b) A solicitação ou aceitação, de forma direta ou indireta, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar.

Malversação ou peculato de bens no setor privado

(Convenção de Mérida, aprovada em 31/03/03 e internalizada no Brasil pelo Decreto nº 5.687, de 3/01/06) (ZIMMER JUNIOR, 2018, p. 72-73).

No Brasil, consta em tramitação na Câmara dos Deputados proposta legislativa de combate à corrupção no setor privado, especificamente, o Projeto de Lei nº 3.163/2015, de autoria do deputado Danilo Forte (PSB-CE), que define o crime de corrupção praticada no âmbito do setor privado; e no Senado, tramita o projeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012), que também tipifica a corrupção privada passiva e ativa entre particulares.

Em linhas gerais, o PL nº 3.163/2015 define o delito de corrupção privada como oferta ou recebimento (assim como promessa ou pedido) de vantagem indevida para “realizar, retardar ou omitir ato relativo às suas atribuições funcionais no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais”. Segundo parecer do Substitutivo²⁸, diversos países – Reino Unido, França, Portugal e Alemanha – já possuem previsão, em seus ordenamentos jurídicos, do crime de corrupção privada (PIASENTINI, 2019).

Importante registrar que, em 09 de março de 2023, o Senado Federal aprovou o PL nº 1.825, de 2022, que institui a Lei Geral do Esporte, novo marco regulatório do esporte brasileiro. O projeto, entre outras normas, tipifica o crime de corrupção privada para dirigentes esportivos.

Como se pode perceber, é evidente a relevância do tema, o que justifica sua inserção na agenda global²⁹, de modo que os organismos internacionais busquem a

Artigo 22. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais, a malversação ou peculato, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de quaisquer bens, fundos ou títulos privados ou de qualquer outra coisa de valor que se tenha confiado a essa pessoa por razão de seu cargo.

²⁸ Art. 1º Esta lei tipifica criminalmente a corrupção privada no Direito Brasileiro e altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, acrescentando-lhe o § 4º ao art. 36 e o parágrafo único ao art. 45.

Art. 2º Exigir, solicitar ou receber vantagem indevida de qualquer natureza, na condição de representante, funcionário ou proprietário de empresa ou instituição privada, por si ou mediante interposta pessoa, para benefício próprio ou de terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de tal vantagem, a fim de realizar, retardar ou omitir ato relativo às suas atribuições funcionais no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais.

Pena - reclusão, de 02 (dois) a 06 (seis) anos, e multa.

§1º. Incorre nas mesmas penas quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, vantagem indevida ao representante, funcionário ou proprietário de empresa ou instituição privada a fim de que retarde, pratique ou deixe de praticar ato relativo às suas atribuições funcionais no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais.

§2º. Aumenta-se a pena de um terço a metade se os atos de corrupção privada ativa ou passiva afetarem a livre concorrência ou provocarem prejuízo patrimonial para terceiros. (OSÓRIO, 2018)

²⁹ Conforme extraído do sítio eletrônico www.pactoglobal.org.br: “O Pacto Global advoga dez princípios universais, derivados da Declaração Universal de Direitos Humanos, Da Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, Da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e Da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. As

prevenção e a repressão, sem embargo da legislação interna de cada país, especialmente diante do caráter universal (pública, privada, pública-privada) e dos maléficis efeitos plurissetoriais causados pela nefasta prática da corrupção, seja na esfera pública, seja na privada.

1.4. Considerações finais

O fenômeno da corrupção, arraigado na sociedade brasileira desde os tempos de Brasil colônia, faz parte da história do país, tendo sido registrada a ocorrência de inúmeros casos notórios de relevantes esquemas de corrupção, como por exemplo a chamada operação lava-jato, com repercussão mundial.

É clara a percepção da sociedade brasileira quanto a existência da prática da corrupção no Brasil, principalmente no âmbito da política, o que pode ser verificado pelo IPC – Índice de Corrupção Global, onde o Brasil ocupa a 105ª posição, e por pesquisa realizada pelo IBOPE que coloca os partidos políticos como instituição com menor nível de confiança da sociedade brasileira.

A dificuldade de se conceituar a corrupção ficou cristalina, sendo certo que, em razão da transversalidade do fenômeno, em que vários setores da sociedade são afetados por esta deletéria prática, ela acaba por ser definida segundo os critérios e visões de cada setor.

O conceito de corrupção varia com a época e com o contexto social, no entanto, estudos mostram elementos comuns em todas essas variações: (i) com foco no interesse público, (ii) com base em regulamentações formais e (iii) baseadas na opinião pública. Em outra definição, os seguintes aspectos devem ser levados em consideração: (i) sistema normativo relevante, (ii) poder de decisão, (iii) deveres posicionais, (iv) participação de outros agentes, (v) a obtenção de benefícios extrapositionais e (vi) clandestinidade.

Os efeitos da corrupção sobre o Estado brasileiro transcendem o simples desvio de recursos financeiros que seriam utilizados na implementação de políticas públicas. Atingem de forma inquestionável os pilares do Estado de direito, conforme se verifica dos seguintes efeitos a seguir elencados: (i) viola o dever de implementação dos direitos fundamentais, (ii) promove a deslegitimação dos governantes de plantão; (iii) propicia

organizações que passam a fazer parte do pacto global comprometem-se a seguir esses princípios no dia a dia de suas operações. O princípio 10 do Pacto Global expressamente dispõe que “As empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina” (ONU)

o círculo vicioso prejudicial à igualdade de oportunidade no processo eleitoral e à alternância de poder ínsitas ao regime democrático, (iv) provoca o enfraquecimento das instituições e (v) compromete o desenvolvimento sustentável do Estado.

A vinculação da corrupção com a ineficiência estatal na consecução dos direitos fundamentais pelo Estado, atingindo parte da população mais vulnerável que passa a não ter acesso aos direitos básicos de saúde, educação e segurança, torna o combate à corrupção missão inafastável do Estado.

O reconhecimento da existência de um direito fundamental anticorrupção, direito fundamental do cidadão ter um governo probo, viver em uma sociedade livre de corrupção, em consonância com os anseios da comunidade internacional, configura novo paradigma no combate a deletéria prática da corrupção.

As implicações da existência do direito anticorrupção, com conformação semelhante a direito fundamental, podem ser observadas nas características da universalidade, indivisibilidade, indisponibilidade, inalienabilidade, historicidade desse direito. Além disso, a implementação de nova matriz principiológica e axiológica constitucional, de forma imediata e direta, tem o condão de repercutir na atuação da administração, do judiciário e do legislativo.

Assim, diante da interdisciplinaridade da corrupção, que justifica a existência de normas em diversos ramos do Direito e em diversos patamares de hierarquia, e da base normativa anticorrupção positivada na Constituição Federal de 1988, o reconhecimento do direito anticorrupção como categoria jurídica autônoma e posicionada como direito fundamental do cidadão se mostra inafastável.

2 O DIREITO ANTICORRUPÇÃO E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR (DAS)

2.1. Introdução

Apresentados os aspectos do fenômeno da corrupção, como histórico, características, causas e efeitos sobre o Estado Brasileiro, percebe-se que são notórios os maléficos prejuízos causados por essa prática para a sociedade brasileira, notadamente para a população mais vulnerável, que depende da atuação estatal para lograr acesso aos bens jurídicos básicos como saúde, educação e segurança, em atendimento ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, fundante da República Federativa do Brasil.

A dignidade da pessoa humana, expressão maior do Estado Social e Democrático, instituído pela Constituição Federal de 1988, deve nortear a classe política, membros de poder e demais agentes públicos no exercício da função pública de forma íntegra e proba, devendo erigir o cumprimento dos objetivos da República estabelecidos no artigo 3º da Lei Maior como objeto da atuação.

Com a redemocratização do país, foi conferido ao Estado Brasileiro o dever de consecução dos direitos fundamentais e sociais³⁰, razão pela qual deve direcionar a atuação administrativa com devida alocação de recursos e instituição e implementação de políticas públicas.

Nessa missão constitucional, exsurge o dever para o Estado de instituir sistema jurídico-administrativo capaz de disciplinar as relações e condutas intersubjetivas de agentes públicos e de administrados, de modo a direcionar e fomentar as ações da administração pública e da iniciativa privada para o atingimento do interesse público, com a estrita observância dos direitos e garantias fundamentais.

A atuação do Estado lastreada no Direito Administrativo, em que o direito administrativo sancionador - DAS ocupa posição de destaque, se mostra imprescindível, notadamente no campo da atividade regulatória e do combate à corrupção, na medida em

³⁰ Segundo LINS (2021, p. 9): “...a ordem constitucional, dado o seu caráter dirigente, impõe ao Poder Público o dever de concretizar esses direitos, como reflexo do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto em seu art. 1º, inciso III. Deveras, existe uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial, principalmente do pretório excelso, de reconhecer um direito subjetivo – gerador de uma obrigação por aparte do Estado – pelo menos no plano do mínimo existencial, concebido como uma garantia (fundamental) das condições materiais mínimas para vida com dignidade”

que é no âmbito do DAS em que são instituídos os modelos sancionatórios dos mais diversos segmentos da sociedade, das diversas áreas temáticas – como o da tutela da probidade administrativa –, que visam estabelecer regras de conduta, tipificar as condutas ilícitas e instituir os respectivos sistemas de responsabilização.

A atuação estatal para o combate e responsabilização da improbidade administrativa no atual sistema ocorre nos campos penal e não penal. Nessa esteira, o Direito Administrativo Sancionador da Improbidade Administrativa emerge como principal instrumento no combate à corrupção no âmbito da atuação administrativa do Poder Executivo.

A atuação estatal no combate à corrupção está inserida no que a doutrina tem denominado de microssistema anticorrupção, submetido ao regime jurídico cível-administrativo, e integra, conforme se demonstrará no presente estudo, o Sistema Brasileiro Anticorrupção.

Neste capítulo, pretende-se demonstrar que, instaurado o processo de responsabilização, o Administrador, amparado na ressignificada concepção da supremacia do interesse público, em que as potestades públicas justificam as decisões e ações da Administração, poderá aplicar a sanção prevista para a conduta ímproba, como também poderá encerrar a relação processual por meio de uma solução consensuada, visando o atingimento do interesse público.

Além disso, em se tratando de microssistema anticorrupção, é razoável e juridicamente aceitável a ideia de intercâmbio entre os institutos consensuais, previstos na legislação do microssistema, por meio dos métodos de solução de antinomias, das regras previstas na LINDB e da aplicação da teoria do diálogo das fontes.

Dito isso, iniciamos esse capítulo com a apresentação do sistema brasileiro anticorrupção, composto por diversos microssistemas, que configuram regimes jurídicos relativamente autônomos, dentre os quais encontra-se o regime disciplinado pelas regras e princípios do direito administrativo sancionador.

Na sequência, apresentamos a estruturação do direito administrativo sancionador brasileiro e como estão nele inseridas as regras de combate à corrupção, materializando o DAS da Improbidade administrativa, e, por fim, como ele está inserido no Sistema Brasileiro Anticorrupção.

Importante ressaltar que o campo sancionatório da improbidade administrativa, que visa o combate à corrupção nas relações intersubjetivas ocorridas entre a administração pública e os administrados, encontra-se alicerçado, fundamentalmente, no

regime jurídico cível-administrativo calcado nas regras constitucionais e na legislação pertinente.

A prerrogativa imperativa e unilateral da Administração Pública é adotada como premissa metodológica, privilegiando seu caráter instrumental, que ampara a nova significação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e do movimento de participação administrativa, por meio do processo administrativo, advindos da instituição do Estado Social Democrático.

Em consonância com o caráter instrumental da prerrogativa imperativa, justifica-se a atuação da Administração na definição de condutas esperadas e proibidas e as respectivas sanções jurídico-administrativas, decorrentes de comportamento não conforme com o código de condutas preestabelecido, bem como a utilização da consensualidade para solução de conflitos.

2.2. O Sistema Brasileiro Anticorrupção

2.2.1. Aspectos gerais da organização sistêmica do arcabouço normativo de combate à corrupção

Conforme apresentado no capítulo 1, “o fenômeno da corrupção, enraizado desde os tempos coloniais, tem impedido o Estado brasileiro de realizar sua precípua tarefa de promover justiça social, pois muito do que se arrecada é perdido por decisões não baseadas no interesse público” (MARTINS e JACOBSEN, 2022, p. 2).

A implementação do Estado Social Democrático no Brasil pelo advento da Constituição Federal de 1988, que expressamente estabeleceu como objetivo da República a concretização de direitos fundamentais e sociais, passou a exigir dos agentes públicos de todas as esferas dos poderes uma atuação pautada pela ética e pela probidade.

Nessa perspectiva, apresenta-se como imperioso o estudo metodológico do arcabouço normativo anticorrupção pátrio, de modo a verificar a (in)existência de uma organicidade sistêmica e estruturada para o enfrentamento do fenômeno da corrupção.

A doutrina tem se posicionado no sentido da existência de um microsistema de combate à corrupção, integrado por diversos atos normativos, que estabelecem as condutas ilícitas, as respectivas sanções estatais e as formas alternativas de solução dos conflitos. As sanções decorrentes da prática de condutas ilícitas podem ser apuradas e

aplicadas em “distintas esferas de responsabilização, na esteira da tradição normativa brasileira, que atribui a órgãos ou entes públicos, com diferentes atribuições, as tarefas de controle e sanção de práticas ilícitas, sob a forma de múltipla incidência punitiva” (NOTA TÉCNICA - 5CCR/MPF, 2017, p. 3).

A diversidade de esferas de responsabilização, típica do sistema brasileiro que adota o princípio da independência entre as instâncias, resulta no reconhecimento da circunstância de que uma única conduta pode significar a responsabilização em uma pluralidade de instâncias, permitindo que o agente sofra inúmeras sanções ao final de cada relação processual, o que torna árdua e complexa, metodologicamente, a estruturação de forma orgânica e sistêmica do microssistema de combate à corrupção do Direito Administrativo Sancionador³¹.

Para obtenção de padrões mínimos de organicidade sistêmica,

é necessário que a ordem jurídica defina em que medida ocorrerá a interpenetração entre as instâncias, inclusive com a possibilidade de a absolvição em uma relação processual projetar os seus efeitos sobre outra. No extremo, ainda será preciso estabelecer **um referencial de proporcionalidade sistêmica**, de modo a evitar que esse critério seja valorado unicamente sob o prisma de cada relação processual, ignorando o efeito sinérgico de todas as sanções aplicadas (GARCIA, 2017, p. 3).(grifo nosso)

O direito sancionador brasileiro de natureza estatal pode ser dividido em penal e extrapenal, pressuposto que se aplica ao sistema anticorrupção, sendo certo que, a despeito da propalada independência de instâncias, “deve-se buscar a integração dos dois regimes sancionatórios, visando a harmonização racional da atuação punitiva estatal (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 89).

O arcabouço normativo anticorrupção prevê a responsabilização do agente infrator nas esferas penal, cível e administrativa, esta específica e efetivamente disciplinada pelo direito administrativo sancionador – DAS. Assim, o bloco normativo de combate à corrupção no DAS constitui o que a doutrina vem denominando de microssistema anticorrupção.

Não se questiona a existência de extenso e complexo arcabouço normativo

³¹ Segundo GARCIA (2017, p. 67-68): A “existência de instâncias independentes não permite que requisitos, instrumentos e consequências afetas a uma seara sejam livremente transpostas para outra. Esse obrar, longe de ser um “diálogo”, seria verdadeira “violência sistêmica”, máxime quando o operador do direito não tivesse nenhum balizamento legal, repita-se, nenhum, para definir os efeitos da consensualidade no sistema em que seria inserida. Nesse caso, o novo “sistema”, se é que podemos cognominá-lo como tal, seria criado ab ovo pelo intérprete”

anticorrupção no Brasil, fundamentado, notadamente, pelos princípios e regras previstos na Constituição Federal, complementado pelos compromissos assumidos nas convenções internacionais internalizadas e implementado e efetivado pelo vasto rol de normas infraconstitucionais e seus desdobramentos.

Diversas leis foram editadas visando dar concretude ao combate à corrupção no Brasil, diante das regras e princípios constitucionais de proteção à probidade pública e de compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, que objetivam, em linhas gerais, garantir a integridade do patrimônio público e dos princípios em que se assentam e limitam os atos do Poder Público, em um espaço de autoconformação individual, em observância ao regime democrático (NOTA TÉCNICA - 5CCR/MPF, 2017, p. 2).

Dessa forma, atualmente, é quase um truísmo afirmar haver um bem ordenado e unidiretivo microsistema de combate à corrupção no ordenamento jurídico brasileiro, que acomoda normas constitucionais, normas decorrentes de tratados internacionais³² e outras tantas normas dispostas na legislação infraconstitucional³³.

Feita essa breve introdução sobre o conteúdo a ser abordado nesse capítulo, passo ao exame das fontes formais de direito que integram o sistema brasileiro anticorrupção.

2.2.2. Fontes formais do Direito Anticorrupção

O Direito Anticorrupção positivado no Brasil é constituído por um complexo conjunto de atos normativos hierarquicamente estruturado, integrado pela Constituição Federal, convenções internacionais, leis e atos infralegais (decretos, portaria, instruções normativas, resoluções etc), que alicerçam e justificam a responsabilização dos agentes infratores nas diversas esferas jurídicas e dos Poderes pela prática de atos de improbidade administrativa.

Em breves linhas são apresentadas as características de cada espécie normativa e sua influência na atividade administrativa estatal e no processo legislativo de normas anticorrupção.

³² Na Convenção de combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros (OCDE), na Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA) e na Convenção contra a Corrupção (ONU).

³³ A título de exemplo, citem-se os seguintes textos legais que se dedicam à promoção da integridade pública: Lei de impeachment e de crimes de prefeitos, Lei de inelegibilidades, Normas dos Estatutos dos servidores públicos que atinem ao regime e ao processo disciplinar, Lei de eleições, Lei de Conflito de Interesses, Lei de Anticorrupção, Lei Geral de Licitações e Contratos, Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de Acesso à Informação, Lei do CADE, parte do Código Penal que se dedica ao tema relativo aos crimes contra a Administração Pública, dentre outros.

Das normas constitucionais

A Constituição Federal de 1988 é norma primária, fundamental, básica do combate à corrupção, em razão da superioridade hierárquica dentro da ordem jurídica, bem como por refletir uma nova ordem principiológica que coloca a probidade administrativa e o interesse público no centro da atuação de todas as esferas do Poder Público no exercício da função administrativa.

Os princípios e regras positivados no Texto Constitucional formam bloco normativo anticorrupção superior, cujo condão é direcionar e limitar a atividade do legislador federal³⁴ e a atuação administrativa do Poder Executivo.

O direcionamento e a limitação impostos pela Constituição visam resguardar os valores anticorrupção em face de atuação administrativa ou do processo legislativo que tenha o condão de “criar obstáculos sabotadores ao pretendido enfrentamento dessa mazela chamada corrupção, ou mesmo para criar mecanismos de imunização totalmente fora do propósito constitucional de termos uma república e um Estado de Direito materialmente concretizados” (PINHEIRO e ZIESEMER, 2022, p. 26).

Das convenções internacionais

O Brasil é signatário de convenções e tratados internacionais que versam sobre o enfrentamento da corrupção no âmbito internacional. A incorporação das convenções ao ordenamento jurídico pátrio inseriu o Brasil na comunidade internacional de combate à corrupção e trouxe repercussão efetiva e concreta no desempenho da atividade administrativa e no processo de edição de leis para atender às recomendações internacionais.

PINHEIRO e ZIESEMER (2022, pp. 22-35) apresentam as convenções internacionais subscritas pelo Brasil, apontando suas principais diretrizes e a repercussão de sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro.

A convenção Interamericana contra a corrupção foi assinada na Venezuela em 1996, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25/06/2002, e promulgada por meio do Decreto nº 4.410, de 7/10/2002. Constitui-se no primeiro instrumento internacional no combate à corrupção, o que explica a ausência em seu texto de mecanismos mais modernos de solução dialógica nas esferas de responsabilização,

³⁴ Paulo Bonavides assentou que "admitir interpretação de que o legislador pode a seu livre alvedrio legislar sem limites, seria pôr abaixo todo o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e majestade dos princípios constitucionais. A Constituição estaria despedaçada pelo arbítrio do legislador" (BONAVIDES, 2020, p. 446).

como a consensualidade. Reconheceu o alcance internacional da prática da corrupção, buscando a cooperação entre os estados; e apoia-se, essencialmente, na premissa que a corrupção atenta contra a legitimidade das instituições, a moral, a justiça social e o desenvolvimento dos países. (LINS, 2021, p. 29)

Basicamente, a Convenção de Caracas se caracterizou por estimular a participação da sociedade civil e de organizações não governamentais no combate à corrupção. Dentre os instrumentos previstos, tipificou práticas de suborno transnacional e enriquecimento ilícito como corrupção.

De outra parte, a Convenção da OCDE sobre o combate ao suborno transnacional, de 17/12/1997, foi incorporada no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 3.678, de 30/11/2000. Originou-se do debate iniciado nos EUA sobre o combate à corrupção, ocorrida entre as grandes empresas e funcionários públicos estrangeiros, que estava afetando o desempenho de empresas norte-americanas.

Raniere Lins (2021, p. 32) traz à colação trecho da obra de IOKOI (2014, p. 117), que esclarece o cenário que antecedeu o advento da Convenção OCDE:

como o pagamento de suborno a funcionários públicos estrangeiros era prática relativamente comum, as empresas norte americanas começaram a perder negócios com a vedação do suborno internacional (...). Nesse cenário, iniciaram-se as pressões internacionais sobre diversos países para criação de legislações nacionais de combate à corrupção de autoridades estrangeiras, com o nítido escopo de reequilibrar a concorrência internacional abalada pelas restrições do FCPA³⁵.

A Convenção sobre o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais busca, portanto,

incentivar os Estados signatários a adequarem as suas legislações internas de acordo com as diretrizes ali estabelecidas, notadamente, no sentido de promover as medidas necessárias para à repressão e combate à corrupção de funcionários estrangeiros em transações comerciais internacionais (LINS, 2021, p. 33).

Fruto dessa convenção, o suborno transnacional foi inserido no Código Penal Brasileiro por meio da Lei nº 10.467/2002³⁶.

³⁵ Foreign Corrupt Practices Act (1977): A FCPA foi o primeiro ato e a primeira lei global que abordou os negócios internos dos EUA envolvendo condutas com funcionários de governo estrangeiro no mercado externo.

³⁶ A Lei nº 10.467/2002, inseriu no Código penal o Capítulo II-A, que trata dos - que trata dos Crimes Praticados Por Particular Contra A Administração Pública Estrangeira -, capitulando os delitos de

A convenção das Nações Unidas contra a corrupção, por fim, foi aprovada na cidade de Mérida no México em 2002, tendo sido internalizada no Brasil pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18/05/2005, com a posterior edição do Decreto nº 5.687, de 31/01/2006.

O texto da convenção é composto de oito capítulos, sendo os quatro capítulos mais importantes estruturados em quatro eixos, a saber: (i) prevenção da prática corruptiva, (ii) tipificação e penalização dos ilícitos, (iii) cooperação internacional e (iv) recuperação de ativos.

As questões abordadas nesses capítulos são as que requerem maiores adaptações legislativas e ações concomitantes à plena aplicação da convenção em cada país. No que se refere ao eixo da tipificação e penalização de condutas corruptivas, a convenção recomenda a responsabilização tanto de pessoas físicas quanto jurídicas que participem dos ilícitos, prevendo os seguintes tipos, suborno nacional e internacional, incluindo o setor privado; peculato; apropriação indébita; tráfico de influências; abuso de funções; enriquecimento ilícito; lavagem de dinheiro; e encobrimento e obstrução de justiça, todos considerados atos de corrupção.

O principal objetivo da convenção da ONU foi o desenvolvimento de mecanismos para prevenção, identificação e punição das práticas de corrupção, bem como a cooperação entre os estados membros para a busca da eficiência das medidas. Ponto importante a ser destacado na convenção das Nações Unidas diz respeito à abertura de espaços de consenso em que os infratores em troca de informações úteis ao processo e à identificação de outros infratores consigam a mitigação da pena ou até a imunidade judicial.

Importante ressaltar que os tratados e convenções internacionais anticorrupção, cuja natureza supralegal já foi afirmada pela Suprema Corte Brasileira, ocupam o segundo nível hierárquico no ordenamento jurídico³⁷.

Corrupção ativa em transação comercial internacional, tráfico de influência em transação comercial internacional, bem como estabeleceu a definição de funcionário público estrangeiro para fins legais.

³⁷ PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. **O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna**

Da legislação infraconstitucional

A Constituição Federal, norma primária do sistema, fornece as diretrizes principiológicas e axiológicas para os Poderes da República nortear suas atuações na aplicação, elaboração e interpretação das demais camadas hierárquicas de atos normativos. Nessa linha de entendimento, a Constituição Federal “não admite a transferência, de forma ampla, ao Poder Executivo da competência para impor obrigações, tipificar infrações e cominar penalidades” (ARÊDES, 2017, p. 443), é a lei em sentido estrito que deve estabelecer as restrições impostas ao Administrado.

No plano infraconstitucional, “existem normas, nos mais variados ramos do Direito e em diversos patamares de hierarquia, que tratam da sua prevenção e repressão” (PINHEIRO e ZIESEMER, 2022, p. 123), em razão da interdisciplinariedade do combate ao fenômeno da corrupção no Brasil, conforme observado nas leis anticorrupção de natureza administrativa, cível, penal, eleitorais, tributárias e financeiras etc.

Para fins do presente estudo, o foco será dirigido à análise das Leis nºs 8.429/1992 e 12.846/2013, principais normativos que integram o microssistema de combate à corrupção cível-administrativo e que visam tutelar a probidade e a incolumidade do patrimônio público.

Vale ressaltar que a edição da Lei nº 12.846/2013 é o principal resultado dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, pois congrega diversas recomendações e diretrizes estabelecidas nas convenções internacionais anteriormente vistas, bem como prevê o principal espaço de consenso no combate à corrupção, especificamente o acordo de leniência.

Dos atos infralegais regulamentares

Na base da cadeia hierárquica, aparecem os atos infralegais, tais como os decretos, as resoluções, as portarias, e outros congêneres, cuja função é regulamentar os atos normativos que os antecedem, servindo para disciplinar e permitir a efetiva execução das disposições legais.

A título de ilustração, o Decreto nº 11.129, de 11/07/2022, regulamentou a Lei nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas

inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). (...). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (RE 349703, Relator(a): CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)

jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e a Instrução Normativa nº 13/2019 (alterada pela Instrução Normativa nº 15, de 10/06/2020, e pela Portaria Normativa nº 54, de 14/02/2023), que define os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas de que trata a Lei nº 12.846/2013, a serem observados pelos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal.

Questão importante a ser registrada diz respeito ao conteúdo normativo contido nos atos infralegais.

É sabido que os regulamentos não possuem autorização para inovar na esfera jurídica, segundo firme entendimento jurisprudencial pátrio no sentido do reconhecimento da ilegalidade dos atos infralegais, que exorbitam os limites estabelecidos pela lei de regência³⁸.

Não obstante, são editadas, “vez por outra, disposições que pretendem inovar na ordem jurídica, seja limitando indevidamente a atuação dos órgãos de persecução (cível ou criminal), seja dando-lhes poderes além do previsto em lei, ou mesmo restringindo direitos fundamentais dos investigados/processados” (PINHEIRO e ZIESEMER, 2022, p. 124).

Do direito jurisprudencial anticorrupção

Por fim, no que se refere às fontes do direito anticorrupção, não se pode olvidar a força dos precedentes judiciais como fonte formal de direito, notadamente em razão do sistema de precedentes vinculantes inaugurado com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu a sistemática da repercussão geral no julgamento do recurso extraordinário.

A evolução e o desenvolvimento do sistema de precedentes ocorreram com a implementação do recurso especial repetitivo, disciplinado pela Lei nº 11.672/2008; em seguida, com o advento do Código de Processo Civil de 2015 – Lei nº 13.105/2015, o sistema brasileiro de precedentes consolidou-se com a inserção, no rol de julgados

³⁸ PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. REGIME ESPECIAL DE EXPORTAÇÃO. RESTRIÇÃO DE BENEFÍCIO DE NÃO INCIDÊNCIA ASSEGURADO POR LEI COMPLEMENTAR. PORTARIA Nº 075 - SEFAZ-MT. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS. 2. Destarte, as exigências impostas pelas **Portarias 026/96 e 75/00**, da Secretaria de Fazenda do Estado do Mato Grosso, **encontram-se eivadas de ilegalidade**, porquanto os aludidos diplomas infralegais **exorbitam sua função meramente regulamentar**, impondo ao contribuinte a necessidade de garantia hipotecária ou fiança bancária para a concessão do referido benefício, restringindo direito subjetivo assegurado pelos arts. 3º, II, e 32, I, da Lei Complementar 87/96 e afrontando, conseqüentemente, o princípio da hierarquia das leis.

3. Precedentes: REsp 595.796/MT, DJ 01.02.2006; REsp 788.964/MT, DJ 10.04.2006; REsp 418.957/MT, DJ de 26.8.2002; RMS 15.194/MT, DJ de 29.3.2004.

4. Recurso especial provido. (REsp nº 853.040/MT, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 1/4/2008, DJe de 2/6/2008.) – Grifos nossos.

vinculantes, aqueles proferidos em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR e do incidente de assunção de competência – IAC.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2019, p. 146), a lei “não é suficiente para orientar a sociedade ou, bem-vistas as coisas, para sozinha espelhar o direito que conduz a vida social. O direito precisa de algo mais: necessita da colaboração do Judiciário”, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, cuja missão constitucional é uniformizar a interpretação da legislação federal, agregando valores e opções de conteúdo³⁹ ao texto legal de conformação às diretrizes constitucionais.

Vê-se, assim, que a ordem legislativa, integrada pelas decisões judiciais emanadas pelas Cortes Superiores, com caráter vinculante, funcionam como fonte formal do direito anticorrupção.

Outrossim, a súmula vinculante e os demais precedentes de observância obrigatória apresentam a funcionalidade de “enunciações específicas do sentido e alcance do texto constitucional, não sendo correto dizer que um se sobrepõe ao outro. A bem da verdade, um (decisão) explicita o conteúdo e o alcance do que o outro prescreveu (legislação), e assim vale até modificação daquele” (PINHEIRO e ZIESEMER, 2022, p. 147).

2.2.3. Competência legislativa para edição de normas anticorrupção

A competência legislativa para edição de normas anticorrupção é questão de relevo a ser abordada, pois assume papel fundamental na estruturação sistêmica do direito anticorrupção, conferindo-lhe organicidade.

O assunto é controvertido na doutrina. Segundo Pinheiro e Ziesemer (2022, p. 126-127), na elaboração das normas anticorrupção, devem ser observadas as regras de competência legislativa previstas nos artigos 22, incisos I, XVII, XXI, XXII, XXVII e

³⁹ Segundo Marinoni, “tais 'conteúdos', exatamente porque revelam sentidos ou compreensões jurídicas dotadas de novidade, são imprescindíveis para orientar a sociedade e, por consequência, não podem ser ignorados pelos demais órgãos judiciais, sob pena de violação da igualdade perante o direito. Perceba-se que tais 'conteúdos', que se revelam mediante o que se chama de precedentes, também constituem direito, pois aperfeiçoam o produto do legislativo, dando-lhe plena capacidade de operar com imperatividade e eficiência social. Esses 'conteúdos', a partir de valorações racionalizadas mediante a devida argumentação, especificam o significado da lei diante das circunstâncias concretas do caso. Só isso é suficiente para ver que os precedentes são, em razão apenas de sua substância, dotados de força obrigatória. Afinal, nessas condições os precedentes integram a ordem jurídica, naturalmente vinculante.” (MARINONI, 2019, p. 146)

parágrafo único c.c. os artigos 24 e 30, inciso I⁴⁰, da Constituição Federal de 1988, bem como o princípio da simetria. Entendem os Autores que

a criação, previsão de penas e normas do respectivo processo alusivas à crimes (comuns ou de responsabilidade), atos de improbidade administrativa, ilícitos eleitorais, tributários e financeiros é matéria que cabe somente à União, assim como o estabelecimento das normas gerais de licitação (indubitavelmente, um dos principais mecanismos de corrupção na Administração Pública Brasileira.

A competência legislativa sobre matéria de combate à corrupção, na visão dos Autores, é privativa da União⁴¹, inexistindo espaço para a atuação legislativa de Estados e Municípios, salvo diante de autorização concedida por meio de lei complementar, nos termos do parágrafo único do artigo 22 da Carta Maior.

Dessa forma, a tipificação de condutas como ímprobos, o estabelecimento de sanções, a disciplina do procedimento de apuração e de aplicação de sanções, compete apenas à União.

Para demonstrar a importância da preservação da competência legislativa privativa da União, Pinheiro e Ziesemer destacam exemplos das legislações estaduais e municipais que definem os chamados crimes de responsabilidade, em ofensa direta à Súmula nº 46 do Supremo Tribunal Federal⁴².

Explicam os Autores que a proteção à competência privativa da União nesses casos “impede que a maioria política de plantão nas entidades federadas submeta a minoria ou algumas autoridades que investiguem os primeiros à uma espécie de "rolo

⁴⁰ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; ...

XVII - organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes;

XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação, mobilização, inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares;

XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;.....

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

⁴¹ Ziesemer e Pinheiro (2022) indicam, na mesma linha de entendimento, os seguintes Autores: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Método. 8a edição, 2020, p.855; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Forense. 31 a edição, 2019, p.1 023; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 34a edição, 2020, p.1156-1157.

⁴² Súmula Vinculante 46/STF: A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União.

compressor", inibindo ou flexibilizando o combate à corrupção” (PINHEIRO, 2019, p. 127), ao tipificar condutas como crime de responsabilidade e submeter a referida minoria a julgamento pela própria maioria.

O Supremo Tribunal Federal, em recentes julgados, tem reafirmado o entendimento consagrado no sentido de “a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União”⁴³.

A vedação a Estados e Municípios legislarem sobre normas de combate à corrupção, por óbvio, não se estende à competência administrativa concorrente a todos Entes da Federação, prevista no artigo 23, inciso I, da Constituição Federal, que impõe o dever de zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público.

Em decorrência dessa diretriz constitucional, os Estados e Municípios devem adotar medidas administrativas que visem robustecer o controle e o combate à prática de ilícitos, como a criação de secretarias de controles e os órgãos de controle interno das entidades públicas; e fornecer instrumentos para participação dos cidadãos com a implementação de ouvidorias nos órgãos administrativos.

Em sentido contrário ao reconhecimento da competência privativa⁴⁴, Juliana Padrão Serra de Araújo afirma que “a competência para legislar sobre direito administrativo é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal, no que diz respeito

⁴³ EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO DO RIO DE JANEIRO. NORMAS DEFINIDORAS DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE. CÔMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. CONTRARIEDADE À SÚMULA VINCULANTE Nº 46 DESTE SUPREMO TRIBUNAL. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A definição das condutas típicas configuradoras do crime de responsabilidade e o estabelecimento de regras que disciplinem o processo e julgamento das agentes políticos federais, estaduais ou municipais envolvidos são da competência legislativa privativa da União e devem ser tratados em lei nacional especial (parágrafo único do art. 85 da Constituição da República). Súmula vinculante nº 46 deste Supremo Tribunal. 2. Inconstitucionalidade formal das expressões impugnadas nos arts. 100 e 101 da Constituição do Rio de Janeiro por afronta ao disposto no inc. I do art. 22 e parágrafo único do art. 85 da Constituição da República. (...) 5. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucionais as expressões: “importando a ausência, sem justificação adequada, crime de responsabilidade” constante do caput do art. 100; “importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento no prazo de trinta dias” constante do respectivo § 2º e da expressão “constituindo crime de responsabilidade, nos termos da lei, o não atendimento no prazo de trinta dias, ou a prestação de informações falsas” do art. 101, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. (ADI 6637, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 24-01-2023 PUBLIC 25-01-2023)

⁴⁴ Araújo (2022, p.437) faz interessante raciocínio sobre o pertencimento da improbidade ao campo do DAS. Ora, se tratasse de direito administrativo, cada ente federativo teria que editar a sua própria lei de improbidade administrativa - uma vez que a União não detém competência para legislar sobre o direito administrativo a ser aplicado por Estados e Municípios.

a sua própria Administração, cabendo também aos Municípios legislarem sobre o que se refere à matéria de interesse local” (ARAÚJO, 2022, p. 437).

Não obstante o posicionamento da Autora, coadunamos com o entendimento externado por Pinheiro e Ziesemer, na medida em que, no sistema federativo da República do Brasil, visando a organicidade do sistema de combate à corrupção, mostra-se inviável a possibilidade de os entes federativos fixarem as condutas de forma autônoma e independente, sob pena fazer letra morta à Lei de Improbidade Administrativa.

2.2.4. O Sistema Brasileiro Anticorrupção

Apresentadas as fontes formais do direito anticorrupção, sistematizadas de forma hierárquica, tendo a Constituição Federal como vértice da estrutura, seguida dos tratados e convenções internacionais, das leis federais editadas pelo Congresso Nacional e, por fim, dos atos regulamentadores, aí incluídos os decretos, portarias, instruções normativas e outros, cabe organizá-las de forma metodológica e sistêmica, tendo em vista os critérios de (i) transversalidade e interdisciplinariedade do combate à corrupção, “com vários ramos jurídicos atuando concomitantemente sem prejudicialidade entre si”, e a própria Constituição Federal estabelecendo, de forma expressa, hipóteses de autonomia e complementariedade das instâncias de responsabilização⁴⁵ (PINHEIRO e ZIESEMER, 2022, p. 151); e (ii) independência de instâncias, que permite seja o infrator responsabilizado em mais de uma instância, a partir da mesma conduta tipificada como ilícita.

Levando em consideração essas circunstâncias e visando imprimir caráter metodológico e organicidade sistêmica no estudo do sistema de combate estatal contra a corrupção, Pinheiro e Ziesemer (2021, p. 152-164) propõem a estruturação de um **Sistema Brasileiro Anticorrupção** integrado por diversos microssistemas, agrupados

⁴⁵ A título de exemplificação, confirmam-se os seguintes dispositivos constitucionais: Art. 14, § 10: O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. Art. 14, § 11: A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé. Art. 37, §4º: Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Art. 37, §5º: A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

pelos critérios de instâncias de responsabilização e do ramo do direito em cujas normas foram editadas.

Sob essa ótica, os microsistemas, no modelo proposto, configuram regimes jurídicos de responsabilização por atos de corrupção, relativamente autônomos, com arcabouços normativos próprios, dos quais é possível extrair princípios e regras que lhes são próprios.

Pinheiro e Zieseimer (2022, p. 152) consignam a existência dos seguintes microsistemas anticorrupção, cada qual com um regramento normativo próprio, dos quais podem ser auferidos os princípios e as regras que os informam e enformam⁴⁶: (i) Político-Administrativo; (ii) Criminal; (iii) Cível-Administrativo; (iv) Administrativa Estrito Senso; (v) Cível-Eleitoral; e (vi) Cível Estrito Senso.

Os microsistemas que compõem o sistema brasileiro anticorrupção, de acordo com os parâmetros adotados para sua sistematização, possuem regramento normativo e campo de incidência próprios, dos quais serão apresentadas as diretrizes gerais, para exata compreensão do sistema, frisando-se que o objeto do presente estudo é o microsistema cível-administrativo.

(1) Do Microsistema Político-Administrativo

O microsistema Político-Administrativo é composto pelas normas em que são capitulados os crimes de responsabilidade, enquanto infrações político-administrativas, destacando-se os artigos 29-A, 50, § 2º e 85, da Constituição Federal, a Lei nº 1.079/50, a Lei nº 7.160/89 e os artigos 4º e 7º do Decreto-Lei nº 201/67.

O espelho do microsistema proposto por Pinheiro e Zieseimer seria o Direito Político-Constitucional Sancionador, no qual estariam inseridas

[a]s únicas sanções pronunciadas pelas Casas Legislativas, que não se alocam no DAS, são as derivadas da prática de crime de responsabilidade (instituto do impeachment), porque constituem sistema de responsabilização de agentes públicos com regime sancionatório próprio, de natureza político-constitucional (artigo 52, inciso I e II CF). (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 97)

⁴⁶ Segundo Mazza (2020, p.109): "Princípios são regras gerais que a doutrina identifica como condensadoras dos valores fundamentais de um sistema. Por meio de um processo lógico denominado abstração indutiva, os estudiosos extraem da totalidade de normas específicas as ideias-chave que animam todo o complexo de regras. Assim, os princípios informam e enformam o sistema normativo. Informam porque armazenam e comunicam o núcleo valorativo essencial da ordem jurídica. **Enformam porque dão forma, definem a feição de determinado ramo**". (grifo nosso)

(2) Do Microsistema Criminal

Busca a apuração, processamento e julgamento, por meio de ação penal, de condutas decorrentes das relações estritamente pública, pública-privada e exclusivamente privada, que estejam tipificadas no Código Penal e na legislação especial. Nesse ambiente, a sanção é aplicada exclusivamente pelo Poder Judiciário, tendo em vista os bens jurídicos atingidos pela condenação, notadamente a liberdade.

A inter-relação entre o microsistema penal e os demais microsistemas é ponto de grandes discussões doutrinárias atuais, mormente no que se refere ao posicionamento do direito penal como *ultima ratio*, ao direito de intervenção e à delimitação do espectro de aplicação do princípio do *ne bis in idem*.

(3) Do Microsistema Cível-Administrativo:

É o microsistema onde atua o sistema de responsabilização do Direito Administrativo Sancionador da Improbidade Administrativa. Nessa ambiência está prevista a capitulação dos (i) atos de improbidade administrativa – previstos no artigo 37, § 4º da Constituição Federal, na Lei Complementar nº 101/2000 e nas Leis nºs 8.429/92, 8.666/93, 8.730/93, 9.504/97, 12.257/2011, 13.303/2016 e 13.608/2018 – , (ii) atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural – nos termos do artigo 5º, incisos LXXIII, c.c. o artigo 1º da Lei nº 4.717/65 – e (iii) atos contra a Administração Pública – capitulados na Lei nº 12.846/20.

(4) Do Microsistema Administrativo estrito senso

O microsistema administrativo estrito senso abarca as hipóteses dos chamados ilícitos funcionais previstos nas diversas leis estatutárias do setor público, que abre a possibilidade de instauração do processo administrativo e permite o exercício do poder disciplinar pela Administração Pública.

(5) Microsistema Eleitoral

Microsistema que tem como objeto os ilícitos eleitorais (cíveis e criminais), exemplificativamente o abuso de poder (político, econômico ou dos meios de comunicação), as condutas vedadas em ano eleitoral, a captação ilícita de sufrágio, a captação e gastos ilícitos de campanha, bem como os crimes eleitorais.

(6) Microsistema Cível estrito senso

Tratam dos ilícitos cíveis previstos no âmbito do Direito Civil, do Direito do Consumidor e Direito Empresarial

Delimitado o campo de atuação do DAS anticorrupção e seu posicionamento no Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção proposto por Pinheiro e Ziesemer, mister se faz verificar a topografia do DAS anticorrupção dentro da estrutura do próprio DAS, analisando sua evolução histórica, doutrinária e estrutural até a configuração atual, e as soluções alternativas dos conflitos, com as definições dos espaços de consenso previstos na legislação pertinente.

2.3. O Direito Administrativo Sancionador – DAS

2.3.1. Evolução e Desenvolvimento do Direito Administrativo Sancionador

Na lição de Fabiano André de Souza Mendonça, o “Direito é essencialmente evento social que necessita de racionalização, compreendendo conteúdos localizados em contextos históricos e culturais” (MENDONÇA, 2000, p. 26).

Nessa linha de pensamento, a contextualização histórica do direito administrativo sancionador para melhor e exata compreensão da atual conformação se mostra pertinente.

O Direito Administrativo Sancionador, como é sabido, é parte integrante do sistema estruturante do Direito Administrativo, razão pela qual não seria possível tratar de sua evolução sem transitar pelo histórico e evolução do próprio Direito Administrativo, especialmente na sua trajetória no pós-segunda guerra mundial, quando surgiram as atuais constituições de países europeus como Itália, França, Alemanha, Portugal e Espanha⁴⁷.

No período que antecedeu a segunda guerra mundial, a chegada dos nazistas ao poder na Alemanha instituiu modelo de atuação administrativa pautada na onda populista, que levou à remodelação do sistema jurídico da época, baseado em fontes supralais do direito, especificamente na supremacia racial e na liderança do chefe do poder, o Governante. A atuação administrativa se confundia com a vontade do Führer e se caracterizou pelas sistemáticas violações a direitos e garantias individuais de diversos grupos sociais (ALVES e ALBUQUERQUE, 2021, p. 260).

Diante das consequências do nazismo, diversos países europeus buscaram novos marcos democráticos para o direito administrativo. O período pós-guerra se caracterizou

⁴⁷ A Constituição da República Italiana, promulgada em 1947; Constituição da França, promulgada em 1958; Constituição da República de Portugal, promulgada em 1976; Constituição Espanhola, promulgada em 1978; Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, promulgada em 1949.

pela implementação de processos de renovação jurídica nos países diretamente afetados pelo conflito, baseados nas novas expectativas sociais dos povos.

O movimento resultou no surgimento de constituições alicerçadas na garantia de direitos e liberdades individuais, que inevitavelmente exigiram a instauração de regimes jurídico-administrativos compatíveis com as novas diretrizes constitucionais (ALVES e ALBUQUERQUE, 2021, p. 262); sob a perspectiva que “as expectativas sociais em torno de uma redemocratização com ênfase na garantia de direitos e liberdades ampliam as exigências por uma dogmática jurídica compatível com essas diretrizes” (idem, p. 263 – grifo nosso).

O contexto vivenciado na Europa pavimentou o caminho para o processo de constitucionalização do direito, cuja ideia “está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (BARROSO, 2012, p. 32), repercutindo sobre a atuação dos três poderes⁴⁸, notadamente sobre as relações com os particulares.

O marco inicial do movimento de constitucionalização do direito, segundo leciona o Ministro Luís Roberto Barroso (2012, pp. 41-42), foi estabelecido na Alemanha, onde o Tribunal Constitucional Federal assentou que o sistema jurídico é o guardião de direitos e valores que devem informar e condicionar a interpretação de todos os ramos do direito, vinculando os poderes estatais. Nesse país, o movimento resultou na alteração de diversas leis à época vigentes para se adequarem à interpretação conforme à constituição (BARROSO, 2012, p. 35).

Na Itália, o processo de constitucionalização do direito iniciou-se na década de 60, após a instalação da Corte Constitucional Italiana, quando as normas constitucionais de direito fundamentais passaram a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do legislador ordinário (BARROSO, 2012, p. 37).

⁴⁸ A repercussão da constitucionalização do direito sobre o **poder legislativo**, segundo BARROSO (2012, p. 32-33), ocorreu da seguinte forma: “(i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais”, em relação ao **poder executivo**: “(i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor-lhe a ele deveres de atuação, ainda (iii) fornecer fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário; e quando ao **poder judiciário**, “(i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema”; e para os **particulares**, “estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais”. (Grifos nossos)

Diferentemente da Alemanha e da Itália, onde o processo de constitucionalização do direito ocorreu de forma vigorosa, na França, o movimento teve início mais tardiamente, principalmente pelo fato de a Constituição de 1958 não ter previsto um sistema de controle de constitucionalidade, seja nos moldes europeu, seja no modelo americano.

O sistema de controle de constitucionalidade na França originariamente estava lastreado apenas no controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional⁴⁹. Segundo Barroso (2012, p. 39), a constitucionalização do direito enfrentou forte resistência da doutrina tradicional, que enxergava grave ameaça de usurpação dos poderes do Conselho de Estado e da Corte de Cassação.

No Brasil, a Constituição Federal, fruto da redemocratização da sociedade brasileira, abarcou em seu texto os principais ramos do direito; circunstância que teve o condão de influenciar os limites de atuação do legislador ordinário em todos os setores da sociedade, bem como os de interpretação constitucional das normas infraconstitucionais de diversos ramos do direito pelo Poder Judiciário.

A Constituição Federal do Brasil, além da inafastável supremacia formal, passou a ocupar posição de supremacia material e axiológica, em decorrência da abertura do sistema jurídico e da imposição de normatividade aos princípios. A Lei Maior, portanto, constituiu-se parâmetro de validade para o ordenamento legal, bem como diretriz exegética de todas as normas do sistema jurídico brasileiro.

O processo de constitucionalização do direito no Brasil, assim como em países com democratização mais tardia, como Espanha e Portugal, ocorreu de forma mais

⁴⁹ Segundo Renaud Bourget, “[s]e desde a sua criação pela Constituição da 5ª República de 1958 o Conselho Constitucional não tinha consciência do panorama jurisdicional, todo um setor doutrinário ressalta que esse não é mais o caso desde a entrada em vigor, em 1º de março de 2010, da revisão constitucional de 23 de julho de 2008 relativa à Questão Prioritária de Constitucionalidade (Question prioritaire de constitutionnalité ou QPC). Com efeito, se o controle da constitucionalidade preventivo, ou Controle a priori, era até então o único que existia, desde então o Conselho também exerce um controle a posteriori sobre as leis. Trata-se de uma evolução fundamental. Antes da reforma constitucional, não era possível, por um lado, contestar a constitucionalidade de uma lei que já havia entrado em vigor. Por outro lado, ao exercer o seu controle no âmbito do processo legislativo, o Conselho Constitucional foi acusado de agir como um “colegislador” ou um tempero da “terceira câmara”. Portanto, não foi considerado como um órgão jurisdicional, mas como um órgão político. Desde então surgiram as declarações doutrinárias segundo as quais o Conselho Constitucional entrou na “paisagem jurisdicional” ou que se tornou plenamente “juiz constitucional” ou, ainda, que “é pronunciado como um verdadeiro juiz” e que graças à nova sistemática que oferece o QPC, que mereceria um exame completo. A verdade é que, quando o controle preventivo era o único existente, o Conselho Constitucional intervinha apenas no processo legislativo - imediatamente após a votação da lei e antes da sua promulgação - enquanto que a via de exceção ou forma acidental agora intervém no âmbito do contencioso ordinário. Em suma, com esta nova forma de controle, o Conselho Constitucional entrou no panorama jurisdicional, uma vez que o processo constitucional que ele permite se desenvolve a partir do processo ordinário, seja ele judicial ou administrativo” (BOURGET, 2020, p. 97-98).

intensa e célere, mormente em razão da convergência de circunstâncias favoráveis como a natureza analítica da constituição, sua rigidez e a instituição de sistema judicial de controle de constitucionalidade concentrado e difuso⁵⁰.

Nessa linha de entendimento, o Ministro Luís Roberto Barroso conclui que

[a] Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema (BARROSO, 2012, p. 41)

Diante do vigoroso movimento de constitucionalização do direito ocorrido no Brasil, sua influência na evolução teórico-científica do direito administrativo sancionador é marcante, notadamente na do regime jurídico-administrativo até sua conformação atual. Nessa perspectiva, a evolução do DA deve ser examinada sob a ótica de três circunstâncias, a saber: (i) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; (ii) a sequência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos e (iii) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias desse ramo do direito (BARROSO, 2012, p. 47).

Com efeito, a inauguração do Estado Social e Democrático de Direito, pelo advento da Constituição Federal de 1988, iniciou uma série de mudanças na ordem jurídica, econômica, social e política no Brasil.

No espectro da ordem jurídica, ramos do direito foram objeto de profundas transformações e robustecimento, dentre eles o regime jurídico-administrativo inerente ao Direito Administrativo⁵¹, ramo do direito que

governa as relações e normas jurídicas relacionadas à tutela, densificação e concretização de interesses públicos em contexto de irreprimível garantia de direitos individuais, sociais, difusos e coletivos, amparados na Constituição Federal, como projeção da cidadania e da dignidade humana na condição de fundamentos da República. (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 84)

⁵⁰ BARROSO (2012, p. 33), citando Ricardo Guastini, afirma que algumas condições tem o condão de permitir um processo célere e vigoroso da constitucionalização do direito, todos presentes no Brasil, a saber: “(i) uma Constituição rígida, (ii) a garantia jurisdicional da Constituição, (iii) a força vinculante da Constituição, (iv) a “sobreinterpretação” da Constituição (sua interpretação extensiva, com o reconhecimento de normas implícitas), (v) aplicação direta das normas constitucionais, (vi) a interpretação das leis conforma a Constituição e (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

⁵¹ “Direito Administrativo, entendido no Brasil como conjunto de normas jurídicas disciplinadoras da organização, do funcionamento, da estruturação, do exercício, dos resultados e consequências, e do controle da produção jurídica a cargo das Administrações Públicas nos diversos órgãos e Poderes da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal” (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 84)

Sob essa ótica, foi notório o incremento da atuação administrativa do Estado na vida social da população, especialmente no campo da defesa dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal, que promoveu a estruturação do Estado Social e Democrático de Direito.

Uma profunda transformação da Administração Pública a nível institucional foi observada, em decorrência do feixe de valores e princípios instituídos pela Constituição Federal, especificamente dos previstos no artigo 37, que materializaram os novos alicerces do Estado para a consecução dos direitos fundamentais e sociais para a sociedade brasileira.

A Constituição Federal de 1988 trouxe nova fórmula pela qual a função administrativa deve ser exercida pelos órgãos e entidades do novo regime jurídico-administrativo.

O Estado Social, justificado pelas profundas desigualdades sociais e territoriais existentes no Brasil, direciona a atuação da Administração Pública no sentido da proteção da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da participação democrática, para a busca da consagração dos direitos individuais e sociais e da realização da justiça social pela ordem econômica (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 85).

O campo de atuação administrativa se tornou fértil, resultando no movimento denominado de “administrativização” da vida social, lastreado no novo paradigma normativo-principiológico constitucional, que, gradual e paulatinamente, consagrou a supremacia constitucional como marca inseparável do Estado Social e Democrático.

Segundo Bandeira de Mello (2019), citado pelos Professores José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti,

há princípios expressos e implícitos a conferir uma sistematicidade e racionalidade ao Direito Administrativo Brasileiro, e todos alçados ao plano da Constituição como elementos essenciais de proteção da realização de interesses públicos (...) que a atividade administrativa está juridicamente destinada a perseguir no cotidiano, na prática, no mundo da realidade fática, que exige transformações. (BANDEIRA DE MELLO, 2019, p.70-80 apud OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 86)

A atuação estatal foi direcionada, portanto, fundamentalmente à consecução do interesse público, consubstanciado na concretização dos direitos individuais e sociais

previstos no Texto Constitucional, em especial da cidadania e da dignidade da pessoa humana na condição de fundamentos da República (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 84).

Na busca da efetiva defesa e atingimento do interesse público no exercício da função administrativa, amparado nas regras e valores constitucionais e do ordenamento jurídico-administrativo, ao Poder Público é imposto o dever de atuar de forma ética e proba na tutela do patrimônio público e nas relações e condutas intersubjetivas de agentes públicos e de administrados, compreendidas as pessoas físicas e jurídicas.

No cumprimento do dever que lhe é imposto, a contemporânea Administração Pública necessita de instrumentos e ferramentas modernas, suficientes e eficientes que lhe permitam atuar de forma célere e efetiva, dentre as quais se destacam (i) as sanções jurídico-administrativas e (ii) os espaços de consenso previstos na legislação anticorrupção, ambos frutos da atribuição do caráter instrumental das potestades públicas (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 84).

Emerge, assim, de forma inequívoca, a imprescindibilidade de atuação do direito administrativo sancionador, pois “[a] institucionalização de modelos sancionatórios é condição indispensável para resguardar os bens e interesses valiosos à forma de organização política do Estado” (idem), em especial a probidade administrativa.

Conclui-se que o direito administrativo sancionador, ramo do direito administrativo, tem papel fundamental na implementação do Estado Social e Democrático, pois é a partir da instituição dos modelos sancionatórios que a Administração Pública participa da conformação social da sociedade, visando o atingimento da finalidade pública.

Não se pode olvidar, todavia, que o direito sancionador deve sempre resguardar os direitos e garantias constitucionais. Vale destacar a lição dos Professores Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flavio Amaral Garcia, no sentido de que o

Direito Punitivo estatal, tanto no Direito Penal como no Direito Administrativo, funda-se sobre um conjunto de princípios e regras garantidoras de direitos dos administrados e dos cidadãos que, apesar das diferentes formas de aplicação, a depender de se tratar de infração penal ou administrativa, informa o *ius puniendi* estatal. Sem a observância de tais normas a atividade punitiva estatal se torna ilegítima e arbitrária” (MOREIRA NETO e GARCIA, 2013, p. 9)

O aperfeiçoamento⁵² do Direito Administrativo Sancionador (DAS) Brasileiro tem se apoiado, principalmente, no desenvolvimento dogmático das potestades punitivas não penais, decorrente da crescente presença do Estado nos diversos setores da sociedade, notadamente na regulação e na conformação da vida social (OLIVEIRA e GROTTI, 2022, p. 216), que também passa a exigir, cada vez mais, a efetiva participação do cidadão no processo decisório da Administração.

2.3.2. Os sistemas de responsabilização do Direito Administrativo Sancionador

Do desenvolvimento do DAS após o advento da Constituição Federal

O Direito Administrativo Sancionador (DAS), em países como Espanha, Alemanha, Portugal, França e Itália – nos quais o movimento de constitucionalização do direito ocorreu há mais tempo –, alcançou maior desenvolvimento científico, jurisprudencial e doutrinário; diferentemente do Brasil, que somente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a doutrina passou se debruçar sobre o tema de forma contínua e crescente, especialmente no que se refere às interfaces com os campos do direito penal e do direito administrativo (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 84).

É inquestionável a forte transformação, reconfiguração e expansão observadas no Direito Administrativo Sancionador após o advento da Constituição Federal de 1988, as quais resultaram na sua completa remodelagem, notadamente se comparado às constantes fontes de abusos noticiadas no período do regime militar (1964-1985) (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 83).

A expansão do DAS, após a constitucionalização das bases normativas fundamentais, tem amparo na evolução do arcabouço normativo pertinente, nitidamente

⁵² Segundo OLIVEIRA e GROTTI (2022, p. 84): As discussões no âmbito doutrinário permanecem intensas e atuais, mormente no que tange ao campo material do direito administrativo sancionador. Segundo Oliveira e Grotti (idem), as principais controvérsias doutrinárias estariam presentes, notadamente nos seguintes questionamentos: (i) quais sanções deve o mesmo acolher na sua sistematização; (ii) quais as funções das sanções sob a sua égide; (iii) quais princípios constitucionais disciplinadores em sua estrutura jurídica fundamental e como devem ser aplicados – seja sob o aspecto material do domínio sancionatório, seja sob o aspecto formal deste campo normativo; (iv) quais os princípios governantes das relações entre as sanções do DAS e as demais sanções, sobretudo judiciais criminais; (v) quais mudanças e aperfeiçoamentos experimentados por este setor do direito positivo; e, por fim, (vi) quais as recentes tendências nesta seara jurídica sancionatória.

influenciado pelas normas de direito internacional incorporadas pelo Estado brasileiro, Nessa linha, importante registrar que

ao longo dos anos, vem debatendo a extensão dos direitos e garantias fundamentais na sua órbita, neste movimento de criação e recriação de regimes sancionatórios. É difícil indicar legislação administrativa nacional e federal relevante (geral ou setorial) – incluindo as legislações dos demais entes federativos e sem olvidar normas de direito internacional público internalizadas – que não tenha impactado o Direito Administrativo Sancionador, sua forma de compreensão, estruturação, interpretação e aplicação de suas normas. (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 88)

Diante do forte influxo das normas constitucionais por todo o ordenamento jurídico pátrio, o Professor Pedro de Oliveira Alves defende que “é preciso repensar o modelo constitucional do *jus puniendi* tanto na esfera do Direito Penal como também em outras áreas de responsabilidade jurídica” (ALVES e ALBUQUERQUE, 2021, p. 263), sendo o “Direito Administrativo Sancionador que deve congrega as normas estatais sancionadoras não aplicadas pela jurisdição penal” (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 85).

Ora, a disciplina das relações e normas jurídicas é realizada no âmbito do Direito Administrativo, que sempre deve visar a concretização de interesses públicos com observância da garantia de direitos individuais, sociais, difusos e coletivos, amparados na Constituição Federal, como projeção da cidadania e da dignidade humana na condição de fundamentos da República.

O ordenamento jurídico-administrativo, na busca da efetividade na defesa de interesses públicos,

necessita lançar mão de sanções jurídicas, no regramento das condutas intersubjetivas de agentes públicos e de administrados (pessoas físicas e jurídicas). A institucionalização de modelos sancionatórios é condição indispensável para resguardar os bens e interesses valiosos à forma de organização política do Estado. Nestes modelos, as sanções decorrem do processo de imputação de responsabilidade em razão da prática de ilícitos. (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 84)

A instituição de modelos sancionadores é realidade necessária para a atuação administrativa na consecução do interesse público nos diversos setores da sociedade⁵³,

⁵³ A demonstrar a pluralidade do Estado e o campo de abrangência do direito administrativo sancionador, destaca-se que “Sob este figurino constitucional, assiste-se, desde então, uma contínua progressão da atividade administrativa, o que trouxe consequências quantitativas e qualitativas no plano das normas de Direito Administrativo Sancionador, que se espraiou em diversas direções. Na esfera jurídica da própria Administração Pública, em matérias como regime disciplinar de diversas funções públicas (âmbito civil e militar), licitações e contratos, utilização de bens públicos e serviços públicos. Na regulamentação de

com situações e circunstâncias complexas e específicas de cada uma delas. Os modelos sancionatórios devem abranger assim

diferentes aspectos, dentre outros: aplicação de medidas para assegurar a higidez da ordem pública ou a eficácia dos serviços e funções; exercício do poder de polícia; aplicação de medidas disciplinares por vínculos hierárquicos; e até mesmo em razão de cláusulas negociais no âmbito administrativo. (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 127)

No Estado Social e Democrático, o interesse público definitivamente se desvinculou dos meros interesses de gestores administrativos, diante da nova configuração normativa e da realidade social.

Em um ordenamento multifacetado e plural, os interesses públicos são dotados de alta complexidade pela diversidade dos direitos a serem alcançados – individuais, sociais, econômicos, culturais, políticos, difusos e coletivos –, que demandam “processo diferenciado de concretização do arcabouço constitucional em cada atuação do aparelho administrativo” (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 87).

Atento à necessidade de ter-se processo diferenciado para cada setor de atuação estatal na consecução dos direitos constitucionais, o DAS, diante da complexidade do arcabouço normativo multissetorial, busca estabelecer, de forma sistêmica, sua identidade e funcionalidade para legitimar a aplicação das sanções, sem atentar contra os direitos e garantias dos administrados.

Assim, na definição da identidade do DAS, Grotti e Oliveira, em consonância a doutrina abalizada e majoritária⁵⁴, destacam que

esta perspectiva ordenamental localiza o problema das sanções administrativas dentro de contexto sistêmico do direito positivo, e incentiva o estudo aprofundado da sua funcionalidade (consciente da heterogeneidade dos interesses públicos) e dos direitos e garantias fundamentais (na órbita do

atividades sujeitas a competências ordenatórias, típicas de polícia administrativa, como segurança pública, trânsito, meio ambiente, saúde pública, proteção de consumidores, ordem financeira, tutela da concorrência, tutela da ordem urbanística, mercados de valores mobiliários, pesos e medidas, patrimônio cultural etc. Na regulação de setores sociais e econômicos relevantes, como telecomunicações, energia elétrica, petróleo e gás, transportes terrestres e aquaviários, águas, aviação civil, saneamento básico, educação, terceiro setor etc. Na tutela da probidade, no regramento de códigos de conduta e de ética, da improbidade administrativa, de atos lesivos à administração nacional e estrangeira etc.” (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 88)

⁵⁴ Citando Oliveira e Grotti (2018, p. 91): “Este prisma de análise também pode ser muito bem vislumbrado em diversos e relevantes estudos. Assim se percebe nos trabalhos de Fábio Medina Osório, Eduardo Rocha Dias, Edílson Pereira Nobre Júnior, Raphael Munhoz de Mello e Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Também merece anotação o tratamento metucioso e aprofundado conferido por Daniel Ferreira em sua Tese de Doutorado às infrações administrativas, vis a vis os ilícitos penais. Contemporâneo desta perspectiva, merece registro o capítulo na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello”.

devido processo legal formal e substancial), a fim de que o Direito Administrativo Sancionador não se legitime como rota de fuga de garantias constitucionais. (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 90-91)

É de se ver que a identidade e a estruturação do direito administrativo sancionador configuram questões complexas e prementes, notadamente diante do atual arcabouço normativo pátrio.

Adotando-se o critério subjetivo ou orgânico, seria possível afirmar que o DAS “inicia e termina onde houver atividade sancionatória exercida por órgãos e entidades da Administração Pública” (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 96).

Ocorre que o DAS não se restringe a tutelar os bens protegidos no âmbito das atividades administrativas exercidas pelo Poder Executivo, pois exerce seu domínio também sobre a atividade administrativa desempenhada no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário e dos órgãos constitucionais autônomos e independentes, aí abrangidos o Tribunal de Contas e o Ministério Público.

Na árdua tarefa de definição da identidade/conceito do DAS, ao que se afigura, os critérios apresentados (subjetivo, orgânico, formal) não se mostram suficientes para abarcar integralmente o campo de atuação do combate à improbidade administrativa.

Dessa forma, diante do plurissetorial e complexo contexto normativo pátrio, é necessário ampliar a compreensão da identidade do DAS, suplantando a análise da questão do critério formal, baseado nas infrações ou sanções pronunciadas no exercício da função administrativa, e do critério orgânico/subjetivo, lastreado na circunstância de as sanções serem aplicadas pelos entes “ou órgãos da Administração Pública.

A necessidade de ampliação da compreensão da identidade do DAS, na medida em que o estudo das infrações e sanções não recobrem todas as variáveis estruturantes do seu atual escopo, faz surgir o conceito de sistema de responsabilização administrativa, mais abrangente ou adequado para esta finalidade (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 104-105).

No moderno modelo metodológico proposto por Oliveira e Grotti, o conceito de sistema de responsabilização é fundamental para compreensão da esfera estatal sancionatória, mormente pelo aspecto, já destacado nesse estudo, de que o DAS atua em diversos setores ou campos materiais, com abrangência e limites próprios.

Na definição apresentada pelos Autores, sistema de responsabilização é

o conjunto de normas jurídicas que delineiam, com coerência lógica, a

existência de um sistema impositivo de determinadas consequências jurídicas contra o sujeito infrator e/ou responsável, levando-se em conta a prévia tipificação do ato infracional e das sanções imputáveis, o processo estatal de produção e os bens jurídicos ou interesses públicos constitucionalmente protegidos com sua institucionalização normativa. Como sistema, o plexo deve ser dotado de unidade e coerência, em vista da finalidade normativa que o categoriza. Como subconjunto normativo, sujeita-se à prévia conformação legal de suas estruturas às injunções principiológicas superiores – materiais e formais – contidas na Constituição. (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 105)

Em complementação metodológica à ideia de sistematização e organicidade objetivada com o sistema de responsabilização do direito administrativo sancionador, destaca-se conceito sobre “Política Pública de Conformidade de Condutas”, que abrange o de sistema de responsabilização.

Esse conceito mais amplo

consegue albergar todos os institutos que **sistematicamente** devem ou podem ser utilizados pelo Estado na busca de efetividade do Direito. O que incluirá o estudo da possibilidade de criminalização de condutas, de forma complementar ou excepcional em cada vertente de intervenção administrativa do Estado. O conceito mais alargado demonstra que a reação estatal pressupõe uma racionalidade geral, mesmo em ordenamentos de estados federais em que o Direito Penal está concentrado na atribuição legislativa federal, e o direito administrativo sancionador está disseminado entre todas as esferas federativas como espelho de suas autonomias político-administrativas. Como ocorre no Brasil, nos termos da Constituição Federal (artigo 18, caput e artigo 22, inciso I). (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 105-106) (grifos nossos)

A partir do estabelecimento dos sistemas de responsabilização, é possível identificar os **interesses públicos** que se busca tutelar em cada sistema, definir, com mais precisão, os valores e princípios pertinentes àquele setor, e, por conseguinte, visualizar os principais elementos constitutivos próprios de cada sistema de responsabilização: infrações administrativas, sanções administrativas e processo administrativo, permitindo, ainda, a melhor compreensão sobre medidas administrativas acautelatórias, medidas preventivas, e a possibilidade de utilização da técnica de atuação consensual no seu âmbito (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 105).

Assim, é possível afirmar que a maior funcionalidade do “DAS está na forma singular de proteção institucional que oferece a interesses públicos cuja guarda e realização são normativamente atribuídas a órgãos e entidades da Administração Pública ou relacionadas com o exercício da função pública” (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 109-110).

Prosseguindo nessa linha de raciocínio, fica evidente a estrita vinculação⁵⁵ do DAS com a consecução do interesse público, sendo certo que

a sua existência já por si é corolário institucional da supremacia do interesse público. Do mesmo modo, todo o conjunto de exigências que o moldam e limitam a sua arquitetura refletem a indisponibilidade desse interesse, porque tal conjunto não é ditado por um regime jurídico aleatório, mas nos termos preconizados pela Constituição, e pelas leis que lhe são conformes. Para assegurar a realização legítima do interesse público, a indisponibilidade congrega a necessária observância dos direitos e garantias fundamentais aplicáveis no DAS (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 110).

Para a Professora Alice Voronoff (apud Oliveira e Grotti, 2020, p. 116), o DAS se justifica na proteção do interesse público, com o concomitante resguardo aos Administrados das garantias e direitos fundamentais do Estado Social e Democrático, como elemento da moralidade constitucional. Além disso, reconhece a subordinação do DAS aos princípios constitucionais da eficiência, proporcionalidade e economicidade, que legitimam sua dimensão pragmática nesta seara.

Considerando o acelerado desenvolvimento da sociedade e, conseqüentemente, do surgimento de novos segmentos sociais com interesses próprios legítimos, o DAS, amparado nos aspectos pragmático e instrumental, deve buscar a institucionalização de “modelos dinâmicos, especializados, sensíveis às demandas e mudanças econômicas, sociais, factuais e tecnológicas cada vez mais comuns. Modelos que promovam o atendimento aos valores de coerência, racionalidade e segurança jurídica na tutela dos objetivos de interesse público” (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 116).

Categorização dos sistemas de responsabilização no DAS

Na perspectiva da atuação do sistema do DAS em diversas esferas de Poder e áreas temáticas, é proposta uma categorização de sistemas de atuação do DAS lastreada nas **potestades sancionadoras** afetas aos diversos órgãos e entidades da estrutura da República Federativa do Brasil – Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Tribunal

⁵⁵ Sobre a vinculação entre o DAS e o interesse público os Professores José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2020, p. 110) fazem interessante analogia. Veja-se: “Esta relação umbilical entre interesse público e DAS se compara à relação do DNA para os organismos vivos. A partir dela se estabelecem o desenvolvimento e o funcionamento de todas as manifestações do regime jurídico-administrativo sancionador, e suas respectivas funcionalidades no âmbito das matérias reguladas. O conjunto variado de funções que o DAS deve desempenhar no ordenamento jurídico varia, fundamentalmente, na dependência do segmento do direito administrativo a que adere certo sistema”.

de Contas e Ministério Público –, no âmbito do exercício das funções precípuas estabelecidas na Constituição Federal⁵⁶ (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 97-102).

Vale lembrar que, relativamente ao exercício da função administrativa pelos Poderes Legislativo e Judiciário, pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público nas matérias de gestão de pessoas, licitações e contratos, utilização de bens públicos etc, eventual necessidade de aplicação de sanções deve ser realizada pelos órgãos legislativos ou judiciários, no âmbito da sua autonomia administrativa, com base nas regras do Direito Administrativo Sancionador Geral.

Por outro lado, no âmbito de suas atividades finalísticas, levando em consideração as potestades administrativas existentes nos órgãos e entes dos diversos Poderes de estabelecer as condutas ilícitas e respectivas penalidades, bem como aplicá-las no caso concreto.

Nesse contexto, é proposta a existência de sistemas de direito administrativo sancionador, cada qual com leis disciplinadoras próprias, submetidas às injunções principiológicas superiores – materiais e formais – contidas na Constituição.

Sob essa ótica, os sistemas de responsabilização existentes no ordenamento jurídico pátrio são:

- 1) no Poder Legislativo:
 - a. Direito Administrativo Sancionador Disciplinar Parlamentar,
 - b. Direito Político-Constitucional Sancionador;
- 2) no Tribunal de Contas:
 - a. Direito Administrativo Sancionador de Controle Externo;
- 3) no Poder Judiciário:
 - a. Direito Administrativo Sancionador Disciplinar Judicial,
 - b. Direito Administrativo Sancionador Notarial,
 - c. Direito Administrativo Sancionador Disciplinar Militar e
 - d. Direito Administrativo Sancionador da Tutela da Criança e do Adolescente;

⁵⁶ Na lição de Oliveira e Grotti, “De todo modo, é incontestável que a competência sancionadora de órgãos ou entes da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo de todos os entes federados (União, Estados Municípios e Distrito Federal) compõe o Direito Administrativo Sancionador. Se algumas dúvidas poderiam surgir relativamente a outros Poderes ou Instituições constitucionalmente independentes, em razão do critério subjetivo, neste raio de abrangência do exercício típico da função administrativa não há como suscitá-las. **Observe-se que esta vertente axial da disciplina congrega, concomitantemente, o critério material, orgânico e formal. Aqui se designa seu escopo precípuo de abranger as potestades sancionadoras afetas às diversas entidades e órgãos do aparelho administrativo, sob o regime de direito administrativo sancionador**”. (grifo nosso)

- e. Direito Sancionador Judicial Eleitoral; na esfera da justiça eleitoral,
- f. Direito Sancionador da Improbidade, objeto de estudo do presente trabalho;**

4) no Ministério Público:

- a. Direito Administrativo Sancionador Disciplinar Ministerial e
- b. Direito Administrativo Ministerial

Tendo em vista a classificação acima apresentada, mister se faz tecer breves linhas sobre o objeto de atuação de cada um dos sistemas de responsabilização integrantes do DAS brasileiro.

Com efeito, no âmbito do Poder legislativo, verificam-se dois subsistemas. O Direito Administrativo Sancionador Disciplinar Parlamentar, que abarca o regime jurídico sancionador singular para aplicação das sanções de perda de mandato de membros dos poderes legislativos das unidades federativas, conforme arts. 27, § 1º, 32, § 3º e 55, todos da Constituição Federal; e, no que se refere às sanções aplicadas pelo Poder Legislativo derivadas da prática de crime de responsabilidade, tem-se o regime próprio de responsabilização de agentes públicos, nos termos do artigo 52, incisos I e II, da Constituição Federal, podendo-se falar em Direito Político-Constitucional Sancionador.

O Direito Administrativo Sancionador de Controle Externo é afeto às sanções editadas pelos Tribunais de contas, responsáveis pelo controle contábil, financeiro e orçamentário, nos termos do artigo 71 da Constituição, no exercício de função administrativa peculiar.

O sistema de responsabilização do Direito Administrativo Sancionador Disciplinar Ministerial diz respeito à gestão da carreira dos membros do Ministério Público, mesmo que o ato sancionatório seja prolatado por órgão do Judiciário ou pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. Por outro lado, quanto à atividade finalística do Ministério Público, tem-se que o Direito Administrativo Sancionador Ministerial é o encarregado da tutela do patrimônio público e social, nos termos do artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, sendo competente para instaurar procedimento apuratório e fiscalizar a existência de ilícitos, notadamente no âmbito da improbidade administrativa. Além disso, não refoge ao direito administrativo sancionador a

atividade extrajudicial preparatória do ajuizamento de ações civis públicas sancionatórias (art. 129, inciso III CF), esta específica atividade do Direito Administrativo Sancionador, já que integra e formaliza uma manifestação estatal preliminar com escopo punitivo, incluindo pluralidade de acordos e

utilização de provimentos unilaterais (recomendações e requisições) possíveis neste âmbito. (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 102)

No que se refere ao Poder Judiciário, mostra-se relevante a distinção das sanções disciplinadas pelo direito administrativo sancionador de outras sanções. No exercício da função administrativa (gestão de pessoal, licitações, contratos e gestão de bens), as sanções se inserem no direito administrativo sancionador. De outra parte, no tocante às sanções aplicadas aos membros do Poder Judiciário, mesmo que aplicadas por órgão competente do Judiciário ou pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, elas integram o campo de atuação do Direito Administrativo Sancionador Disciplinar Judicial; e quanto a fiscalização e aplicação de sanção no âmbito dos serviços notariais, função atribuída ao Poder Judiciário, tem-se o Direito Administrativo Sancionador Notarial. Noutra banda, não se pode olvidar outras sanções aplicadas pelo Poder Judiciário, mas não inseridas no âmbito do direito penal, como as penalidades disciplinares militares, que integram o Direito Administrativo Sancionador Disciplinar Militar, bem como a sanção judicial de internação, que se insere no Direito Administrativo Sancionador de Tutela da Criança e do Adolescente.

Como se verifica, o DAS está imbrincado em toda a Administração Pública, nas três esferas de Poder e em todas às áreas de atuação dos órgãos e entes estatais.

Dentro desse contexto, emerge questão que merece destaque no Direito Administrativo Sancionador referente à apuração e aplicação das sanções decorrentes da prática da improbidade administrativa, previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, que dizem respeito às sanções constitucionais atribuídas ao Poder Judiciário, no exercício da jurisdição cível comum (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 98), que permeiam as atividades de todas as esferas dos Poderes da República, possuindo o aspecto da transversalidade no âmbito da Administração Pública

O Direito Administrativo Sancionador da Improbidade constitui-se, portanto, no ambiente de responsabilização autônomo de agentes públicos e terceiros (pessoas físicas e jurídicas), que atentam contra os bens tutelados na legislação que compõem o microsistema anticorrupção cível-administrativo, proposto por Pinheiro e Ziesemer, conforme tratado no item 2.2. desse capítulo.

2.4. O Direito Administrativo Sancionador Anticorrupção (da Improbidade)

2.4.1. Considerações iniciais

Não se olvida que um ato isolado de corrupção tem consequências jurídicas capituladas em diversos diplomas legais, repercutindo em vários âmbitos simultaneamente⁵⁷.

A probidade administrativa determina que os agentes públicos e particulares, em suas relações intersubjetivas, atuem “não só com respeito à lei, mas, em especial, sempre com honestidade, decoro e lealdade às instituições, procurando inibir o enriquecimento ilícito e a prática de atos que causem prejuízo ao erário que se relacionam com a Administração Pública” (PINHEIRO e ZIESEMER, 2022, p. 165).

Parte da doutrina assimila o conceito de probidade ao de moralidade administrativa, qualificando qualquer ato de corrupção como “ato de improbidade administrativa” (DECOMAIN, 2014, p. 24)⁵⁸, por considerar que toda improbidade pressupõe “uma agressão aos direitos fundamentais, tanto se vier a expressar-se pela má gestão pública⁵⁹ em modalidades de corrupção, grave desonestidade funcional ou grave ineficiência funcional, não importa” (OSÓRIO, 2013, p. 259).

Nessa toada, considerando a expressão improbidade administrativa o designativo técnico da corrupção administrativa (BERTONCINI, p. 2), tem-se que os atos de corrupção administrativa são o principal objeto do direito administrativo sancionador da improbidade.

Adotando-se a sistematização elaborada por Oliveira e Grotti (2020), apresentada no item anterior, em que o direito administrativo sancionador pode estar dividido em diversos sistemas de responsabilização, passa-se ao estudo do Direito Administrativo Sancionador Anticorrupção ou do microsistema cível-administrativo, integrante do Sistema Brasileiro Anticorrupção, proposto por Pinheiro e Ziesemer

⁵⁷ Por exemplo, acarreta responsabilização criminal, política e/ou em nível de improbidade administrativa, além de configurar infração administrativo-disciplinar e/ou daquelas previstas na Lei de anticorrupção.

⁵⁸ O conceito do autor é outro e digno de nota: “O conceito de improbidade, todavia, pode ter alcance mais amplo, abrangendo não apenas atos atentatórios ao princípio constitucional da moralidade administrativa, como também outros atos que, embora eventualmente não se os reconheça violadores de tal princípio, não obstante agridem outros dentre os norteadores da Administração Pública, também relacionados pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal” (DECOMAIN, 2014, p. 24). Também Marcelo Harger distingue os dois conceitos. (HARGER, 2015, p. 12-16)

⁵⁹ As leis de combate à corrupção surgiram mesmo com a vocação de tipificar as condutas violadoras do plexo de princípios insertos na Constituição Federal, todos vetores de uma boa gestão pública (CAPEZ, 2010, p. 267).

2.4.2. Histórico do DAS anticorrupção

Antes da Constituição Federal de 1988

A clássica proteção da probidade administrativa encontrava-se na esfera penal, âmbito em que a prática da corrupção era combatida há tempo, diferentemente da esfera administrativa, que restringia sua atuação à punição (i) do servidor público, na via do processo administrativo disciplinar, (ii) de terceiros que descumprissem relações contratuais e (iii) dos demais administrados sujeitos ao poder de polícia estatal, em processos administrativos de alcance restrito (BERTONCINI, p. 5).

Na esfera penal, desde o Código Criminal do Império de 1830, os crimes de corrupção – peita, suborno e concussão – já estavam tipificados. O Código Penal de 1890, editado de forma açodada, logo após a proclamação da República, gerou inúmeras críticas, motivando a publicação de diversas leis extravagantes para superar suas deficiências; circunstância que tornou confusa e complexa sua aplicação sistemática.

Diante desse contexto, foi realizada a Consolidação das Leis Penais, pelo Decreto nº 22.213/1932, que vigorou até 31/12/1941. Em 01/01/1942, entrou em vigor o Código Penal de 1940 – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 –, que se mantém na atual legislação penal fundamental, a despeito de modificações profundas e estruturais da sociedade no período, sendo certo que o crime de corrupção passiva vigora na mesma posição e *status* de quando o código foi publicado.

Ocorre que, em decorrência da evolução estrutural da sociedade brasileira, das mudanças sociais e econômicas e das transformações tecnológicas, com destaque na esfera da informatização e da globalização, novos delitos relacionados à atuação do Poder Público surgiram ao lado do crime primitivo de corrupção, tais como redes criminosas, abuso de poder, escutas ilegais, lavagem de dinheiro, espionagem política, divulgação de dados pessoais.

Atualmente, as modalidades dos crimes de corrupção estão previstas especificamente no artigo 317 (corrupção ativa) e no artigo 333 (corrupção passiva), inseridos, respectivamente, nos capítulos de “Crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral” e de “Crimes praticados por particular contra a administração em geral”, ambos do Título XI - Dos Crimes contra a Administração Pública.

Em atendimento à demanda da comunidade internacional, foi editada a Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, que inseriu o Capítulo II-A no Título XI do Código Penal, que trata do “Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, com a previsão no artigo 337-B do crime de Corrupção ativa em transação comercial internacional⁶⁰.

Bertoncini destaca, de forma pragmática, tendo em vista a ocorrência de diversos escândalos de corrupção, que o Direito Penal não foi suficiente para a proteção da probidade administrativa, na medida em que não foi capaz de reprimir e prevenir delitos como a violação da licitação, do concurso público, do contrato administrativo, dos bens públicos, da moralidade administrativa, dos princípios da Administração Pública.

O Autor atribui a baixa efetividade do Direito Penal no combate à corrupção, especialmente

à criação de mecanismos legais e constitucionais destinados a enfraquecer e a tornar ineficaz a responsabilidade penal, na prática, imunizando os agentes públicos que integram os altos escalões do Estado brasileiro, cujos escândalos políticos e administrativos se repetem copiosamente em terras brasileiras. São exemplos dessa imunização o foro privilegiado, a prescrição retroativa e a baixa carga de sanção penal para esses delitos, numa clara, deplorável e tradicional opção política em favor da impunidade, denunciada pelo clamor popular no histórico mês de junho de 2013. (BERTONCINI, p. 5)

⁶⁰ Corrupção passiva: Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. [\(Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003\)](#)

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. [\(Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003\)](#)

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Corrupção ativa em transação comercial internacional

Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: [\(Incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002\)](#)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. [\(Incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002\)](#)

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. [\(Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002\)](#)

Explicando a ineficiência ou incapacidade do direito penal na tutela da probidade administrativa e do erário público, Zaffaroni (1991, p. 108) aduz que, nos crimes de colarinho branco (crimes de poder), há uma inoperância do sistema penal, que somente atua sobre os menos poderosos⁶¹.

Diante desse contexto, pode-se afirmar que o combate à corrupção, lastreado precipuamente na repressão penal das condutas ímprobas, não se mostrou suficiente e eficaz na debelação dessa nefasta prática, exigindo-se a elaboração de um novo modelo de proteção da probidade administrativa.

Depois da Constituição Federal de 1988

Com o Texto Constitucional de 1988, que tratou a questão da probidade administrativa de forma percuciente e atenta, a moralidade administrativa foi posicionada na condição de princípio constitucional autônomo da Administração Pública.

O legislador constituinte dedicou uma série de dispositivos ao combate à corrupção espalhados em diversos capítulos nas diferentes searas da atuação do Poder Público (NOTA TÉCNICA - 5CCR/MPF, 2017, p. 1); refletindo a especial atenção e preocupação com o direito (fundamental) do povo a um governo probó.

A Constituição Federal, além da tradicional e clássica repressão penal às práticas de corrupção, previu medidas de natureza cível-administrativas de combate à improbidade administrativa como sanções pela prática de condutas ilícitas, imprescritibilidade do ressarcimento do dano ao patrimônio público e extensão das consequências político-penais de desvios de mandatários.

O sistema normativo anticorrupção é constituído de diversos diplomas legais, que preveem a tipificação das condutas ímprobas e suas consequências jurídicas nas esferas de responsabilização, em consonância com o sistema brasileiro que atribui a órgãos ou entes públicos, com diferentes atribuições, as tarefas de controle e sanção de práticas

⁶¹ Segundo Zaffaroni: “Os exemplos costumeiros de efetividade diante de crimes inqualificáveis e aberrações do poder representam apenas o resultado da seleção de alguns executores materiais que podem ser sacrificados com a perda de proteção – por não serem mais úteis a outro poder maior, com o qual entraram em conflito, ou por estar defasado o alinhamento anterior de micropoderes – com a cuidadosa exclusão dos investigadores e cúmplices invulneráveis que se tornam rapidamente funcionais no novo reordenamento desses micropoderes. Múltiplos são os casos demonstrativos de que, em nossa região marginal, os poderosos só são vulneráveis ao sistema penal quando, em uma luta que se processa na cúpula hegemônica, colidem com outro poder maior que consegue retirar-lhes a cobertura de invulnerabilidade. Do ponto de vista de nossa região marginal não há razão alguma para se crer que seja menos utópico um modelo de sociedade no qual não existe invulnerabilidade penal para os poderosos do que um modelo de sociedade no qual seja abolido o sistema penal” (ZAFFARONI, 1991, p. 108)

ilícitas, sob a forma de múltipla incidência punitiva (NOTA TÉCNICA - 5CCR/MPF, 2017, p. 3).

Fica evidente, portanto, o robustecimento do combate à corrupção ocorrido no âmbito da atuação administrativa do Poder Público, em razão das normas e princípios constitucionais inseridos no ordenamento jurídico pátrio pelo advento da Constituição Federal de 1988.

Esse incremento do ambiente de prevenção e repressão à corrupção foi materializado na criação da esfera de responsabilização cível-administrativa anticorrupção, mantendo-se a responsabilização penal pela prática de conduta ímproba pelos particulares ou pelos agentes públicos.

A esfera de responsabilização cível-administrativa pela prática de corrupção constitui-se a área de atuação do Direito Administrativo Sancionador Anticorrupção, cuja estrutura, características e campo de incidência será abordado mais adiante nesse capítulo.

2.4.3. Fatores do desenvolvimento do DAS anticorrupção

Diversos fatores⁶² impulsionaram o desenvolvimento teórico do direito sancionador brasileiro anticorrupção, especialmente (i) o fenômeno da “agencificação”, (ii) o pragmatismo, (iii) o fenômeno da corrupção e (iv) o direito penal como *ultima ratio*

⁶² A título de ilustração, os fatores indicados por Oliveira e Grotti que influenciaram no desenvolvimento do DAS em geral são: (i) a construção e consolidação do estudo das sanções administrativas, sob a égide da teoria do ato administrativo, com a decomposição dos seus elementos e pressupostos, bem como com a investigação dos aspectos discricionários da competência administrativa sancionadora, incluindo a análise dos atributos de presunção de legitimidade e de veracidade, de imperatividade, de executividade e de autoexecutoriedade no campo das sanções; (ii) a elaboração da teoria do processo administrativo, na esteira do desenvolvimento científico do devido processo legal como garantia fundamental na esfera administrativa sancionadora; (iii) o estudo da aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição para o Direito Penal (DP) ao campo do DAS, considerando a sua singularidade; (iv) o desenvolvimento considerável da teoria da regulação no campo da intervenção do Estado na ordem econômica e social, com a outorga de competências sancionadoras a entidades administrativas independentes (“agências reguladoras”), na esteira do fenômeno de privatização e de reforma do Estado desde os anos 90; (v) o desenvolvimento considerável de estudos de competências administrativas sancionatórias no campo do Direito Ambiental,⁴ Econômico⁵ e Tributário,⁶ e merecendo igual destaque ao Direito Disciplinar;⁷ (vi) o aprofundamento das investigações sobre as competências sancionatórias dos Tribunais de Contas; (vii) o exame contínuo e progressivo do Direito da Improbidade Administrativa, e do Direito Disciplinar; (viii) a criação e atribuição de competências sancionadoras disciplinares aos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público; (ix) a aceitação da existência, no direito brasileiro, de microssistema anticorrupção, com a necessidade de estudo sistemático das diversas legislações de DAS que tangenciam este complexo microssistema; (x) a introdução de teorias jurídicas inspiradas no pragmatismo, destacadamente no consequencialismo, destacando a função instrumental, regulatória, de ferramenta institucional da sanção administrativa no contexto de modelos sancionatórios; (xi) a introdução de técnicas de consensualização no desempenho da atividade sancionatória no campo do DAS, acompanhando fenômeno similar ao Direito Penal.

ou “administrativização” do Direito Penal, repercutindo na evolução do DAS sob os seguintes aspectos (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 94-96):

2.4.3.1. Do Fenômeno da agencificação

O regime jurídico-administrativo sancionador observou forte expansão e conheceu importantes inovações com a aprovação, no ano de 1995, do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que incrementou reformas constitucionais e legais, resultando na criação das agências reguladoras, autarquias com competências regulatórias e sancionadoras, em diversos setores relevantes da sociedade.

O desenvolvimento de marcos regulatórios e sancionatórios das agências, com base na teoria da regulação do direito administrativo, tendo em vista a necessidade de implementação de modelos sancionatórios para cada setor regulado, impulsionou o desenvolvimento do DAS, especialmente sob a ótica da eficiência no desempenho da atividade regulatória, abrindo as portas para compreensão da atividade sancionatória como ferramenta ou instrumento para o atingimento da finalidade pública.

2.4.3.2. Do Pragmatismo

Com o movimento em busca da eficiência iniciado com o processo de “agencificação”, o DAS é instado a perseguir, além da efetividade dos direitos e garantias individuais, “a efetividade e legitimidade das normas e institutos sancionadores como instrumentos de tutela e concretização de interesses públicos, a que estão preordenados no bojo da atividade administrativa” (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 92). Esse movimento leva o DAS, no campo teórico, à compreensão das sanções administrativas como objeto de instrumentalidade institucional dentro dos respectivos marcos regulatórios, reflexo da potestade pública.

A compreensão do aspecto instrumental das sanções é vital para a pavimentação do caminho do desenvolvimento do DAS, com a introdução de novas alternativas de solução de conflitos, como a consensualidade.

A necessidade da abertura para atuação pragmática da Administração culminou com a edição da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que foi “pautada pelas ideias do contextualismo e consequencialismo presentes no artigo 20 da LINDB, bem como do consensualismo referenciado no seu novo artigo 26” (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 92).

2.4.3.3. Do Fenômeno da corrupção

É inegável a extraordinária influência exercida pelo fenômeno da corrupção do desenvolvimento científico e doutrinário do Direito Administrativo Sancionador.

O combate à corrupção ganhou contorno constitucional com o advento da Constituição Federal de 1988, que expressamente estabeleceu o regime sancionatório pela prática de atos de improbidade administrativa em seu artigo 37, § 4º.

A Lei 8.429/1992, que regulamentou o dispositivo constitucional, de forma inovadora expandiu o domínio do DAS para abarcar sanções aplicadas pelo Poder Judiciário ao lado das sanções aplicadas por órgãos no exercício da função administrativa. Além disso, ao legitimar o Ministério Público e a Advocacia Pública, angariou esforços institucionais que lastrearam forte expansão doutrinária, jurisprudencial e legislativa do DAS anticorrupção.

Os influxos da comunidade internacional no combate à corrupção, por meio das convenções internacionais internalizadas pelo Estado Brasileiro, conforme já tratado neste capítulo, também tiveram reflexos contundentes no desenvolvimento do DAS anticorrupção, notadamente com a publicação da Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013, que inovou o ordenamento jurídico com importantes e relevantes institutos e questões, que provocam e intensificam os estudos científicos da matéria.

Outro ponto de destaque, como já consignado neste estudo, refere-se à transversalidade da questão da improbidade nos diferentes ramos do direito, não obstante o entendimento de que “o estudo sistemático da Improbidade Administrativa cabe, do ponto de vista material, ao Direito Administrativo Sancionador” (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 93).

Não se olvida a existência de posicionamentos contrários, no sentido de que a improbidade não estaria afeta à disciplina do direito administrativo sancionador. Nessa toada, Juliana Padrão Serra de Araújo afirma que

[n]unca houve consenso na doutrina em relação a qual esfera de responsabilidade pertencia a Lei de Improbidade Administrativa. Antes da edição da Lei nº 14.230/2021, porém, pode-se dizer que a tendência dos doutrinadores era entender "estar o ato de improbidade inserido numa esfera de responsabilização mista, haja vista a natureza diversificada das sanções para ele previstas".

À exceção de Fábio Medina Osório, como se verá adiante, a doutrina majoritária nunca concebeu o ato de improbidade como mera responsabilidade administrativa, pertencente ao domínio do direito administrativo sancionador.

(ARAÚJO, 2022, p. 435)

Prossegue a Autora, “fica claro que as penalidades administrativas devem ser impostas por autoridade administrativa, no exercício dessas funções, e não por autoridade judiciária - como ocorre com a improbidade, razão pela qual não é possível alocar este instituto no âmbito do direito administrativo sancionador” (ARAÚJO, 2022, p. 447).

Por outro lado, os Professores José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti, da PUC/SP, defendem a alocação do combate à improbidade administrativa no DAS, em razão do *status* constitucional da disciplina da matéria, que busca uma responsabilização geral e autônoma de qualquer agente infrator, ainda que a sanção seja aplicada por órgão do poder judiciário.

Para tanto, aduzem que

[c]erto que o rótulo sanções administrativas não pode ser utilizado para as sanções de improbidade, porque estas são objeto de condenação judicial. Certo que essas sanções são gravíssimas à luz do artigo 37, parágrafo 4º da CF e art. 12 da LGIA, mas isso não as arremessa para o Direito Penal. Certo que o ressarcimento de dano causado ao Erário Público por atos de improbidade é expresso mandamento constitucional, mas isso não justifica tratar as sanções do domínio em sentido próprio como sanções de Direito Civil. Certo que a perda da função pública tem incontestável efeito na relação funcional (quando existente) entre agente público e ente público ou governamental, mas isso não envereda a improbidade pela trilha categorial da responsabilidade administrativa. Também o fato de serem impostas em processo judicial civil não as torna próprias do Direito Processual Civil. **A análise científica do domínio punitivo da improbidade deve ser realizada pelo Direito Administrativo Sancionador, que passou a congregiar todas as sanções imponíveis por ilícitos praticados por agentes públicos, mesmo que decretadas pela jurisdição cível comum**, já que não revestidas de caráter penal. Em rigor, é possível defender que o artigo 37, parágrafo 4º, funciona como cláusula de judicialização obrigatória da competência sancionadora, quando o Estado busca punir expressamente ilícitos qualificados como “atos de improbidade administrativa” descritos em lei. (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 93)

Citando ainda a lição do Professor Medina Osório, consignam que, em razão da expansão e da constitucionalização do DAS da improbidade administrativa, é necessário abandonar o critério subjetivo do órgão administrativo sancionador, para acolher

a existência de sanções de Direito Administrativo aplicadas pelo Poder Judiciário, mormente quando a norma invocada possui em um dos polos a figura da Administração Pública, direta, indireta ou descentralizada, como lesada pela ação de agentes públicos ou particulares, desafinando o Direito Punitivo.

A Constituição Federal inaugurou “a política sancionatória civil judicial de atos de improbidade administrativa, incumbindo ao Poder Judiciário o exercício da competência sancionatória, que o cumpre mediante o devido processo legal judicial civil, dando aplicação e efetividade ao sistema de responsabilização” (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 100).

Vale ressaltar que a Lei nº 8.429/1992, editada para disciplinar a política da improbidade administrativa, prevê normas de caráter **processual**, que tratam de questões como a ação, fase de admissibilidade, medidas cautelares, e de caráter **material**, que se referem a temas como os sujeitos passivos e ativos, a definição das condutas ilícitas e das respectivas sanções, entre outros.

As regras de direito material disciplinam a responsabilidade extrapenal de agentes públicos, devendo este critério ser considerado para definir a pertinência deste ramo do direito no Direito Administrativo, especificamente ao Direito Administrativo Sancionador. Assim, ainda que o processamento, julgamento e aplicação da sanção ocorram no bojo de processo judicial, a improbidade administrativa deve, metodologicamente, estar vinculada ao Direito Administrativo Sancionador⁶³.

Por derradeiro, sobre a questão, merece destaque a edição da Lei nº 14.230/2021, que incluiu o § 4º no artigo 1º da Lei nº 8.429/1992, o qual expressamente dispôs que “[a]plicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”.

2.4.3.4. Da Administrativização do Direito Penal

A histórica vinculação entre o direito penal e o DAS, com incidência paulatina dos princípios e garantias constitucionais do Direito Penal no DAS, repercutiu de forma direta na sua atual estruturação, sob a ótica do devido processo legal e dos postulados do Estado Social e Democrático de Direito.

A Professora Alice Voronoff destaca que a transposição das garantias penais para o direito administrativo sancionador também ganhou impulso

⁶³ O fato de as sanções decorrentes da prática de improbidade administrativa serem aplicadas pelo Poder Judiciário, após o devido processo legal, não desnaturam a natureza cível-administrativa das condutas, mormente por estar a disciplina constitucional da improbidade topograficamente localizada no artigo 37 que trata especificamente da estruturação e organização da Administração Pública. (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 101)

pelo sentimento geral de que o direito administrativo sancionador, diante da magnitude alcançada, não pode estar submetido a um regime jurídico frágil; frouxo. Daí a tese de extensão de garantias penais como discursivo voltado a impedir o desvio de finalidade legislativo. Isto é, que o legislador, maliciosamente, opte pela definição de tipos e sanções administrativos ao invés de penais apenas para vulnerar as garantias particulares. (VORONOFF, 2018, p. 212)

A inter-relação dos sistemas de responsabilização penal e administrativo sancionador é tema de intenso e atual debate doutrinário, notadamente no que se refere ao campo de incidência de cada um dos ramos do direito diante da consagrada tese firmada pelos Tribunais pátrios da independência de instâncias.

Tal circunstância alimenta as discussões sobre a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada visando a racionalização do sistema jurídico (LOBO DA COSTA, 2014, p. 107-118).

Nessa linha, vem sempre à tona a discussão sobre a atuação do Direito Penal como a *ultima ratio*, que nutre o movimento de administrativização da tutela criminal, com a despenalização de condutas que passariam ao domínio do DAS.

Esse movimento atrai, inevitavelmente, a imprescindibilidade de incidência das garantias penais no DAS, o que tem motivado debates teóricos, notadamente sobre a tese da acalentada implementação do *jus puniendi* unitário do Estado e da aplicabilidade do princípio *ne bis in idem*⁶⁴, em decorrência da simultaneidade da responsabilização em diversas instâncias pela prática de uma só conduta ilícita.

A existência de mais de uma instância de responsabilização contribui para alimentar a discussão a respeito de possível excesso punitivo por parte do Estado com a violação ao princípio do *ne bis in idem* (GARCIA, 2017, p. 31).

⁶⁴ Oliveira e Grotti (2020, p. 109) elucidam, com precisão, o campo de incidência da aplicação do princípio do *ne bis in idem* no DAS: “O DAS mostra, na presente atualidade, uma vasta gama de órgãos e entes da Administração sancionadora no mesmo nível federativo. Esta pluralidade exige o reforço de dois princípios básicos da atividade administrativa: a unidade e a coordenação institucional entre órgãos e entes da Administração Direta e Indireta. A contraface dessa necessária organização administrativa é a adequada leitura da vedação ao bis in idem no plano sistêmico de todos os sistemas de responsabilização movimentados em face dos mesmos fatos na órbita do DAS. Ainda quando atribuída independência ou autonomia decisória a órgãos ou entes do Poder Executivo (referência especial às “agências reguladoras”), estes valores permanecem por exigência constitucional de atuação concertada do Estado de Direito, na sua necessária racionalidade sancionadora administrativa geral”. No mesmo sentido, confira-se a lição GARCIA (2017, p. 33-34): “Se não há maiores dúvidas em reconhecer a possibilidade de o responsável pela conduta ser simultaneamente punido com base em mais de um ramo do direito sancionador, o mesmo não pode ser dito em relação à pluralidade de punições em um mesmo ramo. Esse aspecto torna-se particularmente relevante ao lançarmos os olhos sobre o art. 30 da Lei nº 12.846/2013 (Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas), preceito que tem a seguinte redação:”

O Autor questiona se “[n]ão poderia o Estado instituir outros sistemas de responsabilização, de modo a impor restrições na esfera jurídica individual sem que o pano de fundo seja a privação da liberdade? A nosso ver, é tarefa assaz difícil alcançar respostas positivas a esses questionamentos sem a identificação de um fundamento constitucional que venha a embasá-las⁶⁵” (GARCIA, 2017, p. 32-33).

Destaca-se que a questão sobre o excesso punitivo em razão das diversas esferas de responsabilização ficou marcada pelo advento da Lei nº 12.846/2013, na medida em que “escancarou os problemas conceituais e aplicativos da legislação no DAS, em um país marcado pela multiplicidade de órgãos e entidades com competências administrativas sancionatórias, em paralelo com órgãos com atribuições sancionatórias de jurisdições civis e criminais, decorrente de ilícitos de corrupção (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 94)

Verificados, portanto, os principais fatores impulsionadores do desenvolvimento do DAS da improbidade, passa-se ao exame da organicidade no ordenamento jurídico pátrio.

2.4.4. Microssistema anticorrupção cível-administrativo

O sistema brasileiro de combate à corrupção proposto por Pinheiro e Ziesemer (2022), apresentado no item 2.2.4. deste trabalho, é estruturado em microssistemas, visando imprimir organicidade e coordenação ao arcabouço normativo pátrio anticorrupção.

Dentre os microssistemas, encontra-se o microssistema cível-administrativo, objeto do presente estudo, cujo objetivo é a apuração da improbidade administrativa, considerando a expressão improbidade administrativa, frise-se, o designativo técnico da corrupção administrativa (BERTONCINI, p. 2).

É cediço que, “[p]ara enfrentamento da corrupção e desonestidade na esfera pública, a legislação nacional contempla um conjunto de regras, denominado microssistema anticorrupção (DINO, 2015, p. 457), que “visa captar o fenômeno da

⁶⁵ Destaca-se que a questão sobre o excesso punitivo em razão das diversas esferas de responsabilização ficou marcada pelo advento da Lei nº 12.846/2013, na medida em que “escancarou os problemas conceituais e aplicativos da legislação no DAS, em um país marcado pela multiplicidade de órgãos e entidades com competências administrativas sancionatórias, em paralelo com órgãos com atribuições sancionatórias de jurisdições civis e criminais, decorrente de ilícitos de corrupção (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 94)

corrupção por um prisma sancionador, mas não penal, com este convivendo e se integrando” (MARTINS e JACOBSEN, 2022, p. 5). Deve-se, portanto, “buscar a integração dos dois regimes sancionatórios, visando a harmonização racional da atuação punitiva estatal” (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 89).

O microsistema de prevenção e repressão à corrupção cível-administrativo é composto por diplomas normativos voltados à garantia da probidade administrativa na atuação dos agentes públicos em geral, e dos particulares que se relacionam com a Administração, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

O microsistema cível-administrativo consubstancia sistema de responsabilização geral e autônomo de agentes públicos e terceiros (pessoas físicas e jurídicas), expressamente previsto no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, que pode ser operacionalizado pelas três esferas de Poderes no exercício das atividades estatais.

O bloco normativo anticorrupção, que alicerça o microsistema cível-administrativo, é composto pela Constituição Federal, pelas convenções internacionais anticorrupção, pelas leis ordinárias e os atos infralegais que tratam do combate à corrupção.

No terceiro nível hierárquico das fontes do direito que informam o DAS anticorrupção, encontram-se as leis das inúmeras esferas de responsabilização. Ocupam posição destaque a Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa –, considerada a lei geral de combate à improbidade administrativa (corrupção), a Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção –, editada em atendimento aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil de permitir a responsabilização da pessoa jurídica, e a Lei 7.347/1985, que dispõe sobre a ação civil pública, instrumento processual específico, apto a veicular, em juízo, as pretensões sancionatórias da lei de improbidade⁶⁶.

Nessa linha de raciocínio, além das leis em destaque, o microsistema de combate à corrupção é composto, especificamente:

“[s]eus vértices são, no espectro cível, a Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) e a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção - LAC). Além delas, o conjunto é informado por outras diversas normas, como Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular - LAP), Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), Lei 9.807/99 (Proteção de vítimas e testemunhas), Lei 12.527/2011 (Acesso à informação),

⁶⁶ “há três diplomas legislativos componentes do sistema protetivo da Administração proba: as leis 8.429/1992 e 12.846/2013, que tratam especificamente da tutela do direito material coletivo à probidade administrativa, e a Lei 7.347/1985, que dispõe sobre destacado instrumento processual específico, apto a veicular, em juízo, tais pretensões”. (GONÇALVES, 2018, p. 33)

Lei Complementar nº 64/90 (Inelegibilidades), Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), Lei 1.079/50 (Impeachment), Decreto-Lei 201/67 (Crimes de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores; além de se comunicar com dispositivos penais, como os artigos 312 e seguintes do Código Penal, que tratam dos crimes praticados contra a Administração Pública, Lei 12.850/2013 (Lei das organizações criminosas) e o Código Eleitoral, que prevê a corrupção eleitoral”. (MARTINS e JACOBSEN, 2022, p. 5)

Pinheiro e Zieseimer (2022, p. 153) destacam que o microsistema em questão é integrado pelos atos normativos que tutelam a probidade administrativa, na defesa dos (i) atos previstos no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, na Lei Complementar nº 101/2000 e nas Leis Ordinárias nos 8.429/92, 8.666/93, 8.730/93, 9.504/97, 12.257/2011, 13.303/2016 e 13.608/2018; (ii) atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultura, nos termos do artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal c.c. o artigo 1º, da Lei nº 4.717/65; e, por fim, (iii) atos praticados por pessoas jurídicas contra a Administração Pública, a teor da Lei nº 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção.

A quantidade de leis do ordenamento jurídico pátrio que veiculam comandos normativos que buscam tutelar a probidade administrativa, o patrimônio público ou os princípios que regem a atuação administrativa do Poder Público, nos inúmeros e diversos setores da multifacetada sociedade brasileira, explicam a complexa tarefa de enumerar todos esses atos normativos, o que justifica a falta de uniformidade de tratamento da matéria pelos Autores pesquisados.

De qualquer sorte, é possível concluir que

o direito fundamental difuso à probidade administrativa é o bem jurídico tutelado por tal microsistema, muito embora para que isso ocorra seja preciso observar-se não só a moralidade administrativa (princípio do qual a probidade decorre), mas todos os princípios constitucionais da Administração Pública. (PINHEIRO e ZIESEMER, 2022, p. 156)

Não se discute, diante do exposto, que o Direito Administrativo Sancionador da Improbidade Administrativa (microsistema anticorrupção cível-administrativo) tornou-se, ao longo das últimas três décadas, o sistema central, de caráter não penal, para alcançar o cumprimento dos princípios constitucionais basilares do direito público brasileiro nos diversos ordenamentos setoriais da atividade estatal.

O microsistema cível-administrativo, ao que se pode verificar, fundamentalmente, é integrado pela Lei nº 8.429/1992, verdadeira lei anticorrupção, que instrumentalizou a repressão ao fenômeno da corrupção nas últimas três décadas, e pela

Lei nº 12.846/2013, que inseriu no ordenamento a possibilidade de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à administração nacional e estrangeira (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 99-100).

Destaque-se que, recentemente, a Lei nº 8.429/1992 foi substancialmente alterada pelas Leis nºs 13.964/2019 e 14.230/2022, em diversos pontos relevantes como a tipificação de novas condutas como ímprobas, definição do elemento subjetivo das condutas ilícitas, legitimação exclusiva do Ministério Público, o prazo prescricional, e, especialmente, na possibilidade de solução consensuada dos conflitos, por meio do acordo de não persecução cível – ANPC, transmudando modelo de expressa vedação à consensualidade para um com expressa permissão legal de consenso; ressaltando, por outro lado, que a Lei nº 12.846/2013 já admitia a utilização da consensualidade como instrumento para solução dos conflitos no âmbito do sistema de responsabilização de pessoas jurídicas, por meio do denominado acordo de leniência.

Outrossim, ficam superadas as discussões anteriores sobre a possibilidade de realização de acordos – nas modalidades colaboração e substitutivos – no âmbito do combate à corrupção.

Inaugura-se nova fase teórica e científica do direito administrativo sancionador, especialmente no que tange ao alcance e limites da integração entre os diferentes microssistemas anticorrupção integrantes do sistema brasileiro anticorrupção e até mesmo o direito penal, conforme já mencionado anteriormente.

Importante ressaltar que o exame contínuo e progressivo do direito da Improbidade Administrativa e a aceitação da existência de um microssistema anticorrupção impulsionaram o desenvolvimento teórico do Direito Administrativo Sancionador no Brasil, na medida em que demandaram estudo sistemático das diversas legislações de DAS (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 89).

Dessa forma, na linha de estudos teóricos, examinaremos a possibilidade de instituição de regime de integração entre os microssistemas de combate à corrupção, bem como no âmbito interno do mesmo microssistema, no caso do microssistema anticorrupção cível-administrativo.

Nessa perspectiva, a teoria do diálogo de fontes exsurge como poderoso instrumento para promover a integração da legislação que compõe o microssistema cível-administrativo.

2.5. Teoria do Diálogo de Fontes

Com o advento da Constituição Federal e a instituição do Estado Social e Democrático, é inafastável o reconhecimento da superespecialização do Direito e do intenso surgimento de novas disciplinas jurídicas visando a implementação e efetivação das garantias e direitos fundamentais (BENJAMIN e MARQUES, 2018, p. 25).

Nessa toada, são notórias a quantidade e a diversidade de atos normativos integrantes do chamado microssistema anticorrupção, oriundos de diversos ramos do direito. Atrelada a essa circunstância, torna imperiosa a necessidade de que a atividade interpretativa do ordenamento jurídico seja realizada de forma sistêmica e coordenada, de modo a preservar sua integridade, evitando o reconhecimento de antinomias.

Visando a aplicação sistemática e orgânica das fontes normativas, emerge a necessidade de se ter ao alcance ferramenta de integração para sanar eventuais conflitos, antinomias e lacunas.

Sob essa ótica, a Teoria do Diálogo de Fontes emerge como instrumento para alcançar a efetividade da aplicação das normas integrantes do ordenamento jurídico – delimitado para fins do presente trabalho ao sistema normativo de combate à corrupção –, mormente por se tratar o direito anticorrupção direito fundamental difuso do cidadão de viver em uma sociedade livre da prática nefasta de atos de improbidade administrativa⁶⁷, conforme visto no capítulo 1.

Na lição da Professora Claudia Lima Marques, responsável pela introdução e desenvolvimento da teoria em solo brasileiro, a “teoria do diálogo das fontes tem direta relação com os direitos fundamentais, pois põe em relevo o sistema de valores que estes representam e orienta a aplicação simultânea das regras de diferentes fontes para dar efetividade a estes valores” (BENJAMIN e MARQUES, 2018, p. 29).

Nessa esteira, o que se destaca na Teoria do Diálogo das Fontes⁶⁸, desenvolvida por Erik Jayme,

⁶⁷ Segundo Claudia Lima Marques: “Não é fácil, porém, dar eficácia aos direitos fundamentais, pois estes muitas vezes estão presentes em ambos os lados da disputa de direito privado. Trata-se, pois, de um limite, pois os direitos fundamentais se relacionam com uma ampla gama de casos e muitas vezes ambas as partes são detentores de direitos fundamentais, demonstrando os limites e a complexidade desta análise pelo magistrado e pelo intérprete. Aqui deve prevalecer a proteção dos mais fracos, especialmente das crianças, dos idosos e dos doentes, como a jurisprudência do STJ tem demonstrado” (BENJAMIN e MARQUES, 2018, p. 29) .

⁶⁸ O uso da expressão do mestre, “diálogo das fontes”, é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É denominada “coerência derivada ou restaurada” (*cohérencedérivée* ou *restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e a microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e

é sua força simbólica, de contribuir à aplicação das normas valorativas de direitos humanos e protetivas da condição humana; contribuir à aplicação mais do que contrapor e exaltar o conflito entre direitos. Em um mundo pluralístico, como o que vivemos, todas as teorias que ajudam a ressaltar a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde, à vida, à qualidade, à proteção diferenciada de grupos mais vulneráveis de nossa sociedade de risco, deve ser destacada, como afirmava Rawls. (BENJAMIN e MARQUES, 2018, p. 22)

Em um sistema normativo plural⁶⁹ como o microssistema anticorrupção, a Teoria de Diálogo de Fontes tem potencial de imprimir maior higidez e preservar a integridade do sistema na medida em que oferece alternativa para solução dos conflitos e preenchimento de lacunas.

Conforme afirma Erik Jayme, citado por Benjamin e Marques,

existem duas maneiras de resolver esses conflitos. A primeira consiste em dar primazia a uma das fontes, afastando a outra (antinômica); a segunda consiste em procurar a coordenação das fontes: é o "diálogo das fontes", segundo esta instigante expressão semiótica do Professor de Heidelberg, *di-a-logos* (duas lógicas coordenadas e aplicadas simultaneamente ao mesmo caso). "Diálogo" por força das influências recíprocas, permitindo ou aplicar as duas fontes ao mesmo tempo, complementarmente ou subsidiariamente para realizar os valores dos direitos humanos, ou dar efeito à escolha das partes a esse respeito, ou ainda optar por uma solução alternativa mais flexível. (BENJAMIN e MARQUES, 2018, p. 24)

De outra parte, a expressão "Diálogo de Fontes", segundo explica Lima Marques, deve levar à compreensão de que

a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, internacionais, supranacionais e nacionais, leis especiais e gerais, com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais, daí a impossibilidade de revogação, derrogação ou ab-rogação ou solução clássica das antinomias. (grifos nossos)

Para a Professora Maria Helena Diniz, Diálogo de Fontes significa

mero instrumento interpretativo, na subsunção, na integração de lacunas e na correção da antinomia reais. Trata-se de ferramenta hermenêutica para

complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a "antinomia", a "incompatibilidade" ou a "não coerência" (MARQUES, 2013, p. 122).

⁶⁹ "O sistema jurídico deve ser coerente, logo a existência de antinomia real conduz o jurista ou o aplicador a uma interpretação corretiva – equitativa, para solucionar aquele conflito, que pressupõe que as normas inconsistentes sejam válidas, mediante a aplicação dos arts. 4 e 5 da LINDB, em busca do valor *justum*, pela qual prefere entre duas normas incompatíveis a mais justa".

interpretar normas de forma coordenada e sistemática, em consonância com a CF. Diálogo porque há uma aplicação concomitante de normas dando solução mais justa (art. 5º, da LINDB), protegendo p. ex. a parte vulnerável, buscando a dignidade da pessoa humana e a aplicação dos direitos fundamentais. (DINIZ, 2019, p. 18)

Ao que se afigura, a Teoria do Diálogo de Fontes busca a solução de conflitos, o preenchimento de lacunas e a aplicação simultânea, de forma coerente e coordenada, das diversas normas heterogêneas que compõem o ordenamento jurídico.

Deve-se atentar para a circunstância de que, conquanto “o diálogo entre as fontes seja algo não só desejável, como produtivo, o que valoriza o caráter sistêmico do direito e evita rupturas em uma concepção mais alargada de isonomia, ele não pode chegar ao extremo de desestruturar o próprio sistema” (GARCIA, 2017, p. 67-68).

É possível afirmar que a Teoria do Diálogo de Fontes é direcionada aos decisores, aos aplicadores do ordenamento jurídico, seja na esfera judicial ou administrativa, como ferramenta para utilização simultânea com os critérios para solução de antinomias no direito interno, como por exemplo o critério hierárquico (*lex superior derogat legi inferior*), o cronológico (*lex posteriori derogat legi posteriori*), e o da especialidade (*lex posteriori derogat legi priori*).

Somados aos critérios interpretativos para solução de antinomias e à Teoria do Diálogo de Fontes, os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB⁷⁰ “fornecem critérios hermenêuticos para a correção do conflito real de normas, constituindo válvula de segurança que possibilita solucionar ou aliviar aquela antinomia real” (DINIZ, 2019, p. 15).

Diante desse quadro, a Teoria do Diálogo de Fontes, na lição da Prof. Maria Helena Diniz, pode ser utilizada para (i) na interpretação sistemática⁷¹ e (ii) na integração de lacunas e (iii) na interpretação corretiva de antinomias reais, principalmente na aplicação dos artigos 4º e 5º da LINDB⁷²; aduzindo que o grande desafio da utilização da Teoria do Diálogo das Fontes

⁷⁰ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁷¹ Importante destacar que a Teoria de Diálogo de Fontes leva sempre ao diálogo com a Constituição Federal, o que induz a constitucionalização de todos os ramos do direito, pois é imprescindível dialogar com a Constituição, com observância dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, da solidariedade. (BENJAMIN e MARQUES, 2018)

⁷² Esse diálogo, na visão de Diniz, “permitirá que se aplique duas ou mais normas, complementar ou subsidiariamente, ou que se opte por uma das normas conflitantes, desde que seja mais favorável ou mais

é aplicar corretamente as fontes em diálogo de forma justa para que haja uma interpretação, integração e correção coerente sistematicamente. Evitando, assim, o ativismo judicial, que vem conduzindo o Poder Judiciário a invadir área do Legislativo e até do Poder Constituinte derivado, ao regulamentar, ao arrepio da lei e da Constituição Federal, determinados assuntos, criando direito novo, ao fazer uso na correção de antinomia real, na integração da lacunas e na interpretação sistemática de argumentos que levam a crer que a inovação já estava contida no ordenamento jurídico. (DINIZ, 2019, p. 18)

A Teoria do Diálogo de Fontes e a utilização correta dos critérios de solução de conflitos entre normas funcionam, portanto, como barreira ao ativismo judicial, na medida em que fornece instrumental à atividade judicial na solução de conflitos, mormente pelo fato de que a atividade jurisdicional não é aleatória e sem limites, devendo se ater as balizas fáticas posta à apreciação e às normas aplicáveis ao caso concreto⁷³.

O Diálogo de Fontes vem sendo utilizado pelo Judiciário, como se percebe de precedentes⁷⁴ nas áreas de direito do consumidor, de família, processo civil⁷⁵, tributário, e até no direito penal, podendo ser verificado esse uso (e até abuso) da teoria do diálogo das fontes, muitas vezes, sem aprofundamento teórico” (BENJAMIN e MARQUES, 2018, p. 27).

justa ao caso ou à parte mais vulnerável, tendo como vetores o respeito aos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana

⁷³ Segundo Maria Helena Diniz (2019): “A discricionariedade judicial não pode ser aleatória, nem desmesurada, pois deve ficar limitada às peculiaridades do caso, às normas a ele aplicáveis, ao comando constitucional, não tendo força para criar direito novo em país de Constituição rígida como o nosso, e deve ater-se em caso de lacuna e antinomia real aos arts. 4º e 5º LINDB, fazendo, conforme o caso, uso ou não do diálogo das fontes, tendo como parâmetro os direitos fundamentais e o respeito à dignidade humana”

⁷⁴ “Nesse espírito, fizemos um levantamento da jurisprudência do E. STJ em 2015 e estamos examinando também as jurisprudências do TJRS (634 decisões), TJRJ (136 decisões), TJPR (7 decisões), TJSC (400 decisões), TJPA (9 decisões), TJMG (284 decisões), TJSP (735 decisões), TJGO (8 decisões), TJAM (22 decisões), TJMT (2 decisões), TJMS (1 decisão), TJDFT (65 decisões)” (BENJAMIN e MARQUES, 2018)

⁷⁵ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. LEI 11.382/2006. REFORMAS PROCESSUAIS. INCLUSÃO DO ART. 739-A NO CPC. REFLEXOS NA LEI 6.830/1980. "DIÁLOGO DAS FONTES". [...] 2. A novel legislação é mais uma etapa da denominada "reforma do CPC", conjunto de medidas que vêm modernizando o ordenamento jurídico para tornar mais célere e eficaz o processo como técnica de composição de lides. 3. Sob esse enfoque, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor deixou de ser decorrência automática de seu simples ajuizamento. Em homenagem aos princípios da boa-fé e da lealdade processual, exige-se que o executado demonstre efetiva vontade de colaborar para a rápida e justa solução do litígio e comprove que o seu direito é bom. 4.

Trata-se de nova concepção aplicada à teoria geral do processo de execução, que, por essa ratio, reflete-se na legislação processual esparsa que disciplina microssistemas de execução, desde que as normas do CPC possam ser subsidiariamente utilizadas para o preenchimento de lacunas. Aplicação, no âmbito processual, da teoria do "diálogo das fontes". [...] 8. Recurso Especial não provido. (REsp nº 1.024.128/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/5/2008, DJe de 19/12/2008)

Nessa linha de raciocínio, Harada alerta para “o perigo da generalização da Teoria do Diálogo das Fontes em prejuízo da eficácia das normas de leis específicas”, aduzindo ainda que “[e]ssa teoria importada deve ser manuseada com muito cuidado, sempre se atentando para a ordem jurídica global, sob pena de causar danos irreversíveis às relações jurídicas protegidas por leis especiais” (HARADA, 2013, p. 1).

Harada (2013) esclarece que a importação da Teoria do Diálogo das Fontes da Alemanha, pela Professora Claudia Lima Marques, objetivou, no âmbito do direito do consumidor, a possibilidade de aplicação de norma mais benéfica posterior prevista em lei geral em detrimento de norma anterior prevista em lei especial, e não para se sobrepor aos critérios hermenêuticos previstos para solucionar as antinomias⁷⁶.

O Autor conclui que a Teoria do Diálogo das Fontes ter autonomia enquanto critério de solução de conflitos entre normas é bastante discutível, pois, lastreado no motivo pelo qual ela foi importada, o nosso ordenamento já prevê solução para o conflito, especificamente no caso de “a superveniência de norma benéfica na lei de conteúdo genérico incorpora-se na lei de conteúdo especial em nome da coerência do sistema jurídico” (HARADA, 2013, p. 2).

Não obstante as fundadas razões das críticas do Professor Harada à utilização da Teoria do Diálogo das Fontes, é importante ressaltar que elas estão dirigidas à utilização da teoria, especificamente na interpretação corretiva de antinomias reais.

Ocorre que, conforme a lição da Professora Maria Helena Diniz, pode-se valer da Teoria do Diálogo de Fontes nas hipóteses de serem necessárias a interpretação sistemática e coordenadas das normas e a integração de lacunas, conforme as diretrizes estabelecidas nos artigos 4º e 5º da LINDB.

Diante do exposto, no que se refere ao complexo arcabouço normativo plurissetorial e multifacetado do microssistema anticorrupção, não se mostra desarrazoado concluir que a utilização da Teoria do Diálogo das Fontes, concomitantemente aos critérios de solução de antinomias e às diretrizes contidas nos artigos 4º e 5º da LINDB, além preservar a higidez e integridade do sistema de responsabilização da improbidade administrativa, tem o potencial auxiliar os agentes decisores, seja na esfera administrativa ou judicial, na obrigação de “dialogar” ou

⁷⁶ Como já ressaltado anteriormente, para solução de conflitos de normas temos três critérios clássicos: o temporal, o da especialidade e o da hierarquia, cujos nomes são, por si mesmos, autoexplicativos. Os dois primeiros estão normatizados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, também conhecida como Normas de Direito Intertemporal ou Normas de Direito Internacional Privado.

“escutar” todas as fontes integrantes do sistema, de modo a alcançar a efetivação dos direitos fundamentais e sociais insculpidos na Constituição Federal, inclusive com a construção da solução consensuada de conflitos, mesmo diante da inexistência de regra específica para determinada situação prevendo a celebração de acordo.

2.4. Considerações finais

Diante o exposto, é possível concluir pela possibilidade de estruturação de sistema brasileiro anticorrupção voltado à tutela do direito fundamental anticorrupção (conforme demonstrado no capítulo 1), capaz de, metodologicamente, imprimir organicidade sistêmica ao complexo arcabouço normativo de combate à corrupção, caracterizado pela heterogeneidade das normas que o compõe, reflexo da multiplicidade de órgãos e entidades com competências sancionatórias e dos interesse plurissetoriais da sociedade brasileira.

Ficou evidente que as fontes formais de direito, informativas do sistema brasileiro anticorrupção são: a Constituição Federal, as convenções internacionais, as leis e os atos infralegais. Possuem destaque as normas constitucionais, que funcionam como diretriz para todos os poderes, direcionando a interpretação das normas e limitando a atuação do legislador; e as convenções internacionais incorporados no ordenamento jurídico pátrio com *status* supralegal.

O sistema brasileiro de combate à corrupção é constituído de microssistemas, relativamente autônomos com regras e princípios próprios, capazes de abranger todas as áreas do Estado brasileiro que tem vinculação com a proteção da probidade administrativa, a saber: (i) Político-Administrativo; (ii) Criminal; (iii) Cível-Administrativo; (iv) Administrativa Estrito Senso; (v) Cível-Eleitoral; e (vi) Cível Estrito Senso.

Delimitado o objeto do presente estudo, o microssistema cível-administrativo visa o combate à corrupção nas relações intersubjetivas ocorridas entre a administração pública e os administrados e encontra-se alicerçado, fundamentalmente, na Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa, considerada a lei geral de combate à improbidade administrativa (corrupção), na Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção, que visa a responsabilização de pessoa jurídica; complementado por outros diplomas legais que veiculam comandos normativos esparsos de combate à corrupção.

Demonstrada, portanto, a existência de um microsistema estruturado de forma orgânica e sistêmica, é possível concluir também pela possibilidade de intercâmbio entre os institutos previstos na legislação integrante do microsistema por meio dos métodos de solução de antinomias, das regras prevista na LINDB e da aplicação da teoria do diálogo das fontes.

3 A CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

3.1. Evolução e contextualização da consensualidade no Direito Administrativo Sancionador

A consensualidade, a despeito de ser tema de estudos teóricos relativamente recentes no Brasil, é especialmente avançado, em outros países, notadamente Itália e Espanha, que possuem em comum nos respectivos ordenamentos jurídicos, especificamente nas leis de processos administrativos⁷⁷, normas que configuram “legítimos permissivos genéricos por meio dos quais a Administração encontra fundamento jurídico para celebrar acordos com os administrados em detrimento da atuação administrativa típica (imperativa e unilateral)” (PALMA, 2015, p. 100).

Conforme já ressaltado anteriormente, após o advento da Constituição Federal de 1988, observa-se robusto desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial do Direito Administrativo Sancionador (DAS), decorrente, sobretudo, da participação e permeabilidade do Estado na conformação da vida social da população brasileira.

Na medida em que o Estado busca dar concretude aos direitos individuais e sociais previstos na Constituição Federal, notadamente por meio da atuação social e da regulação de setores da economia, tornou-se inafastável “a expansão e fortalecimento de normas sancionadoras com mecanismos assecuratórios de seu cumprimento” (OLIVEIRA e GROTTI, 2022, p. 216).

Sobre o dever da Administração Pública de assegurar os direitos fundamentais no Estado Social e Democrático, cristalina é a lição do professor José Ortiz Días, citado por Gustavo Justino de Oliveira (2010, p. 178), no sentido de que “o objetivo primordial das Administrações Públicas em nosso tempo deve ser precisamente a satisfação dos direitos e liberdades fundamentais, sendo missão do Direito Administrativo garantir efetivamente

⁷⁷ Conforme apresentado por PALMA (2015, p. 100 e 107), na Itália, a autorização geral para a celebração de acordos encontra-se no artigo 11 da Lei 241/1990, que autoriza celebrar acordos com a finalidade de determinar o conteúdo discricionário do ato final ou substituí-lo, desde que a prática consensual não cause prejuízo a terceiros e nem afaste a Administração de satisfazer o interesse público; na Espanha o, artigo 88 da Lei 30/1992 autoriza a administração pública celebrar acordos em sentido amplo com os administrados, colocando como objetivo final o atingimento do interesse pública, observadas as matérias insusceptíveis de transação, bem como os parâmetros que devem constar nos acordos.

essa satisfação”, exigindo-se da Administração Pública uma postura proativa⁷⁸” (OLIVEIRA, 2010, p. 161).

Seguindo essa tendência, evidencia-se a necessidade de novos instrumentos para o efetivo atingimento da finalidade pública; circunstância que pode ser observada com a integração do bloco legislativo fundante do DAS por normas que incentivam e instrumentalizam formas de atuação consensual nos diversos sistemas de responsabilização, em especial no microssistema cível-administrativo.

O ambiente favorável à consensualidade tem como um dos principais pressupostos a introdução da eficiência como princípio constitucional da Administração Pública⁷⁹. Assim, “as transformações da atuação administrativa, na busca de resultados eficientes e eficazes no desempenho das atribuições públicas, foram progressivamente aceleradas, atingindo o campo de modelos sancionadores do DAS” (OLIVEIRA e GROTTI, 2022, p. 217).

A célere assimilação do princípio da eficiência como agente motivador da consensualidade é explicada pelo processo de constitucionalização do direito, como já consignado no capítulo 1, que, ao fim e ao cabo, alicerçou os demais pressupostos da consensualidade: a ressignificação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público⁸⁰ e o movimento de reposicionamento da centralidade do direito administrativo do ato administrativo para o processo administrativo.

Esses vetores do desenvolvimento do direito administrativo repercutiram de forma imediata e direta na evolução do DAS. Funcionam, sob a perspectiva da instrumentalidade do DAS, como fundamento justificador da inserção da consensualidade no rol de instrumentos à disposição da Administração Pública para o atingimento da finalidade pública.

Assim, em razão da redemocratização do Estado brasileiro que permitiu a maior participação do cidadão no exercício da atuação administrativa, sobretudo por meio do processo administrativo, a consensualidade se consagra como novo paradigma do direito

⁷⁸ Em mesmo sentido, o professor Ingo Sarlet: “os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade” (OLIVEIRA, 2010, p. 181)

⁷⁹ Princípio da eficiência foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que alterou o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

⁸⁰ Isso porque, como resume a doutrina, “a indisponibilidade do interesse público [ínsita ao tema] proscreeva qualquer outro encaminhamento à controvérsia envolvendo a violação de uma norma jurídica que não fosse a aplicação de sanção” (MARQUES NETO e CYMBALISTA, 2017)

administrativo sancionador, que gradualmente foi sendo incorporada nos diversos sistemas de responsabilização do DAS, notadamente no campo do combate à corrupção.

Merece registro a evolução normativa da consensualidade no DAS, elaborado por OLIVEIRA e GROTTI (2022, p. 217), em que é realizado o histórico das previsões legais de solução consensuada de conflitos:

[e]sboçada com timidez no DAS Ambiental (pela Lei nº 9.605/1998), a consensualidade (ou o consensualismo) chegou de vez ao DAS, na sua vertente antitruste, no ano de 2000 (Lei nº 10.149/2000), consolidando-se nesta seara com a atual Lei nº 12.529/2011. Proliferou no terreno do DAS Regulatório, em marcos regulatórios de diversas agências reguladoras independentes, entre 2000-2020, consolidando-se na Lei nº 13.848/2019 (Lei Geral das Agências Federais). Obteve ampla projeção social, econômica e política, no crescente movimento anticorrupção sob a égide de destacadas Convenções Internacionais (Convenção de Palermo e de Mérida - ONU), com a Lei de Improbidade das Pessoas Jurídicas (Lei nº 12.846/2013), com desdobramento no DAS na regulação financeira e do mercado de valores mobiliários (Lei nº 13.506/2017).

Esta tendência do DAS acompanha o Direito Penal, com a paradigmática Lei nº 12.850/2013, regente do instituto da colaboração premiada no contexto do enfrentamento de organizações criminosas. Também merece destaque a Lei nº 13.655/2018, que promoveu alterações na LINDB (Decreto nº 4.657/1942), fortalecendo a diretriz de consensualismo na aplicação do direito público no âmbito federal (artigo 26).

Vê-se, portanto, que é relativamente recente a concepção de que é cabível a utilização de meios alternativos para solução de conflitos em matéria de direito sancionador⁸¹ e, muito mais, em matéria de combate à corrupção.

No Direito Anticorrupção, objeto do presente trabalho, a consensualidade ganhou força, notadamente com o desenvolvimento de espaços de consenso no âmbito do direito penal, inicialmente com a Lei nº 9.099/1995 e, mais recentemente, com a Lei nº 12.850/2013, que disciplinou o instituto da delação premiada como instrumento no enfrentamento de organizações criminosas.

Nessa esteira, em 2013, com o advento da Lei nº 12.846, denominada de Lei Anticorrupção, foi instituído o propalado “acordo de leniência”⁸².

Importante movimento no sentido da consolidação da consensualidade como paradigma da atuação administrativa estatal foi a publicação da Lei nº 13.655/2018, que

⁸¹ Para a professora Maria João Estorninho, no que a Administração abandonou o modelo de ato administrativo unilateral impositivo, empreendeu “fuga para o direito privado”, ao passo que aderiu a formas de organização e de meios de ação jurídico-privados. (ESTORNINHO, 1999, p. 67)

⁸² A título de ilustração, vale o registro que, no âmbito da “operação lava-jato”, diversas empresas envolvidas optaram pela celebração do acordo de leniência para não se submeterem ao rigor do processo de apuração de responsabilidade de pessoas jurídicas, previsto na Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013.

acrescentou os artigos 20 a 30 no Decreto-lei nº 4.657/1942, conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Nas inovações acrescentadas na LINDB, tem-se o novel artigo 26⁸³, que autoriza a autoridade administrativa, diante da presença do interesse geral, celebrar o compromisso com o administrado, quando verificada irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa, “fortalecendo a diretriz de consensualismo na aplicação do direito público no âmbito federal” (OLIVEIRA e GROTTI, 2022, p. 217).

Por fim, para consagrar a consensualidade no Direito Administrativo Sancionador, após 27 anos da redação original do artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992, que expressamente vedava a realização de acordo no âmbito do regime da improbidade administrativa, foi incorporado ao ordenamento jurídico pátrio o acordo de não persecução cível - ANPC, pela Lei nº 13.964/2019; ou seja, passou-se de um regime de vedação à consensualidade para o regime do consenso, no âmbito do direito anticorrupção. Mais recentemente, foi editada a Lei nº 14.230/2021, que acrescentou o artigo 17-B à Lei de Improbidade Administrativa, disciplinando o ANPC.

Feito esse breve introito e o resumo da evolução normativa da consensualidade no âmbito do direito administrativo sancionador, passa-se ao exame da consensualidade no microsistema anticorrupção cível-administrativo.

3.2. Os elementos justificadores da consensualidade do DAS

3.2.1. Considerações iniciais

É cediço, conforme esclarece Raniere Lins, que a consensualidade no âmbito da Administração Pública encontrou obstáculos ao seu desenvolvimento pela noção arraigada do significado de interesse público de que ele seria indisponível por natureza

⁸³ Artigo 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO).”

(LINS, 2021, p. 41) e deveria refletir estritamente a disposição literal da lei, que, na visão liberal do Estado, corresponderia à vontade da coletividade.

Na visão clássica do Direito Administrativo, a consensualidade seria incompatível com a atuação administrativa, pois exigiria ao Gestor a titularidade do objeto posto em discussão, a autonomia da vontade para estabelecer as concessões recíprocas e a renúncia aos poderes imperativos conferidos à Administração Pública para satisfazer a necessidade coletiva (LINS, 2021, p. 42), o que era obstado pelos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, que “se revestiam de especial força legitimadora das prerrogativas públicas detidas pela Administração Pública” (PALMA, 2015, p. 168).

Não obstante, o paradigma da supremacia do interesse público foi sendo gradualmente alterado, tendo em vista a ocorrência dos seguintes fatores “(i) a mutabilidade do significado de interesse público e (ii) a busca por soluções dialógicas dos conflitos” (LINS, 2021, p. 43).

As primeiras constituições promulgadas na Europa, em países como Itália, Alemanha, França, com caráter essencialmente social e democrático, impulsionaram a superação do paradigma do Estado liberal, e se tornaram vetores principiológico e axiológico dirigidos aos Poderes do Estado, especialmente para a Administração no exercício da atividade administrativa, o Poder Judiciário na interpretação das leis e o legislador ordinário na elaboração das leis.

Vê-se, portanto, que a constitucionalização ampliou a concepção de legalidade administrativa formal e material, “na defesa da cidadania, mas fincou a relevância da plena associação umbilical e republicana entre as atividades do Estado e a realização dos interesses públicos” (OLIVEIRA e GROTTI, 2022, p. 87).

3.3.2. A ressignificação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público

Conforme apresentado no capítulo 2, diante do contexto da constitucionalização do direito, o princípio da supremacia do interesse público foi, inevitavelmente, ressignificado. Por imperativo da nova realidade social, a anterior concepção de supremacia do interesse público tornou-se óbice à Administração Pública no dever constitucional de atender ao plexo de interesses legítimos dos diversos setores da sociedade que emergiram com o advento da nova ordem constitucional.

Nessa linha de ideias, Raniere Lins (2021, p. 43), citando a lição de Rodríguez-Arana, afirma que deve ser reconhecido “que o interesse público seria um conceito indeterminado, mutável por natureza, devendo, assim, ser interpretado de acordo com o sistema normativo-constitucional no qual esteja inserido”, ou seja, sua aceção está estritamente vinculada ao contexto constitucional da época.

Diante de múltiplos e heterogêneos interesses legítimos da população, típicos das sociedades pluralistas e pós-modernas, a definição do interesse público, no caso concreto, é inviável de ser realizada com a simples verificação da legalidade e da prática do ato administrativo de forma imperativa e unilateral.

A definição do interesse público passa a exigir um exercício de ponderação dos variados anseios da coletividade diversificada (MOREIRA NETO, 2014, p. 66-68), em ambiente que permita a participação dos interessados.

Nessa seara, Binbenojm consigna que “(...) a aferição do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na lei, e, geralmente, o obriga a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade” (BINENBOJM, 2005, p. 20). Dessa forma, “a materialização do interesse público ocorreria “no plano concreto com a congregação dos vários interesses e necessidades da sociedade coletivamente considerada, capaz de estabelecer a paz social e refletir as exigências do bem comum” (LINS, 2021, p. 43).

A consecução do interesse público pela Administração Pública no exercício da atividade administrativa passa a demandar um novo modelo de atuação e novos instrumentos, que permitam identificar e alcançar o interesse público e, por conseguinte, atingir os objetivos previstos na Constituição Federal.

Nessa toada, o processo administrativo passa a ocupar posição de centralidade na atuação da administração e a consensualidade é inserida como robusto instrumental no atendimento das expectativas dos interessados nas relações entre administrados e poder público. Vale lembrar que, na teoria clássica do Direito Administrativo, o ato administrativo ocupava a posição central, consubstanciando a exteriorização autoritária da atuação da Administração Pública perante o Administrado, sempre revestido dos atributos da imperatividade e da unilateralidade.

3.3.3. O Princípio da participação e o processo administrativo

Nessa linha de raciocínio, ganha destaque o princípio da participação, que integra o conceito da consensualidade, o da boa administração, e “representa valioso estratagema para fazer a liberdade legítima” (FREITAS, 2014, p. 66).

Juliana Bonacorsi de Palma, de forma cristalina, evidencia a não participação dos administrados na tomada de decisão da Administração no modelo baseado na centralidade do ato administrativo, demonstrando que o modelo é desfavorável à abertura de espaços de consenso. Nessa esteira, esclarece que

[o] imediatismo do ato administrativo enaltece o caráter unilateralidade, enquanto a decisão administrativa, conformada isoladamente pela Administração Pública, é apenas percebida pelo administrado quando do momento de sua incidência. Reconhecer o ato administrativo como o único momento de contato da Administração com o administrado significa afastar a participação deste no processo de formulação da decisão administrativa, limitando o administrado à mera figura de receptor da decisão administrativa já delineada unilateralmente pela Administração (PALMA, 2015, p. 86)

O direito à participação nas decisões estatais “representa um inestimável reforço para que o Estado possa desincumbir-se daquela que é a maior de todas as suas atribuições no mundo contemporâneo: a de responsável primário pela efetivação dos direitos fundamentais” (OLIVEIRA, 2010, p. 183).

Na atual sociedade pluralista, a atuação da administração não pode estar pautada em decisões unilaterais e imperativas. A administração pública deve atuar no bojo do processo administrativo, uma vez que sua decisão “não se esgota em um único ato, mas resulta da confluência de diversos momentos integrados e direcionados para a consecução do ato final; ou seja: resulta da própria lógica processual” (PALMA, 2015, p. 117).

Com o reposicionamento do processo administrativo para a posição central do direito administrativo, observa-se a criação de ambiente favorável ao incremento da atividade consensual da Administração Pública, na medida em que é no âmbito do processo administrativo que se efetiva a participação administrativa, “pois este consiste no mecanismo institucionalizado de levar os interesses à Administração Pública para que esta proceda ao arbitramento de interesses e, assim, conformar a atuação administrativa” (PALMA, 2015, p. 118).

Corroborando a importância da participação do particular na atuação estatal, especificamente no combate à corrupção, Palma destaca a atuação baseada no comando e controle como insuficiente diante dos desafios e da complexidade da atual sociedade,

razão pela qual a participação dos administrados, como nos acordos de colaboração, é fundamental para reduzir dificuldades como:

assimetrias informacionais, escassez de recursos e de pessoal, sofisticação dos esquemas ilícitos, bem como ineficiências do processo sancionador (tempo, custos, judicialização e ínfimo recolhimento dos valores de multa, a principal sanção administrativa) levam à participação imprescindível dos particulares na atividade de persecução administrativa”. (PALMA, 2022, p. 954)

É sabido que a decisão administrativa consensuada, respaldada pela participação popular⁸⁴, tem maior eficácia e efetividade (OLIVEIRA, 2006, p. 401-427), ao passo que é menos suscetível de descumprimento na prática; o que, por si, justifica a conveniência da atuação consensual da Administração Pública⁸⁵ (LORA, 1998, p. 94-98).

Diante do exposto, fica evidente que os movimentos de ressignificação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e da processualização do direito administrativo alicerçaram e justificaram a abertura do direito administrativo sancionador para a consensualidade administrativa.

A consensualidade, consoante lição dos professores Sérgio Guerra e Juliana de Palma, está “umbilicalmente atada à ideia de respeito à boa-fé entre o Estado e o agente regulado” (GUERRA e PALMA, 2018, p. 144); e, segundo o professor Floriano Marques Neto, que, nos idos de 2000, já afiançava que o Estado tem que se afastar do seu caráter autoritário, “tem que abandonar a perspectiva da unilateralidade em favor da transação”⁸⁶. Ou seja, “o poder extroverso, confrontado com uma crise de efetividade, tem de se

⁸⁴ Segundo lição da professora Odete Medauar, a participação popular refere-se “a) à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; b) ao decréscimo da discricionariedade; c) à atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; e d) às práticas contratuais baseadas no consenso, negociação e conciliação de interesses” (OLIVEIRA, 2010, p. 168)

⁸⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). Atuais rumos do processo administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43-44. Em mesmo sentido: MARQUES NETO, Floriano Azevedo de. FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 105; GAROFANO, Rafael Roque et al. Relevante interesse geral, requisitos para o acordo e vetos. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da et al (coord.). Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – anotada: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 333.

⁸⁶ “A transação pressupõe a existência de um espaço de conformação que a Lei outorga ao administrador (em outras palavras, discricionariedade) para valorar, no caso concreto, as medidas necessárias para a proteção do interesse público. Transacionar não importa abrir mão do interesse público. A transação existe para permitir a concretização do interesse público, sem excluir a participação dos particulares interessados na solução da contenda” (BACERLLAR FILHO, 2007, p. 192-193).

transmutar (...) em poder consensado, em mediador ativo das relações sociais e econômicas”⁸⁷.

Assim, pode-se afirmar que a "consensualidade aparece como elemento decisivo para equilíbrio da relação contratual administrativa complexa, de modo a compatibilizar o ambiente novo da coordenação e cooperação administrativa com a tradicional imperatividade e subordinação da Administração Pública" (VALLE, 2020, p. 85).

3.3. Pressupostos teóricos da consensualidade no DAS

Sob outra ótica, a professora Juliana Bonacorsi de Palma, em sua obra *Sanção e Acordo na Administração Pública* (2015, pp. 120-145), busca sistematizar o estudo sobre a consensualidade no DAS, tendo em vista que a dinâmica da consensualidade se torna mais adequada e orientada quando se tem ciência dos modelos teóricos correspondentes.

Nessa linha, a Autora propõe, atenta ao caráter metodológico, a existência três pressupostos teóricos que justificariam a utilização da consensualidade pela Administração Pública: (i) eficiência, (ii) participação administrativa e (iii) governança pública.

3.3.1. Eficiência

A eficiência como pressuposto teórico vale-se da consensualidade como critério de determinação de decisão administrativa eficiente, em razão dos efeitos alcançados pela decisão consensuada em prol do interesse público, do freio à judicialização da decisão administrativa, da possibilidade de haver decisões mais proporcionais ao potencial gravame, da paridade entre a Administração e administrado, da economia de tempo e de custos e da adequação às especificidades setoriais e do caso concreto; enquanto, na sanção, os efeitos correspondem à repressão do infrator, recomposição da legalidade, prevenção de infrações pelo efeito simbólico que gera à sociedade, persuasão nos acordos administrativos e, no âmbito regulatório, à afirmação do regulador sobre o regulado.

Não se pode olvidar que o alicerce justificador da sanção e da consensualidade está assentado na instrumentalidade inerentes a esses institutos, pois ambos se colocam à

⁸⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Carf deve aplicar o artigo 24 da LINDB, afirma autora da nova redação da norma. In: Jota, 06.08.2018. Entrevista concedida a Guilherme Mendes. Disponível em <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/lindb-floriano-entrevista-carf-06082018>. Acesso em 13.06.2022.

disposição da Administração Pública para o exercício das atribuições e competências que lhe são impostas pelo ordenamento constitucional. Nessa missão, à Administração é exigida uma análise racional concreta, considerando todos os elementos que compõem o contexto no qual se inserem, de modo a concluir qual o melhor instrumento a ser utilizado. Destaque-se que o importante é manutenção da alternância entre as duas modalidades de atuação imperativa e consensual.

Segundo OLIVEIRA e GROTTI (2022, p. 217), “o consensualismo foi se sedimentando nas ondas decorrentes do mandamento constitucional de eficiência e eficácia, irrigadas pelo pragmatismo e consequencialismo, ideais hoje debatidos na teoria geral do Direito Administrativo”.

3.3.2. Participação deliberativa

Outro pressuposto da consensualidade no âmbito do DAS está apoiado no fato de que, “para se formalizar em acordos com particulares, a consensualidade na Administração Pública remete imediatamente ao tema da participação administrativa” (PALMA, 2015, p. 129), que materializa o elemento democrático da consensualidade.

A participação administrativa, sob a ótica da consensualidade, constitui-se em um dos mais evidentes pressupostos da atuação administrativa concertada, na medida em que a celebração dos acordos se procede pelo acordo de vontades após a negociação de prerrogativas públicas entre Administração e administrado para compor o ato consensual terminativo ou integrativo do processo administrativo” (idem).

A regra da participação administrativa é a discricionariedade para abertura da participação, pois não existe previsão legal que obrigue a Administração, a despeito de algumas agências reguladoras preverem em seus regulamentos as hipóteses de audiências e consultas públicas.

A participação administrativa e a consensualidade possuem intrínseca vinculação pois somente com a participação efetiva dos interessados, por meio da negociação, é possível alcançar a decisão final. PALMA (2015) colaciona entendimentos do Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que considera a participação como o ponto de convergência entre a abertura do processo administrativo e o desenvolvimento de instrumentos de atuação consensual; e da Professora Lúcia Valle Figueiredo, que apresenta a audiência e a consulta pública, ambos mecanismos de participação administrativa, como efetivos instrumentos consensuais (PALMA, 2015, p. 136).

Os exemplos demonstram a aproximação teórica entre a participação do administrado na Administração Pública e a ação administrativa via dos acordos, que se deve tanto a um motivo pragmático – a participação é um pressuposto da atuação consensual – quanto a outro teórico – ambas as manifestações terminam por mitigar a expressão autoritária da Administração.

3.3.3. Atuação consensual como mecanismo de governança pública

O tema da governança pública é um dos principais pontos de reflexão teórica no direito administrativo global, tanto no sistema tradicionalmente filiado ao *Civil law* quanto naqueles à *Common law*. Diz respeito, ainda, à preocupação comum do direito administrativo com a forma do exercício da autoridade estatal, especificamente com a legitimação do emprego do poder administrativo.

É sabido que a atividade administrativa é permeada por diversas situações de ineficiência; circunstância que consubstancia a justificativa da inserção da governança pública como pauta da discussão teórica no direito administrativo.

Nessa linha, tem-se a governança pública como método colaborativo capaz atuar nas fragilidades da atuação administrativa típica, tais como impasses burocráticos referentes à demora, custo relacionado e insuficiente qualidade da função pública exercida por meio de atos imperativos.

Esses problemas e empecilhos à atuação estatal eficaz apontam para o esgotamento do modelo de atuação administrativa unilateral e imperativa e a necessidade de serem implementadas fórmulas e instrumentos capazes de superar as disfuncionalidades da atual atuação administrativa estatal. Dentre os novos instrumentos, a consensualidade desponta como alternativa para busca de provimentos administrativos mais efetivos.

Os pressupostos acima explicitados refletem a concepção contemporânea da Administração Pública em que a busca pela efetiva concretização dos direitos fundamentais e sociais confunde-se com a finalidade pública, na qual a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, assim considerados como potestades da Administração, direcionam a atuação administrativa no sentido da utilização de mecanismos que permitam, em primeiro lugar, a identificação do interesse público no caso concreto, dentro do complexo feixe de interesses legítimos levados à ponderação do Administrador; e, em segundo lugar, a uma decisão da administração que efetivamente

concretize esse interesse público identificado.

Nesse contexto, a consensualidade se apresenta como instrumento capaz de atingimento desses objetivos. A atuação consensual da Administração Pública, na visão de GARCIA (2017),

contribui para harmonizar e pacificar as relações sociais; atenua a intensa tensão dialética entre os referenciais de lícito e ilícito; acarreta a redução de custos, inerentes à longa tramitação de certas relações processuais, administrativas ou judiciais; e tende a aumentar os índices de satisfação dos envolvidos, que ganham em certeza e celeridade, em patamares sensivelmente superiores àqueles que obteriam ao fim da relação processual (GARCIA, 2017, p. 36).

Nessa linha, “a consensualidade visa a manter a qualidade da decisão administrativa e sua eficácia, a conferir celeridade ao procedimento administrativo e à execução da decisão final, bem como propiciar segurança jurídica, com a definição das normas de disciplina jurídica de dada relação jurídica-administrativa” (PALMA, 2015, p. 237).

De outra parte, tema de grande importância teórica e prática diz respeito à relação entre consensualidade e legalidade concerne à possibilidade de a Administração Pública celebrar acordos administrativos sem previsão legal expressa.

Diferentemente de países como Itália⁸⁸ e Espanha⁸⁹, em que o ordenamento jurídico prevê, expressamente, a alternativa da consensualidade como instrumento para atuação administrativa do Estado, no Brasil, inexistente na lei federal de processo administrativo permissivo genérico para que a Administração Pública Federal adote instrumentos consensuais.

⁸⁸ PALMA (2015, p. 100) esclarece que, “no caso italiano os acordos administrativos são previstos na Lei 241/1990, que disciplina o processo administrativo e o direito de acesso a documentos públicos. A previsão expressa encontra-se no artigo 11 da mencionada lei, o qual autoriza a Administração Pública a celebrar acordos com os interessados com a finalidade de determinar o conteúdo discricionário do ato final ou substituí-lo, desde que a prática consensual não cause prejuízo a terceiros e nem afaste a Administração do dever de satisfazer o interesse público”

⁸⁹ Prossegue PALMA (2015, pp. 107-108), no que se refere ao sistema espanhol, “o direito administrativo espanhol desponta como outro relevante sistema já ambientado no estudo da atuação administrativa consensual. (...) A previsão da terminação consensual no artigo 88 da Lei 30/1992 decorre de uma necessidade meramente pragmática de disciplinar a frequente prática de negociação entre a Administração Pública e administrado acerca da solução final dos processos administrativos. Pela via dos acordos o legislador espanhol pretendeu superar certas disfuncionalidades percebidas na Administração Pública, como a demora no trâmite processual e a decisão administrativa insatisfatória aos pleitos levados pelas partes no processo”

Por muito tempo, a figura que mais se aproximou de permissivo genérico foi a possibilidade de utilização do termo de ajustamento de conduta – TAC, previsto na Lei da Ação Civil pública, Lei nº 7.347/1985.

Recentemente, por outro lado, foi publicada a Lei nº 13.655/2018, que alterou a LINDB, Decreto-lei nº 4.657/1942, estabelecendo, nos termos do artigo 26, a possibilidade de celebração de compromisso, com peculiaridades que informam um poder geral de consensualidade colocado à disposição da Administração Pública, “devendo ser interpretado como norma geral para celebração de TAC” (CLERICUZI, 2021, p. 54).

No âmbito do DAS anticorrupção, caminha com vigor a abertura de espaços de consenso no ordenamento jurídico nacional. Nessa linha, deve ser registrada a Lei de Mediação, Lei 13.140/2015, que, em seu artigo 36, § 4º, previu a possibilidade de autocomposição no âmbito da improbidade administrativa; a Lei Anticorrupção, com a previsão da celebração do acordo de leniência, e, recentemente, a Lei nº 13.964/2019, que alterou a Lei nº 8.429/1992, introduzindo a possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível - ANPC.

Importante registrar que, antes do advento do ANPC, a doutrina possuía entendimento sobre a possibilidade de celebração de acordo no bojo da ação civil de improbidade administrativa, a despeito da expressa vedação legal contida no artigo 17, § 1º, da LIA. A título de ilustração, merece registro o entendimento de que

(...) a) admitem-se a colaboração premiada e o acordo de leniência como negócios jurídicos atípicos no processo de improbidade administrativa (artigo 190 do CPC c/c artigo 4º da Lei nº 12.850/2013 e com os arts. 16-17 da Lei nº 12.846/2013); b) admite-se negociação nos processos de improbidade administrativa, sempre que isso for possível, na respectiva ação penal, observados, sempre, por analogia, os limites de negociação ali previstos; c) admite-se acordos parciais, sendo considerados parcela incontroversa; d) admite-se a “colaboração premiada” em processos de improbidade administrativa, respeitados os limites e critérios da lei de regência. (CLERICUZI, 2021, p. 59)

Outrossim, “[d]iante de todas as mudanças legislativas no microsistema de tutela do patrimônio público, muitos entendiam que teria havido uma derrogação tácita do artigo 17, §1º, da LIA” (CLERICUZI, 2021, p. 54).

Conclui-se, assim, que a ausência de previsão legislativa específica de espaços de consenso não seria empecilho à utilização da consensualidade pela Administração Pública para solução de conflitos, em busca da melhor decisão para o atingimento do interesse público.

3.5. Poder Geral Consensual da Administração Pública

3.5.1. Princípio Constitucional da Consensualidade

Diante do quadro teórico-normativo da consensualidade no direito administrativo sancionador acima apresentado, é possível considerar a existência de uma regra geral consensual ou um poder geral consensual no ordenamento jurídico brasileiro? Acreditamos que a resposta a esse questionamento é positiva, conforme a seguir será demonstrado.

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988, nos termos do entendimento firmado pela Corte Suprema⁹⁰, tem função política e determinante nas diretrizes e no *animus* da nação brasileira, veiculando a diretriz da "solução pacífica das controvérsias" e evidenciando o ânimo e escopo que possibilita o avanço da consensualidade no ordenamento jurídico infraconstitucional (MAZIEIRO, 2020, p. 272).

O ideal de soluções pacíficas do Estado Brasileiro é reforçado por disposições constitucionais que, inevitavelmente, dialogam com instrumentos de consensualidade na atuação administrativa do Poder Público, especificamente o artigo 4º, inciso VII, da Constituição Federal, que estabelece como princípio do Estado Brasileiro a busca pela "solução pacífica dos conflitos"; o artigo 5º, inciso LXXVIII, que invoca o princípio da duração razoável do processo; e o artigo 37, *caput*, que prevê o princípio da eficiência como norteador da atividade administrativa do Estado (MAZIEIRO, 2020, p. 273).

Nessa perspectiva, Paula Lopes (2017) aduz que a consensualidade constitui princípio constitucional implícito decorrente do princípio fundamental da democracia, que, ladeada dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, finalidade, da indisponibilidade do interesse público, segurança jurídica e eficiência, bem se acomoda

⁹⁰ A força de vetor interpretativo do texto constitucional contida no Preâmbulo da Constituição foi reconhecida pelo Supremo Tribunal no julgamento da ADI nº 2.649 pelo Tribunal Pleno. Assim, "[a]fastada a normatividade do Preâmbulo, ficou reconhecido seu caráter veiculador de princípios (ADI 2.076, rel. minº Carlos Velloso, DJ de 08.08.2003) e valores a serem defendidos pelo Estado (ADI 2649, rel. minº Carmen Lúcia, DJe de 16.10.2008). A conclusão extraída desses julgados é que, embora destituído de conteúdo normativo e, portanto, não servindo como parâmetro de controle de constitucionalidade, **os valores inseridos no Preâmbulo orientam a atividade interpretativa e os princípios nele contidos funcionam como normas de controle**" (trecho do voto Minº Edson Fachin, no julgamento da ADPF 291, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 10-05-2016 PUBLIC 11-05-2016).

no sistema jurídico pátrio, se encaixando com perfeição aos critérios estabelecidos processo administrativo, previstos no parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.784/1999⁹¹ (LOPES, 2017, p. 386).

3.5.2. O Poder Geral Consensual

Seguindo a premissa da existência do princípio constitucional da consensualidade, a solução de conflitos por meio da prática consensual consagrou-se regra geral com o advento do Código de Processo Civil, especificamente por força dos comandos normativos contidos em seu artigo 3º, §§ 2º e 3º – respectivamente, "[o] Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos" e "[a] conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial" – ; e da regra do artigo 15 do Código de Processo Civil⁹² que determina a aplicação subsidiária das normas processuais civis ao processo administrativo.

Diante do novo paradigma, é possível afirmar que, não havendo disposição legal em sentido contrário, toda pretensão deduzida em ação judicial **cível**, independentemente da matéria, poderá ser submetida à solução consensual, a qual, na dicção do Código de Processo Civil de 2015, o Estado deverá promovê-la e os juízes e os demais atores processuais deverão estimulá-la.

⁹¹ Artigo 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

(...)

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. **(Grifos nossos)**

⁹² Artigo 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

A adoção da prática consensual na atuação administrativa da Administração Pública, em razão de seus efeitos, segundo Patrícia Baptista, deve ser estimulada, na medida em que (i) o interesse público é alcançado com mais eficiência ao passo que harmonizado com o interesse privado, o que representa maior agilidade e adaptabilidade aos interesses; (ii) incremento da transparência das atividades administrativas, por se revelar instrumento moralizador e de imparcialidade da Administração Pública; (iii) maior lastro à autoridade que nele busca seu fundamento, sobressaindo-se como legitimador da atuação administrativa; e (iv) maior estabilidade das relações administrativas, com a superação dos conflitos e maior segurança jurídica às partes envolvidas (BAPTISTA, 2003, p. 266-268).

Corroborando esse posicionamento, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2002, quando do julgamento do RE 253.885, reconheceu a consensualidade como instituto de maximização do interesse público na atividade de controle exercida pela Administração Pública⁹³, entendendo que, no caso concreto, o princípio da indisponibilidade deveria ser atenuado.

De outra parte, é inquestionável que os acordos administrativos são efetiva via decisória do Poder Público, conforme pontifica o professor Diogo Moreira Neto, na medida em que são "(...) termos firmados pela Administração Pública, diretamente e mediante provocação do interessado, quando uma composição ou ajuste for mais vantajoso ao interesse público do que as consequências decorrentes de um ato administrativo proferido em um processo administrativo" (MOREIRA NETO, 2003, p. 135).

Por isso, tem-se afirmado que esses acordos são instrumentos de justiça distributiva – não de justiça retributiva – e devem ser firmados quando, a partir de um juízo de ponderação dos interesses envolvidos, a Administração se deparar com situação em que o benefício geral advindo do possível acordo seja otimizado em relação à restrição do direito do particular.

⁹³ 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 ultimate 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. (RE 253.885, 1ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 04.06.2002, DJ de 21.06.2002. Grifos nossos)

Vê-se, portanto, que, a partir do momento em que o ordenamento jurídico fomenta a abertura da Administração para a processualidade, a discussão e a negociação (MEDAUAR, 2017, p. 260 e ss), essas tendências merecem ser ponderadas em relação aos poderes jurídicos de imposição unilateral⁹⁴ da Administração, especialmente pela expressa previsão contida no artigo 26 do Decreto-lei nº 4.657, de 1942, acrescido pela Lei nº 13.655, de 2018.

A Lei nº 13.655/2018 foi a responsável por materializar como texto legal de caráter geral o "compromisso" administrativo, tornando concreta a opção constitucional por um regime jurídico voltado à consensualidade administrativa.

A opção do legislador introduzir enunciado expresso sobre a consensualidade à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, e não a qualquer outra lei ordinária, conduz ao entendimento, irrefutável, de torná-lo permissivo genérico à celebração de acordos no âmbito da função de polícia administrativa, uma vez que esclareceu a “competência consensual de ordem geral do Poder Público brasileiro” (GUERRA e PALMA, 2018, p. 146).

Importante ressaltar que a LINDB não regula direta e especificamente relações entre sujeitos de direito, mas sim dispõe sobre regras a serem observadas por outras normas; razão pela qual é qualificada como “norma de sobredireito”⁹⁵, “metanorma” ou “lei interpretativa”. Em outras palavras, “uma lei sobre lei” (*lex legum*), uma norma que prescreve como e com que conteúdo outras normas serão produzidas⁹⁶.

A opção do legislador em criar modalidade de acordo na LINDB – o compromisso (artigo 26) – não deixa dúvidas de sua intenção quanto a abrangência da norma, a qual, aliás, está clara no texto legal, que expressamente determina a incidência sobre a aplicação do direito público em geral, sem qualquer ressalva, englobando, portanto, matéria tributária, financeira, desapropriação, regulatória, sancionadora, improbidade administrativa, disciplinar entre outras.

⁹⁴ Como bem lembra Karlin Niebuhr, foi o que ocorreu com a Lei nº 13.303, de 2016 (Lei das Estatais), cujo artigo 72 fixou que “Os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes, vedando-se ajuste que resulte em violação à obrigação de licitar” (NIEBUHR, 2019, p. 344)

⁹⁵ Expressão consagrada pelo ilustre jurista Pontes de Miranda

⁹⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 203. “(...) uma lei fundacional contendo as ferramentas primárias do trabalho jurídico. Não uma lei dos conteúdos principais do ordenamento, pois o lugar deles já está reservado: é a Constituição. Mas sim uma lei definidora dos grandes modos de funcionamento do direito, de operação das normas gerais ou individuais de que ele se compõe” (SUNDFELD, Carlos Ari. A Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro e sua renovação. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da et al (coord.). Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – anotada: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 33).

Não se olvida que, antes da inovação trazida pela Lei nº 13.655, de 2018, que alterou a LINB⁹⁷, doutrinadores administrativistas, como Carlos Ari Sunfeld⁹⁸, Gustavo Binbenbojm e Fernando Dias Menezes de Almeida⁹⁹, já defendiam a possibilidade de a Administração Pública celebrar acordos substitutivos de decisões unilaterais sancionatórias com base no artigo 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, acrescentado pelo Código de Defesa do Consumidor, que ostentava o qualificativo de “permissivo genérico¹⁰⁰ dos acordos pela Administração Pública” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 102).

Vale lembrar que, antes da Lei nº 13.655/2018, outras legislações contaram com previsão semelhante àquela do artigo 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública, a saber: (i) artigo 85 da Lei nº 12.529/2011, prevê o termo de compromisso e o acordo de leniência no âmbito do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica; (ii) artigo 11, § 5º, da Lei nº 6.385/1976, incluído pela Lei nº 13.506/2017, que disciplina o termo de compromisso na Comissão de Valores Mobiliários - CVM ; e (iii) artigo 79-A da Lei nº 9.605/1998, prevê o termo de compromisso na esfera ambiental.

Na lição de Niebuhr (2019),

[t]odas essas normas têm uma característica em comum: autorizam a celebração de acordos administrativos em hipóteses legais nas quais a solução tradicional era a responsabilização (no sentido técnico-jurídico de sujeição de alguém a uma sanção pelo descumprimento de uma obrigação). Fala-se em conduta ilícita, causadora de dano, e em substituição da sua sanção ou do procedimento de responsabilização por um compromisso tomado do agente em tese responsável, a fim de que corrija a sua conduta” (NIEBUHR, 2019, p. 344)

⁹⁷ E, em mesmo sentido, cf SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. Revista de Direito Público da Economia RDPE. Belo Horizonte, ano 9, nº 34, abr-jun/2011, p133- 151; BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum. 2016, p. 111.

⁹⁸ “(...) [os] novos preceitos não têm conteúdo revolucionário: eles só transformam em texto legal, de **caráter geral**, exigências que, em muitos ambientes - o do controle público, inclusive - já vinham sendo feitas, e que traduzem as melhores práticas jurídicas. **O inovador foi levar esses temas para a velha LINDB, uma espécie de porta de entrada do mundo jurídico**” (Grifos nossos) (SUNFELD, 2019, p. 35)

⁹⁹ “(...) está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício a decisão por se decidir de modo consensual com o destinatário da decisão. Numa situação assim, sempre restará, em potência, o poder unilateral, que, circunstancialmente, não é exercido. Por outras palavras, está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício a opção da Administração por impor a si própria certos condicionantes de sua ação, importando obrigação para com o destinatário da decisão. É lícito que se chegue a essa opção por uma via consensual de formação da convicção” (ALMEIDA, 2012, p. 302)

¹⁰⁰ Segundo Fernanda Piccinin Leite : “O TAC da LACP foi, até 2018, considerado o instrumento consensual chave do direito público brasileiro, sendo esse dispositivo específico considerado pela literatura, até então, como o único permissivo genérico autorizativo da assinatura de instrumentos consensuais por parte da Administração Pública no âmbito normativo brasileiro”. (LEITE, 2022, p. 1)

Subsequentemente às legislações acima citadas, foram aprovadas normas, que previram, expressamente, a possibilidade de celebração de acordos, notadamente no âmbito do direito anticorrupção como a Lei nº 12.846/2013 (artigos 16 e 17), que previu o acordo de leniência nos processos relativos à combate à corrupção, e a Lei nº 14.230/2021, que introduziu o artigo 17- B na Lei nº 8.429/1992, instituindo o acordo de não persecução civil nas práticas de atos de improbidade administrativa.

Importante registrar também o advento da Lei nº 13.140/2015 (artigos 32 e ss), que admitiu a criação de câmaras para autocomposição de conflitos com a Administração, e o Código de Processo Civil, que estabeleceu consensualidade como regra na solução dos conflitos, conforme dispõe o artigo 3º, § 2º, em que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

Diante desse contexto, a partir da introdução de novos enunciados à LINDB, com muito mais firmeza e segurança pode-se dizer que se está diante de um novo paradigma na atuação administrativa do Poder Público em que a consensualidade é a regra.

Nessa linha de raciocínio, é razoável e proporcional sustentar que “o dispositivo consagra a atuação administrativa consensual, estabelecendo moldura normativa dentro da qual as autoridades administrativas e os agentes privados poderão negociar ajustes e transacionar” (VIANA, 2019, p. 342).

Em outras palavras,

(...) deixa, (...), definitivamente, de ser possível alegar que a Administração deve apenas aplicar a lei, independentemente de quais forem as consequências de suas decisões, sem a possibilidade de transigir ou de encontrar soluções alternativas de consenso aos conflitos internos e com particulares” (SCHWIND, 2020, p. 162).

É possível afirmar, portanto, que o artigo 26 da LINDB “inovou trazendo a possibilidade da autocomposição no âmbito da Administração Pública, devendo ser interpretado como norma geral para celebração de acordos” (CLERICUZI, 2021, p. 54), ficando, por conseguinte, instituído o poder geral consensual da Administração Pública, independentemente de previsão normativa específica para cada ramo do direito público.

3.6. O “compromisso” – o instrumento geral de consenso previsto no artigo 26 da LINDB

3.6.1. Considerações iniciais

O Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 – LINDB –, foi alterado pela Lei nº 13.655, de 2018, que acrescentou dispositivos destinados a posicionar, definitivamente, a razoabilidade, a proporcionalidade e a segurança jurídica como vetores inafastáveis da atividade administrativa do Estado¹⁰¹.

Merece especial atenção o disposto no artigo 26 da LINDB, que consolidou um modelo substitutivo de atuação administrativa, ao positivar especial proteção de eficácia e eficiência de regime jurídico geral de negociação entre autoridades públicas e particulares, retirando a centralidade da atuação unilateral administrativa e do ato administrativo¹⁰².

Sobre o novel artigo, vale trazer à colação trecho do Relatório da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, que, ao analisar a proposta de lei, consignou que

busca também conferir aos administrados o direito a normas de transição proporcionais e adequadas, bem como estabelece **um regime para que negociações entre autoridades públicas e particulares ocorram de forma transparente e eficiente.**

[...]

O **novo artigo visa reforçar a prática da Administração Pública consensual ou dialógica – uma concepção moderna de Estado**, que preza pela cultura do diálogo entre a sociedade, os órgãos e entes públicos –, em contraponto à Administração Pública monológica – resistente a esse processo comunicacional.

[...]

Tais dispositivos buscam uma aproximação entre o administrador e o cidadão, permitindo que estes, **por meio do diálogo e do consenso, encontrem soluções que atendam à eficiência administrativa**, respeitando-se os direitos e garantias individuais. (grifos nossos)

¹⁰¹ O projeto de lei que lhe deu origem (PL nº 7.448, de 2017) foi inspirado na constatação de que “é imperioso compreender o Direito sob o ponto de vista que cogite do futuro e da plurissubjetividade dos efeitos das decisões”, “do ponto-de-vista retrospectivo das fontes para o prospectivo dos modelos” (REALE, 1973)

¹⁰² Conforme Viana (2019), utilizando-se do raciocínio esboçado pelo professor Floriano Marques Neto ainda em 2011, a inserção desse dispositivo na LINDB se revela como mais um reflexo da perda de centralidade do ato administrativo como motor [único] de atuação da Administração Pública (VIANA, 2019, p. 339)

Com esse espírito, foi introduzido no ordenamento jurídico-normativo o artigo 26 da Decreto-lei nº 4.657/1942, pela Lei nº 13.655, de 2018, cujo teor é o seguinte:

Artigo 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do **direito público**, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e **presentes razões de relevante interesse geral**, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo: (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

II – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Grifos nossos)

Vê-se que o dispositivo legal veicula o mínimo regulamentar dos acordos administrativos, apresentando requisitos de validade imprescindíveis à efetividade e à garantia de interesses gerais, os quais, inclusive, já estavam presentes no artigo 2º da Lei nº 9.784/1999, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal¹⁰³.

¹⁰³ Artigo 2o A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

Não obstante, o artigo 10 do Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou o artigo 26 da LINDB, estabeleceu outras condições para celebração de acordos administrativos, conforme se depreende da simples leitura do referido dispositivo:

Artigo 10. Na hipótese de a autoridade entender conveniente para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público, poderá celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável e as seguintes condições:

I - após oitiva do órgão jurídico;

II - após realização de consulta pública, caso seja cabível; e

III - presença de razões de relevante interesse geral.

§ 1º A decisão de celebrar o compromisso a que se refere o caput será motivada na forma do disposto no artigo 2º.

§ 2º O compromisso:

I - buscará solução proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecido por orientação geral; e

III - preverá:

a) as obrigações das partes;

b) o prazo e o modo para seu cumprimento;

c) a forma de fiscalização quanto a sua observância;

d) os fundamentos de fato e de direito;

e) a sua eficácia de título executivo extrajudicial; e

f) as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 3º O compromisso firmado somente produzirá efeitos a partir de sua publicação.

§ 4º O processo que subsidiar a decisão de celebrar o compromisso será instruído com:

I - o parecer técnico conclusivo do órgão competente sobre a viabilidade técnica, operacional e, quando for o caso, sobre as obrigações orçamentário-financeiras a serem assumidas;

II - o parecer conclusivo do órgão jurídico sobre a viabilidade jurídica do compromisso, que conterà a análise da minuta proposta;

III - a minuta do compromisso, que conterà as alterações decorrentes das análises técnica e jurídica previstas nos incisos I e II; e

IV - a cópia de outros documentos que possam auxiliar na decisão de celebrar o compromisso.

§ 5º Na hipótese de o compromisso depender de autorização do Advogado-Geral da União e de Ministro de Estado, nos termos do disposto no § 4º do artigo 1º ou no artigo 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, ou ser firmado pela Advocacia-Geral da União, o processo de que trata o § 3º será acompanhado de manifestação de interesse da autoridade máxima do órgão ou da entidade da administração pública na celebração do compromisso.

§ 6º Na hipótese de que trata o § 5º, a decisão final quanto à celebração do compromisso será do Advogado-Geral da União, nos termos do disposto no parágrafo único do artigo 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997. (Grifos nossos)

Importante atentar para as exigências contidas no citado artigo, especialmente no que se refere à instrução do processo administrativo que irá subsidiar a decisão pela

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

celebração do compromisso, deixando evidente a posição de centralidade do processo administrativo.

Os documentos exigidos, inquestionavelmente, irão (i) auxiliar o decisor a melhor identificar o interesse público no caso concreto, permitindo a realização da ponderação com os demais interesses envolvidos, (ii) concretizar o princípio da participação, com a realização de consulta pública, (iii) permitir melhor controle da decisão pelos órgãos de controle e pelo poder judiciário, como a necessidade de juntada de parecer técnico, de parecer jurídico, e da exposição dos fundamentos de fato e de direito.

3.6.2. O veto ao inciso II do § 1º do artigo 26 da LINDB

Importante questão a ser analisada diz respeito ao veto presidencial ao inciso II do § 1º do artigo 26 da LINDB, de modo a verificar o alcance do “compromisso” no que concerne a possibilidade de ser utilizado como acordo substitutivo de sanção.

Com efeito, durante o processo legislativo da Lei nº 13.655/2018, o Presidente da República vetou o inciso II do § 1º do artigo 26, que dispunha que o “compromisso” poderia “envolver transação quanto sanções e créditos relativos ao passado e, ainda, o estabelecimento de regime de transição”¹⁰⁴.

O veto foi sugerido ao Presidente após manifestação do Ministério da Fazenda, juntamente com o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União, sob as seguintes razões:

[a] celebração de compromisso com os interessados, instrumento de natureza administrativa previsto no **caput** do artigo, não pode, em respeito ao princípio da reserva legal, transacionar a respeito de sanções e créditos relativos ao tempo pretérito e imputados em decorrência de lei. Ademais, poderia representar estímulo indevido ao não cumprimento das respectivas sanções, visando posterior transação.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.592.450/RS, firmou entendimento no sentido de que, “promovendo interpretação sistemática e histórica de toda a legislação, inclusive das razões do veto, conclui-se que

¹⁰⁴ § 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

(...)

II - poderá envolver transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado e, ainda, o estabelecimento de regime de transição.

o Judiciário deve prestar deferência às discussões que já foram entabuladas na via própria, durante o processo legislativo, e que melhor refletem valores democráticos”¹⁰⁵.

Assim, diante da clareza solar do ambiente de consensualidade administrativa especialmente protegido pela Lei nº 13.655, de 2018, mostra-se imperioso o exame do veto ao inciso II do § 1º do aludido artigo 26 da LINDB, tendo em vista o valor das razões do veto na interpretação da lei, de modo a verificar se repercute sobre o alcance do “compromisso” do artigo 26, no sentido de impedir sua utilização do compromisso como acordo substitutivo de sanção.

Nessa esteira, a interpretação lógico-sistemática a ser imprimida às razões do veto é de que, em observância ao princípio da segurança jurídica, deve-se evitar a aplicação retroativa do "compromisso" no tempo, para que este não alcançasse sanções pretéritas aplicadas, não sendo impeditivo à utilização do compromisso como acordo substitutivo de sanção.

Vale ressaltar que o entendimento no sentido de se vedar a possibilidade de celebração de acordo substitutivo de sanção poderia esvaziar por completo o conteúdo normativo do *caput* do artigo 26, que previu o cabimento de "compromisso" inclusive para eliminar irregularidade e situação contenciosa na aplicação do direito público.

A corroborar tal posicionamento, Victor Carvalho Pessoa de Barros e Silva, em sua dissertação da PUC/SP (de 2019) específica sobre o tema, explica textualmente que:

"No tocante ao veto aludido, sua intenção fora apenas a de impedir o efeito retroativo da aplicação do compromisso no tempo, mas não a de proibir a celebração de futuros acordos administrativos substitutivos de sanção, o que fica claro na medida em que o inciso tratava tão somente da aplicação para sanções relativas ao passado. A possibilidade de firmar acordos que objetivem a substituição de sanções já aplicadas poderia ocasionar implicações indeterminadas, até porque existem infrações levadas à tutela do Poder Judiciário. Logo, poder-se-ia gerar cenário de insegurança das demandas em seus ritos procedimentais” (BARROS E SILVA, 2019, p. 40)

No que se refere aos demais fundamentos do veto – de que a resolução consensual de conflitos (decorrentes de infrações) dos particulares com a Administração "desrespeitaria o princípio da reserva legal" ou "estimularia indevidamente o não cumprimento de sanções" – também não se sustentam, nas hipóteses de celebração de compromissos substitutivos de sanção.

¹⁰⁵ EDcl no REsp nº 1.592.450/RS, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 31/1/2023.

Ora, inexistente ofensa ao princípio da reserva legal, na medida em que o uso dos acordos administrativos para substituir sanção está albergado pela lei e pelo Direito, exatamente como é exigido pelo inciso I do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.784/1999.

Ainda que assim não se entendesse, é possível afirmar que o fundamento de validade do “compromisso” extrapola os limites da LINDB, decorrendo também: (i) da aplicação dos princípios da consensualidade, da democracia, da segurança jurídica, da proporcionalidade, da razoabilidade, da ponderabilidade, da efetividade, da eficiência e do interesse público, todos com sede constitucional; (ii) da interpretação lógico-sistemática do microsistema consensual, formado pelas normas¹⁰⁶ de direito administrativo autorizadas de compromissos substitutivos de sanção administrativa, as quais se complementam e devem guardar coerência interna entre si, a bem da coerência funcional do sistema plural e complexo do direito administrativo sancionador contemporâneo; e (iii) do mandamento de simplificação e racionalização dos “processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco”, disposto no artigo 14 do Decreto-lei nº 200, de 1967.

Não se sustenta também o fundamento do veto de que a celebração de compromissos substitutivos de sanção poderia ser considerada como estímulo ao seu não cumprimento, na medida que essa tese está lastreada na presunção de má-fé do administrado, o que é, por si só, insustentável.

Nessa toada, a despeito de não haver previsão expressa de solução alternativa à sanção, a norma também não a vedou (NIEBUHR, 2019, p. 344), mostrando-se viável a possibilidade de celebração de compromisso para substituição de sanção administrativa por obrigação jurídica assumida de forma consensual.

Dessa forma, não há objeto vedado pelo dispositivo legal. Não obstante, tendo em vista a existência do veto ao artigo 26, § 1º, inciso II, da LINDB, repisa-se, deve-se imprimir interpretação lógico-sistemática, no sentido de que apenas as penalidades administrativas pretéritas já aplicadas não podem ser objeto do compromisso substitutivo de sanção, mormente, em atendimento ao ato jurídico perfeito, protegido pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

¹⁰⁶ Como exemplo: (i) o artigo 11, § 5º, da Lei nº 6.385, de 1976 (CVM), (ii) o artigo 85 da Lei nº 12.529, de 2011 (CADE), (iii) o artigo 11 da Lei nº 13.506, de 2017 (BACEN), (iv) o artigo 79-A da Lei nº 9.605, de 1998 (ilícitos ambientais) e (v) a IN/CGU nº 4, de 21.02.2020 (infração disciplinar de menor potencial ofensivo).

3.6.3. Modalidades de acordos administrativos

O compromisso administrativo disciplinado pelo artigo 26 da LINDB é espécie do gênero “acordo administrativo”, similar aos termos de compromisso utilizados pela Comissão de Valores Mobiliários para substituir o processo administrativo sancionador; aos acordos de leniência, no Conselho Administrativo de Defesa Econômica; ou aos licenciamentos consensuais, na seara ambiental (PEREIRA, 2015, p. 27).

Considerada a consensualidade em sentido estrito¹⁰⁷, o “compromisso” pode ser classificado como acordo integrativo ou substitutivo (PALMA, 2015, p. 247).

De outra parte, quanto ao tipo de acordo administrativo que poderá ser com base no artigo 26 da LINDB, não se vislumbra óbice a que a Administração Pública se sirva de qualquer das três dinâmicas consensuais a seguir¹⁰⁸: (i) acordo integrativo, (ii) acordo substitutivo e (iii) acordo completivo.

O Acordo integrativo tem por desiderato viabilizar a edição de um ato administrativo unilateral de modo mais harmônico com as necessidades do caso concreto ou com as características de seu destinatário, manejado especialmente nas hipóteses em que se busca eliminar incerteza jurídica; o acordo substitutivo é destinado à substituição do processo administrativo sancionador ou da própria sanção, a depender do regime jurídico previsto em lei, manejado mormente nas hipóteses em que se intenta eliminar irregularidade ou situação contenciosa na aplicação do direito público; e o acordo completivo intenta complementar, por meio do consenso, o ato administrativo final que será produzido.

¹⁰⁷ Segundo Palma (2015, pp. 241-248), a consensualidade pode ser classificada em amplíssima, ampla e em sentido estrito. Segundo a Autora, a consensualidade amplíssima “adota o critério da participação administrativa para delimitar a atuação administrativa consensual, a consensualidade se manifestaria em qualquer aproximação entre particulares e Administração Pública, independentemente da formalização contratual”. Por sua vez, a consensualidade ampla corresponde ao “acordo de vontades entre Administração Pública e pessoas de direito público ou de direito privado manifestado quando da avença de contratos administrativos ou de outras fórmulas negociais” e, por fim, em sentido estrito “por meio da qual a Administração Pública negocia o exercício de suas prerrogativas no âmbito do processo administrativo com a finalidade de terminá-lo consensualmente. isto é, sem a formalização no ato administrativo imperativo e unilateral.”

¹⁰⁸ “(...) o poder público dispõe de uma miríade de modelos de acordos dos quais se pode valer no seu atuar” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 102), mas são os três assinalados neste trabalho que podem ser adotados por força do artigo 26 da LINDB.

De outra parte, é sabido que as hipóteses de celebração do compromisso da LINDB são propositalmente indefinidas e fluidas, permitindo até mesmo uma simbiose entre as hipóteses.

Assim, independentemente da modalidade – substitutivo, integrativo ou substitutivo-integrativo –, os acordos firmados com fulcro no artigo 26 da LINDB terão o efeito de impedir ou extinguir o processo administrativo sancionador, além de possuir força de título executivo extrajudicial, a teor do que estipula o artigo 10, § 2º, inciso III, alínea “e”, do Decreto nº 9.830, de 2019.

3.6.4. Hipóteses de cabimento do “Compromisso”

A teor do artigo 26 da LINDB, três são as hipóteses de cabimento do “compromisso” que autorizam a Administração Pública a celebrar o compromisso, a saber: (i) eliminar irregularidade, de forma que uma situação de contrariedade ao direito passe a estar conforme com ele; (ii) eliminar incerteza jurídica, quando não se sabe ao certo se a situação existente é regular ou não ou quando a Administração Pública reconhece que pode haver dúvidas objetivas; ou (iii) eliminar situação contenciosa na aplicação do direito público, quando a Administração Pública está em contexto de discussão, de conflito com o particular no tocante à aplicação do direito.

Nas três hipóteses, é possível afastar a aplicação da norma de direito público se a Administração verificar, na situação concreta, que o meio mais eficiente de zelar pelo interesse geral materializa-se na celebração de acordo com o particular, “não se justificando [mais] a inexistência de acordo apenas em razão da inexistência de lei específica a respeito” (ARAÚJO, 2019, p. 328).

Por fim, vale frisar que

[q]ualquer prerrogativa pública pode ser objeto de pactuação, *como a prerrogativa sancionatória, fiscalizatória, adjudicatória etc. Não há objeto interdito no compromisso*. A LINDB sepultou qualquer ordem de discussão sobre a tal ‘indisponibilidade do interesse público’ (...). Isso porque o âmbito de aplicação do compromisso da LINDB é delimitado pela funcionalidade do instrumento, qual seja, ‘para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito’ (GUERRA e PALMA, 2018, p. 150)

3.6.5. Da decisão da administração em celebração do “compromisso”

O artigo 26 da LINDB¹⁰⁹ estabeleceu um dever para a Administração Pública “de, ao menos, avaliar concreta e efetivamente a possibilidade de celebrar compromissos com os interessados a fim de buscar uma solução que seja proporcional, eficiente e compatível com os interesses gerais” (SCHWIND, 2020, p. 162).

O artigo 26 da LINDB veicula o poder-dever da autoridade administrativa de ponderar as circunstâncias do caso concreto e, caso atendidos os requisitos legais, celebrar o “compromisso”, desde que o particular aquiesça com os termos do acordo, sob pena de não se falar em consenso.

A exigência da presença de “razões de relevante interesse geral”, contida no artigo 26 da LINDB para celebração do compromisso, embora não esteja delimitada pela própria lei, é possível entender, a *contrario sensu*, que é vedado ao gestor público celebrar compromisso apenas com vistas a atender interesses particularísticos, “aqueles desprovidos de amplitude coletiva, transindividual” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 105), quer do particular, quer da Administração – a este dá-se o nome de “interesse público secundário”¹¹⁰.

O artigo 26 da LINDB, à toda evidência, teve o condão de atribuir ônus argumentativo ao administrador público, que, como ensina a doutrina administrativista, passa a ter o dever de “demonstrar concretamente a presença desse pressuposto como um requisito para a celebração do compromisso” (SCHWIND, 2020, p. 171), como “uma diretriz de validade das escolhas feitas pelas partes” (LIBÓRIO, 2019, p. 324).

Nessa perspectiva, não basta ao gestor público afirmar estarem ou não presentes as razões de relevante interesse geral no caso concreto, é necessário motivar, a partir dos dados do caso concreto constantes do respectivo processo administrativo, a justificativa para a celebração do tal compromisso, inclusive para tornar tangíveis os valores jurídicos com base nos quais decide.

¹⁰⁹ Artigo 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, **a autoridade administrativa poderá**, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, **celebrar compromisso com os interessados**, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Grifos nossos)

¹¹⁰ Em contraposição ao “interesse público secundário” citado, tem-se o “interesse público primário”, que, este sim, se refere ao “somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores” (BORGES, 2011)

Ressalte-se que a exigência legal de atestar as “razões de relevante interesse geral” tem caráter elementar e instrumental, ou seja, “a aplicação ao caso concreto de determinada razão de relevante interesse geral deverá ser demonstrada como adequada ao fim proposto”, tratando-se de “componente da motivação do ato enquanto elemento de validade do compromisso a ser eventualmente celebrado” (GAROFANO, 2019, p. 333).

Aliás, o processo administrativo, por expressa ordem legal, deve observar o critério do “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”, essa é a dicção do próprio artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.784/1999.

Caso estejam presentes os requisitos legais autorizadores de uma decisão consensual, o processo de tomada de decisão administrativa seguirá “um outro procedimento decisório para chegar à mesma consequência, (...) sem que isso signifique, contudo, a abdicação do poder jurídico original” (ALMEIDA, 2012, p. 302).

Importante assinalar que, no exercício das potestades públicas, a Administração, verificado o cabimento da celebração no caso concreto, pode ou não celebrar o compromisso com os particulares a depender de qual solução, no exercício das prerrogativas públicas, se revelará a mais vantajosa para o interesse público, em outras palavras, a mais hábil a dar concretude aos interesses públicos eleitos pelo Estado democrático brasileiro e apostos na Constituição Federal.

Tomada a decisão pela Administração em celebrar o compromisso, é inquestionável que o acordo administrativo passa a ser fonte de normatividade para o caso concreto.

Dentro do processo decisório da Administração, é atribuída a prerrogativa ao administrador público, caso entenda necessário, de adotar providências procedimentais previstas nos artigos 32 a 35 da Lei Geral do Processo Administrativo¹¹¹, visando robustecer a motivação da sua decisão, enriquecer a visão quanto às consequências e auxiliar na formatação do compromisso buscado. Dentre as medidas passíveis de serem

¹¹¹ Artigo 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Artigo 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Artigo 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

Artigo 35. Quando necessária à instrução do processo, a audiência de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com a participação de titulares ou representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva ata, a ser juntada aos autos.

adotadas, elenca-se as seguintes: audiência pública, audiência de outros órgãos ou entidades administrativas e de outros meios de participação dos administrados.

Dentro dessa perspectiva, concluindo-se ser a celebração do compromisso decisão mais adequada para consecução do interesse público, ela deve ser a alternativa preferida pelo administrador público (VALLE, 2020, p. 87).

3.6.6. Do instrumento do “compromisso”: do dever de proporcionalidade

Nos termos do § 1º do artigo 26 da LINDB¹¹², o compromisso a ser firmado pela autoridade administrativa competente na busca da solução jurídica da situação conflituosa ou da irregularidade deverá observar os parâmetros da proporcionalidade, da igualdade, da eficiência e da compatibilidade com os interesses gerais,

Em outras palavras, o termo de compromisso a ser customizado em cada caso concreto pela Administração deve, objetivamente, procurar oferecer a mais adequada (proporcional) e mais certa e positiva (eficiente)¹¹³ solução possível, de modo a afastar consequências excessivamente danosas à Administração, a atender com imparcialidade, igualdade, constância e impessoalidade (equânime)¹¹⁴, interesses que não se restringem aos interesses do particular que celebrará o compromisso (interesse geral).

Verificado o relevante interesse social no caso concreto, a decisão discricionária do administrador público que, de fato, recomende a celebração de compromisso com particulares, para que seja legítima, deve ser pautada pelo princípio da proporcionalidade (FREITAS, 2014, p. 48), que funciona como um “equalizador entre as obrigações estabelecidas para os administrados e os benefícios que serão produzidos para o interesse público concretamente tutelado pelo instrumento consensual” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 112).

O princípio da proporcionalidade dos atos punitivos estatais é decorrente do princípio de proibição do excesso, responsável por permitir a compatibilização dos interesses em jogo no caso concreto e o alcance do interesse público.

112 § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

113 O dispositivo legal, ao apontar que o acordo deverá culminar na “eliminação” de irregularidade, de incerteza jurídica ou de situação contenciosa na aplicação do direito, sugeriu uma ordem, uma imposição de resultado (LIBÓRIO, 2019, p. 322)

114 Artigo 2º, inciso III, da Lei nº 9.784/1999.

Aplicando-se de forma conjunta o artigo 20¹¹⁵ e o multicitado artigo 26 da LINDB, a Administração deve averiguar se a solução consensual que vislumbra empreender no caso concreto é necessária e a mais adequada a vista de possíveis soluções alternativas e respectivas consequências práticas da decisão¹¹⁶, como, por exemplo, a menos custosa ou a que mais reduz a litigiosidade.

Essa averiguação consiste na ponderação dos interesses envolvidos – meio de aperfeiçoamento do controle da discricionariedade administrativa (BAPTISTA, 2003, p. 213) – que deve necessariamente ser dotada de razoabilidade, por força do imperativo de adequação entre os motivos, os fins e os meios, para a proteção adequada dos bens jurídicos tutelados (DEZAN, 2021, p. 276-277).

No seu tríplice aspecto – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, o princípio da proporcionalidade “guiará o itinerário lógico a ser percorrido pelo administrador com vistas à máxima realização dos interesses em jogo e a causação do menor sacrifício possível de cada um deles” (BINENBOJM, 2005, p. 21).

Assim, para fins de dar concreção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é imperativo que a Administração Pública não desborde para o excesso ou para insuficiência da sanção, devendo a decisão administrativa final exarada ou estimada servir de “parâmetro de negociação”.

De acordo com Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi, “[a] lógica de tal prescrição é a de que a obrigação veiculada por intermédio do compromisso não poderá ser superior à sanção cogitada em sede de processo administrativo sancionador” (GUERRA e PALMA, 2018, p. 161-162). Na mesma linha, “a lógica de tal prescrição é a de que a obrigação veiculada por intermédio do compromisso não poderá ser superior à sanção cogitada em sede de processo administrativo sancionador” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 110).

¹¹⁵ “Artigo 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

¹¹⁶ Exemplo de consequência prática: a avaliação da questão econômica subjacente. A Administração deve realizar avaliação de natureza econômica (ex.: solução que traz mais economia de recursos públicos? Ou solução que mais evita a litigiosidade?), pois também é consequência prática da decisão, o que não quer dizer que a Administração sempre optará pela solução mais econômica aos cofres públicos, mas a que melhor atenda ao interesse público, leia-se, a que materializa direitos fundamentais.

3.6.7. Do instrumento do “compromisso”: as cláusulas e efeitos

O artigo 26 da LINDB e artigo 10, § 3º, do Decreto nº 9.830, de 2019, consignam que o compromisso firmado somente surtirá efeitos a partir da publicação oficial – ao menos de seu extrato –, o que privilegia a transparência e o controle social.

Para propiciar a eficácia e a exequibilidade do compromisso¹¹⁷, o artigo 26, § 1º, inciso IV, da LINDB e o artigo 10, § 2º, inciso III, do Decreto nº 9.830, de 2019, estabelecem, ainda, que o compromisso “deverá prever com clareza”:

III - preverá:

- a) as obrigações das partes;
- b) o prazo e o modo para seu cumprimento;
- c) a forma de fiscalização quanto a sua observância;
- d) os fundamentos de fato e de direito;
- e) a sua eficácia de título executivo extrajudicial; e
- f) as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

O compromisso a ser celebrado é um acordo administrativo que estabelece obrigações para as partes, razão pela qual, por exigência legal, as disposições do compromisso devem ser claras. Conquanto a LINDB não o exija explicitamente, os termos do compromisso devem ser redigidos de forma precisa, com observância de certa ordem lógica, aplicando-se, no que couber, as orientações do artigo 11 da Lei Complementar nº 95/1998¹¹⁸.

Na busca da solução proporcional, é imperioso ter sempre em mente que a sanção “não é um fim em si, mas sim um dos meios (...) para se evitar o descumprimento de uma obrigação jurídica e para viabilizar a consecução das políticas públicas estabelecidas para um determinado setor” (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 105).

Nesse sentido, a Administração deve se acautelar para que as cláusulas que forem estabelecidas no acordo sejam suficientes para se evitar o descumprimento de uma obrigação jurídica que viabiliza a política pública, bem como sejam limitadas às partes,

¹¹⁷ “Com a eficácia, na medida em que, sem o cuidado redacional com as obrigações que serão estipuladas para os compromitentes, pacto negocial poderá restar esvaziado. Com a exequibilidade, porquanto a ausência de uma previsão de comando-sanção, ainda que num instrumento negocial, poderá gerar incentivos para que as partes o descumpram” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 113).

¹¹⁸ LEI COMPLEMENTAR No 95, DE 26 DE FEVEREIRO DE 1998 - Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.

não devendo atingir terceiros, em respeito ao princípio da pessoalidade da pena, também chamado de princípio da responsabilidade pessoal ou da intranscendência da pena, o qual tem assento no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal¹¹⁹.

Em tempo, registre-se que a obrigação a ser imposta ao compromissário interessado na substituição da pena poderá ser de obrigação de dar, fazer ou não fazer - inclusive, obrigações positivas para as parcelas da sociedade diretamente atingidas por eventual dano (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 110) –, não podendo ser irrisória – ou não servirá ao fim de “evitar o descumprimento de uma obrigação jurídica” – tampouco, no outro extremo, atentar contra a preservação da empresa.

Não se pode olvidar que a empresa é “fato jurídico relevante, direito difuso, constitucionalmente protegido, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal” (ENEDINO, 2018, p. 35), constituindo-se vetor de interesses públicos e privados.

A atividade empresarial por ela desempenhada:

(...) não se restringe aos interesses imediatos e particularizados de consumidores e fornecedores, mas, em torno de tal atividade [empresarial], como fato jurídico relevante, atividade dinâmica, perene necessária, pais e mães de família se sustentam, tributos são auferidos, a livre-concorrência se estabelece, os negócios entre empresários incrementam-se, os produtos tornam-se cada vez mais eficientes e duráveis, a oferta aproxima-se da demanda, reduzindo a escassez, e negócios jurídicos se concluem no mundo real e virtual, propiciando, por meio de uma rede de interesses sobrepostos, trabalho, emprego, renda e cidadania" (ENEDINO, 2018, p. 35).

É evidente, portanto, o fato de a atividade empresarial ter sido eleita pela Constituição Federal como relevante valor a ser protegido. Por conseguinte, não pode a obrigação a ser imposta no compromisso em comento atentar contra a preservação das empresas compromissárias, devendo a hipótese de extinção da empresa ser vista como *ultima ratio* (ENEDINO, 2018, p. 55).

De outra parte, o compromisso firmado para eliminação de irregularidade deve possuir cláusula obrigatória de alteração de conduta do compromissário. Se não alcançada a mudança de conduta, o compromisso deve ser cancelado por ato unilateral do compromissário, com a consequente aplicação da sanção devida pelo descumprimento do acordo, sem prejuízo de outras providências que o caso reclamar.

¹¹⁹ XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (...) (Grifos nossos)

Ainda a esse respeito, não poderá ser exigida confissão da prática do ato violador do ordenamento jurídico do compromissário, mas, tão somente, a adequação de sua conduta aos ditames fixados pela Administração Pública, sob pena de ofensa direta aos imperativos constitucionais da presunção de inocência (artigo 5º, LVII) e da interdição da autoincriminação (artigo 5º, LXIII).

Outrossim, a autoridade administrativa deve zelar para que as disposições dos termos de compromisso transpareçam o tratamento igualitário dado às situações que comportam a mesma solução.

Por outro lado, visando a preservação da segurança jurídica e evitar desvios de finalidade, o artigo 26, § 1º, inciso III, da LINDB, estabelece dois limites objetivos à celebração do compromisso, especificamente: (i) proibição de desoneração permanente de dever, sendo descabido estabelecer previsões em compromisso que desonem permanentemente o particular ou a própria Administração de certas obrigações; e (ii) proibição de impacto à plena efetivação dos direitos do compromissário, não podendo serem impostos condicionamentos para o exercício pelo particular de direitos que sejam reconhecidos por orientação geral.

3.6.8. Do dever de motivação das decisões administrativas

Por derradeiro, é importante assinalar que, na era do Direito Administrativo de racionalidade aberta, é “imperativo (...) que os atos administrativos ostentem explícita justificção” (FREITAS, 2014, p. 69). A motivação do ato integra a sua própria higidez. O “dar razões” é um dos fundamentos da boa administração.

A motivação do ato administrativo, enquanto exposição de razões imparciais, universalizáveis e aceitáveis (FREITAS, 2014, p. 81), é requisito indispensável de validade (MELLO, 2012, p. 104-105). O dever de motivação “ampara as expectativas legítimas e se mostra útil à criação de ambiente juridicamente confiável e previsível para relações administrativas de longo prazo” (FREITAS, 2014, p. 82).

A juridicidade do ato administrativo é verificável a partir da obrigatoria explicitação dos fundamentos de fato e de direito que lhe dão suporte, sendo a motivação “a chave legitimadora do agir da Administração Pública” (DEZAN, 2021, p. 283). Sob essa ótica, segundo Vitor Rhein Schirato, “somente a partir da lógica evolutiva do processo e de uma fundamentação clara e congruente com essa lógica, exarada pela Administração Pública, que se poderá verificar (isto é, controlar) se a decisão tomada pela

Administração Pública se mostra acertada ou não no caso concreto” (SCHIRATO, 2011, p. 127) p. 127).

Por tudo isso, a decisão de celebrar o “compromisso” deve ser motivada na forma do disposto no artigo 50 da Lei nº 9.784/1999 e no artigo 2º do Decreto nº 9.830/2019.

3.7. Considerações finais

O desenvolvimento da consensualidade no direito administrativo sancionador – DAS é relativamente recente no ordenamento jurídico pátrio, especialmente no direito anticorrupção, objeto do presente trabalho.

A consensualidade na esfera do direito administrativo, especialmente no DAS, encontrou forte obstáculo na concepção arraigada dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, no sentido de que o interesse público era indisponível por natureza, o que retirava autonomia do gestor para fazer concessões recíprocas, típicas da consensualidade.

Diante desse contexto, é possível concluir que os principais fatores que justificaram e alicerçaram a abertura do direito sancionador para o desenvolvimento da consensualidade foram (i) movimento de constitucionalização do direito, (ii) evolução normativa com previsão de espaços de consenso nos diversos ramos do direito, (iii) ressignificação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, (iv) movimento do processo administrativo em direção à centralidade do direito administrativo, (v) abertura para participação deliberativa e (vi) introdução da eficiência como princípio constitucional.

O movimento de constitucionalização do direito teve papel preponderante no desenvolvimento da consensualidade. A Constituição Federal de 1988 tornou-se vetor principiológico e axiológico da atuação estatal. Passou a exigir dos Três Poderes da República uma atuação efetiva e proativa em prol da consecução dos direitos individuais e sociais previstos no Texto Constitucional.

Esse redirecionamento da atuação do Estado permitiu ao Poder Legislativo a edição de leis que passaram a prever espaços de consensos em ramos do direito que até então não conviviam com essa prática. Tal circunstância tem o principal condão de criar ambiente de conforto para ao gestor solucionar os conflitos de forma consensuada.

A ressignificação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público também decorrente da constitucionalização do direito figura como um dos

principais fatores que levaram à superação dos obstáculos à consensualidade. A nova concepção do interesse público, pode-se dizer que imposta pela realidade social inaugurada com a Constituição Federal de 1988, impeliu o Estado a uma nova forma de atuação, em que o atendimento do interesse público somente se concretiza com a ponderação dos diversos e legítimos interesses dos diversos setores da atual sociedade plural e multifacetada. Esse contexto passou a exigir novos modelos e instrumentos de atuação estatal para a consecução desse objetivo, entre os instrumentos, a consensualidade.

A imprescindível identificação do interesse público a ser atendido no caso concreto, no seio do plexo de interesses a serem ponderados, exigiu maior participação da sociedade na tomada de decisões administrativas, mormente para legitimá-las. Nessa linha, o ambiente propício para tal participação é o processo administrativo, que, por essa razão passa a ocupar posição central na atuação estatal, em atendimento ao princípio da participação, tornando democrática a decisão a ser tomada.

A introdução da eficiência como princípio constitucional também foi fator relevante no desenvolvimento do consensualismo na administração pública, pois exigiu-se uma atuação voltada a resultados, que demandam instrumental maior a disposição do Estado para a consecução do interesse público, dentre eles a sanção e o consenso.

Superados os obstáculos teóricos à prática consensual pela Administração Pública e sob a ótica da instrumentalidade do direito sancionador, a consensualidade apresenta-se como novo paradigma do DAS, que tem a força de agregar diversas vantagens para a atuação administrativa na busca do interesse público, como (i) o interesse público é alcançado com mais eficiência ao passo que harmonizado com o interesse privado, o que representa maior agilidade e adaptabilidade aos interesses; (ii) incremento da transparência das atividades administrativas, por se revelar instrumento moralizador e de imparcialidade da Administração Pública; (iii) maior lastro à autoridade que nele busca seu fundamento, sobressaindo-se como legitimador da atuação administrativa; e (iv) maior estabilidade das relações administrativas, com a superação dos conflitos e maior segurança jurídica às partes envolvidas.

De outra parte, a doutrina muito discutia sobre a necessidade de expressa previsão legal para celebração de acordos pela Administração Pública. Não obstante, é possível concluir que atualmente o ordenamento jurídico pátrio conta com a previsão genérica de possibilidade de celebração de acordo, quando motivadamente comprovado o atendimento do interesse público com a decisão da Administração Pública.

Esse poder geral consensual é resguardado pelo art. 26 da LINDB que instituiu o “compromisso” visando eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa, especificamente, na aplicação do direito público, podendo ser utilizado como acordo substitutivo de sanção.

O compromisso, instrumento formal para celebração do acordo, deve ser formalizado por meio de processo administrativo, que deverá ser instruído com documentos obrigatórios, previstos no Decreto nº 9.830/2019, que visam (i) auxiliar o decisor a melhor identificar o interesse público no caso concreto, permitindo a realização da ponderação com os demais interesses envolvidos, (ii) concretizar o princípio da participação, com a realização de consulta pública, (iii) permitir melhor controle da decisão pelos órgãos de controle e pelo poder judiciário, como a necessidade de juntada de parecer técnico, de parecer jurídico, e da exposição dos fundamentos de fato e de direito.

Dessa forma, o processo administrativo devidamente instruído é o ambiente para tomada de decisão sobre a celebração ou não do compromisso, pois permitirá a efetivação do princípio da participação de todos interessados e, por conseguinte, a identificação do interesse público a ser atingido dentre o feixe de interesses a serem ponderados

4 A CONSENSUALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDADE (PAR) DA LEI Nº 12.846/2013

4.1. Introdução

Historicamente, o Estado brasileiro se valeu da elaboração de atos legislativos para combater a corrupção. Destaca-se a Reforma Burocrática em 1936 e a Reforma Gerencial em 1998, ambas objetivaram afastar a confusão patrimonial público-privado, mas não obtiveram sucesso em razão da baixa efetividade das medidas (JÚNIOR, 2020). O Código Penal de 1940, desde a redação original, já previa, em seus artigos 317 e 333, os crimes de corrupção ativa e passiva (FRAGOSO, 2000, p. 595), os quais, como é cediço, não foram suficientes para estancar a prática da corrupção no Estado brasileiro.

Paralelamente, no cenário mundial, após episódios ocorridos nos EUA, *Watergate* e o *Lockheed*, em 1972 e 1973, respectivamente, iniciou-se o processo de internacionalização e uniformização do combate à corrupção. Em 1977, foi aprovado o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), com previsão de punições tanto civis quanto criminais às práticas de corrupção (JÚNIOR, 2020).

No Brasil, com a publicação da Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/1992, inovações efetivas foram inseridas no ordenamento jurídico para o combate nacional contra a corrupção, como a previsão do artigo 12 de impor “sanções cíveis, administrativo-funcionais e políticas a agentes públicos e pessoas físicas praticantes de ilícitos consistentes na utilização de seus poderes para a satisfação de interesses pessoais” (JÚNIOR, 2020).

O movimento de internacionalização do combate à corrupção se robusteceu com o pleno desenvolvimento do processo de globalização e os interesses das grandes empresas americanas em cena, resultando na aprovação de convenções internacionais¹²⁰ que impuseram obrigações aos signatários, notadamente de alteração da legislação interna de cada país.

¹²⁰ Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA, 1996, internalizada no Brasil pelo Decreto 4.410/2002), igualmente a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ONU, 2003, internalizada pelo Decreto 5.687/2006), a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (ONU, 2003, internalizada pelo Decreto 5.015/2004) e, por último, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (OCDE, 1997, internalizada pelo Decreto 3.678/2000)

Diante dos compromissos internacionais assumidos e o clamor da sociedade brasileira pela adoção de medidas anticorrupção para responsabilização de pessoas jurídicas, tendo em vista que a previsão legal existente (Lei nº 8.429/1992) alcançava apenas o âmbito pessoal, foi sancionada, em 2013, a chamada Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013, após longos anos de tramitação no Poder Legislativo (BITTENCOURT, 2015).

Modesto Carvalhosa sobre a relevância da publicação da Lei nº 12.846/2013 consignou que

[a] agora vigente lei reitera uma tendência internacional de tornar as companhias responsáveis por atos de corrupção, independentemente das pessoas físicas envolvidas. A responsabilidade objetiva, somada à responsabilidade conjunta de controladoras e controladas, de consorciadas, bem como de sucessoras em operações de fusões e aquisições, faz com que as referidas companhias adotem medidas internas preventivas em face de possíveis atos de corrupção praticados por seus diretores e gerentes (CARVALHOSA, 2014).

Assim, editada a Lei nº 12.846/2013 – denominada Lei Anticorrupção – diversas inovações foram introduzidas no ordenamento jurídico pátrio. Foram estabelecidas (i) a disciplina do processo administrativo de apuração de responsabilidade de pessoas jurídicas, (ii) as condutas ilícitas capituladas como atos de corrupção passíveis de serem praticadas pelas pessoas jurídicas, (iii) as regras processuais, (iv) a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas e, especialmente, (v) a possibilidade de solução consensual por meio do acordo de leniência.

De outra parte, é de se ver que, na perspectiva do microssistema anticorrupção cível-administrativo, apresentado no capítulo 2, as Leis 8.429/1992 e 12.846/2013 ocupam posição central, constituindo-se nos principais diplomas legais a disciplinar o combate à improbidade administrativa.

Assim, além da Lei nº 12.846/2013, acima mencionada, a Lei nº 8.429/1992 – chamada Lei da Improbidade Administrativa – estabeleceu as condutas tipificadas como ato de improbidade, as sanções correspondentes e o procedimento a ser adotado para apuração, processamento e julgamento das ações de improbidades.

Em 2019, a Lei nº 8.429/1992 foi alterada pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, originariamente, oriunda do PL nº 882/2019. Foi introduzido o acordo de não persecução cível – ANPC, inaugurando a possibilidade de solução consensual do conflito, hipótese até então expressamente vedada pelo artigo 17, § 1º, na

redação original. Em 2021, a Lei ° 8.429/1992 foi substancialmente modificada pela Lei nº 14.230/2021, que, dentre outras medidas, disciplinou o acordo de não persecução cível – ANPC.

Dito isso, pretende-se nesse capítulo apresentar um panorama geral do processo de apuração de responsabilidade de pessoas jurídicas, previsto na Lei nº 12.846/2013, trazendo seu âmbito de incidência, os agentes atingidos, o procedimento a ser adotado e, especialmente, sobre o espaço de consensualidade nele previsto, o acordo de leniência.

Analisaremos, em seguida, o espaço de consenso instituído pela Lei nº 13.964/2019, que criou o acordo de não persecução cível – ANPC, identificando os elementos estruturantes, como agentes legitimados, procedimentos, momento processual para requerer, obrigações entre outros.

Objetiva-se, assim, apresentar principais características e requisitos dos espaços de consenso existentes no microsistema cível-administrativo de combate à corrupção – acordo de leniência e acordo de não persecução cível –, de modo a permitir que o responsável pela condução do Processo Administrativo de Responsabilização -PAR tenha em mãos maior ferramental para tomar a melhor decisão em busca do interesse público, valendo-se dos métodos de integração do direito e da Teoria do Diálogo das Fontes.

4.2. O processo de apuração de responsabilidade de pessoas jurídicas

A partir dos anos 2000, o Brasil passou a ser signatário de convenções internacionais integrando a comunidade internacional no enfrentamento e prevenção à corrupção.

A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), como é cediço, é fruto dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro pela subscrição das convenções internacionais. Em sua exposição de motivos, encaminhada em 2010 para Câmara dos Deputados, reforçou-se a necessidade de se responsabilizar administrativa e civilmente os entes privados, tendo em vista que o Direito Penal brasileiro não possuía ferramentas efetivas ou céleres para punição das sociedades empresárias.

Entendeu-se que a esfera cível seria a que melhor se coaduna com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, notadamente em face da previsão de ressarcimento dos prejuízos econômicos causados à Administração Pública; e que a esfera administrativa e o processo administrativo seriam mais céleres e efetivos na repressão de

desvios em contratos administrativos e procedimentos licitatórios, demonstrando melhor aptidão de proporcionar respostas à sociedade (BRASIL, 2010).

A responsabilização das pessoas jurídicas prevista na Lei nº 12.846/2013, por outro lado, não poderia prescindir dos princípios e das garantias constitucionais da ampla defesa, contraditório, do devido processo legal e da presunção de inocência, motivo pelo qual se impôs à Administração Pública a criação de um processo legal¹²¹; tal como o processo administrativo disciplinar direcionado aos agentes públicos, nos termos dos artigos 143 e seguintes da Lei nº 8.112/1990¹²².

4.2.1. Regulamentação

O Processo Administrativo de Responsabilização foi então previsto no artigo 8º e seguintes da Lei Anticorrupção; em 2015, foi regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015; em 2019, foi editada a Instrução Normativa nº 13, pela Controladoria-Geral da União, que definiu e padronizou os procedimentos a serem adotados na apuração da responsabilização das pessoas jurídicas, com observância obrigatória para todos os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal.

O Decreto nº 8.420/2015, posteriormente, foi revogado pelo Decreto nº 11.1129/2022, que trouxe poucas inovações na ordem jurídica, tendo praticamente repisado a redação do decreto revogado. Dentre as inovações, verifica-se, essencialmente, (i) a internalização dos procedimentos do PAR previstos na IN/CGU nº 13/2019, (ii) acréscimo de novos critérios para dosimetria da multa – (a) inclusão da atenuante de comprovação de devolução espontânea de valores pela pessoa jurídica, (b) aumento da alíquota da atenuante de existência de programa de Compliance, (c) redistribuição das alíquotas das agravantes –, (iii) aperfeiçoamento do modelo de avaliação dos programas de *compliance* das pessoas jurídicas, (iv) fixação da base de cálculo no último faturamento declarado, devidamente atualizado para o ano anterior à instauração do PAR, quando no ano anterior a pessoa jurídica não tiver tido faturamento e (v) previsão da

¹²¹ Tem-se como processo "o conjunto de atos executados na ordem preestabelecida, para que se investigue e se solucione a pretensão submetida à tutela jurídica, a fim de que seja satisfeita, se precedente, ou não, se injusta ou improcedente" (BITTENCOURT, 2015).

¹²² Esclareça-se, também, que em meio a toda essa evolução jurídica a respeito do combate a corrupção, por muito tempo faltou uma legislação própria que definisse as regras gerais a serem aplicadas em um processo administrativo e que observasse todas as garantias e direitos previstos na Constituição Federal. Daí, a edição da Lei nº 9.784/1999 a qual disciplinou o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (TORRES e BALTAR NETO, 2013, p. 480)

figura do concurso de agentes para determinar a reunião de processos da mesma pessoa jurídica.

4.2.2. Hipóteses de cabimento e campo de incidência

Por meio do PAR, devidamente submetido às garantias constitucionais, a apuração da responsabilidade de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à Administração Pública é realizada independentemente da aferição do elemento subjetivo da conduta (ZENKNER, 2019, p. 184).

Para fins da lei, o conceito de pessoa jurídica é estendido “às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente” (BRASIL, 2013)

A Lei nº 12.846/2013 inovou ao estabelecer a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas. Assim, independentemente do exame do elemento volitivo ou da ciência da ilicitude pela direção da empresa, as pessoas jurídicas serão responsabilizadas nas esferas cível e administrativa pela prática das condutas previstas no artigo 5º¹²³ da

¹²³ Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

- I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
- III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
- IV - no tocante a licitações e contratos:
 - a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
 - b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
 - c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
 - d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
 - e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
 - f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
 - g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;
- V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

referida lei; sendo certo que a responsabilização das empresas não exclui a responsabilidade individual dos dirigentes ou administradores partícipes dos ilícitos, na medida da sua culpabilidade.

Deve-se atentar para a manutenção da responsabilidade das pessoas jurídicas ainda que sobrevenha alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

De outra parte, merece registro o fato de que as empresas estatais estão submetidas ao regime de responsabilização estabelecido pela Lei Anticorrupção. De acordo com o artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, as empresas estatais estão submetidas ao regime jurídico próprio das empresas privadas até mesmo quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; excluiu-se das estatais o poder de punir pessoas físicas e jurídicas, na medida em que o poder sancionatório é decorrente da potestade administrativa e somente pessoas jurídicas de Direito Público detêm (GRECO FILHO e RASSI, 2016).

A exclusão das empresas públicas do âmbito de incidência da Lei nº 12.846/2013 acarretaria enorme vantagem competitiva em relação as demais empresas privadas, afrontando cabalmente o livre mercado. Acrescenta-se que o Estatuto Jurídico das Empresas Públicas, nos seus artigos 82 e 83, apenas possibilitam que tanto as empresas públicas quanto as sociedades de economia mista apliquem sanções pelo atraso injustificado na execução do contrato ou pela inexecução total ou parcial do contrato (ZENKNER, 2019, p. 185).

4.2.3. Competência para instauração e julgamento

A instauração, processamento e julgamento do processo administrativo de responsabilização da pessoa jurídica, nos termos do artigo 8º, é de competência da autoridade máxima do órgão público que foi lesado.

Assim, na administração direta, no âmbito do Poder Executivo, são competentes os Ministros na esfera federal, e os Secretários nas esferas estadual e municipal (BITTENCOURT, 2015).

Em que pese estar expressa a previsão da competência da autoridade máxima, a lei permitiu, em seu § 1º do artigo 8º, a delegação de competência, vedada sua

subdelegação. A prática da delegação, todavia, não é frequente no âmbito da administração pública federal.

No âmbito federal, a Lei 12.846/2013 atribuiu competência concorrente à Controladoria-Geral da União (CGU) e poderes de avocação de processos administrativos de responsabilização em trâmite perante outros órgãos da administração pública federal. Nota-se, que a CGU tem como uma de suas atribuições assistir ao Presidente da República em assuntos que tangem à defesa do patrimônio público e a transparência (BITTENCOURT, 2015).

4.2.4. Fases do processo administrativo de responsabilização

Na esfera federal, o processo administrativo de responsabilização se desenvolve no âmbito dos órgãos correccionais integrantes do sistema de correição coordenado pela Corregedoria-Geral da União. Após todo o desenrolar do caminho processual, os autos são enviados para a autoridade máxima do órgão para julgamento, ressalvada a hipótese de ter havido a delegação de competência¹²⁴.

Dessa forma, o *iter* do processo administrativo de responsabilização de pessoas jurídicas se desenvolve nas seguintes fases:

4.2.4.1. Juízo de admissibilidade

O primeiro ato do PAR é juízo de admissibilidade, realizado pela autoridade competente em momento anterior ao da instauração do Processo Administrativo de Responsabilização.

Nessa fase, avaliam-se os elementos fáticos e probatórios existentes, logo após a ciência pela autoridade a respeito da irregularidade. Vale lembrar que somente após o conhecimento da infração é que surge o dever de apuração pela autoridade.

¹²⁴ A título de exemplo, no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, foi editada a Portaria nº 381, de 23 de dezembro de 2021, que delegou competência para o corregedor-geral do ministério para (i) instaurar e julgar Processos Administrativos de Responsabilização de Pessoa Jurídica - PARs; (ii) instaurar e julgar Processos de Investigações Preliminares - IPs; (iii) aplicar eventuais penalidades administrativas previstas na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e demais diplomas correlatos, ressalvados os casos de competência exclusiva do Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; e (iv) praticar atos de gestão necessários ao acompanhamento dos procedimentos correccionais na forma do disposto nos incisos I, II e III deste artigo.

Este juízo de admissibilidade se consolida após apreciação motivada e conclusiva dos subsídios de fato e de direito e documentos disponíveis. A partir deste momento são possíveis suas conclusões, especificamente (i) arquivamento da notícia de irregularidade ou (ii) instauração do PAR (UNIÃO, 2022, p. 80).

O processo administrativo de responsabilização poderá ser antecedido por procedimento investigatório, inquisitivo, não punitivo e sigiloso, ou seja, não se trata de uma regra, cada caso deve ser analisado dentro de suas particularidades. Essa investigação tem somente como escopo juntar provas de autoria e materialidade da infração (ZENKNER, 2019, p. 186).

4.2.4.2. Instauração

Tendo o juízo de admissibilidade sido positivo, tem-se o ato administrativo de maior importância ao procedimento, consistente na publicação da portaria inaugural do PAR, a qual exterioriza a necessidade de aprofundar a investigação, com observância da ampla defesa, contraditório, devido processo legal à pessoa jurídica infratora.

É importante alertar para necessidade de zelo e cautela no momento da elaboração da Portaria de Instauração do PAR. Com efeito, a publicação da portaria de instauração por si só poderá provocar uma gravíssima crise de imagem para as empresas, com implicações econômicas e funcionais, como, por exemplo, a extinção de contratos com parceiros comerciais, onda de demissões em massa, desvalorização de títulos emitidos pela empresa. Não se trata de um ato administrativo sigiloso, porém deve ser ele praticado de modo protegido e com discrição (ZENKNER, 2019, p. 186).

No ato de instauração, são designados os membros da Comissão Processante, nos termos do artigo 13 da IN nº 13/2019, observado o mínimo de dois servidores efetivos e, na ausência, de dois ou mais empregados públicos.

Os membros designados deverão realizar uma autoavaliação, manifestando-se sobre eventuais questões de cunho pessoal capazes de configurar situações de suspeição ou impedimento ou de conflitos de interesses, nos termos das hipóteses previstas no artigo 5º da Lei nº 12.813/2013¹²⁵ (ZENKNER, 2019, p. 185).

¹²⁵ Artigo 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:

I - divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas;

II - exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe;

A doutrina tem manifestado crítica quanto à previsão mínima de dois membros, ao argumento de que a boa prática, em regra, impõe a indicação mínima de três, pois o número ímpar de agentes, no caso de divergência de opinião, afasta eventual empate e deixando a demanda sem solução (BITTENCOURT, 2015).

4.2.4.3. Instrução inicial

A partir da data da publicação da portaria de instauração, os trabalhos da Comissão Processante - CPAR deverão ser iniciados, sob pena de nulidade de todos os atos pretéritos (UNIÃO, 2022, p. 85). A comissão deliberará pela intimação da pessoa jurídica processada, assegurando amplo acesso aos autos, para acompanhar os atos instrutórios pelos representantes legais e/ou procuradores, oportunizando a apresentação de defesa prévia com especificação de provas a serem produzidas (ZENKNER, 2019, p. 186).

A CPAR deverá promover as diligências necessárias e adequadas para a melhor elucidação dos fatos e instrução do feito. Importante destacar que o PAR possibilita “mediação racional e sistemática entre os direitos e deveres dos administrados e os poderes-deveres da administração, representando um conjunto de atos submetidos aos marcos constitucionais legais e infralegais que conformam o devido processo legal, norteado pelo interesse público” (JÚNIOR, 2020).

No que concerne ao prazo do PAR, a Lei nº 12.846/2013 estabeleceu, no § 3º do artigo 10, que o processo deve ser concluído em 180 (cento e oitenta) dias, contados da publicação da portaria de instauração, podendo esse prazo ser prorrogado quantas vezes houver necessidade¹²⁶, mediante decisão fundamentada da autoridade instauradora, a teor

III - exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas;

IV - atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

V - praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão;

VI - receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento; e

VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.

Parágrafo único. As situações que configuram conflito de interesses estabelecidas neste artigo aplicam-se aos ocupantes dos cargos ou empregos mencionados no artigo 2º ainda que em gozo de licença ou em período de afastamento.

¹²⁶ Enunciado CGU nº 24/2019: "O prazo dos trabalhos das comissões de Processo Administrativo de Responsabilização - PAR, de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, poderá ser prorrogado, por

da regra contida no artigo 10, § 4º da Lei nº 12.846/2013; tal medida se impõe haja vista que os fatos devem ser apurados de forma completa e satisfatória (UNIÃO, 2022, p. 85).

4.2.4.4. Indiciação - Instrução

Decorrida instrução inicial, a CPAR se manifestará pela elaboração ou não da Nota de Indiciação da pessoa jurídica, consistente em ato formal que visa documentar a tipificação da conduta entre os atos lesivos descritos no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013, devendo conter a narrativa minuciosa dos fatos e a indicação das provas a ele relacionadas. A pessoa jurídica, ato contínuo, será intimada da Nota de Indiciação, para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que busca produzir (ZENKNER, 2019, p. 187).

Importante registrar que, no PAR, a prova objetiva auxiliar a formação de convencimento da CPAR e, sobretudo, da autoridade julgadora, a quem compete a palavra final. A finalidade das provas é o fornecimento de elementos para embasar e direcionar o resultado do julgamento do processo, seja de absolvição, de condenação ou até mesmo de anulação do processo (UNIÃO, 2022, p. 92).

Na fase instrutória, em observância aos postulados do contraditório e da ampla defesa, caso sejam juntadas provas distintas pela comissão processante, a pessoa jurídica terá oportunidade de se manifestar novamente, em prazo de 10 (dez) dias, a título de alegações escritas, mas deverá a defesa ficar adstrita à análise dessas novas provas (ZENKNER, 2019, p. 188), nos termos do artigo 20 da Instrução Normativa nº 13/2019¹²⁷ da CGU, que define os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa e para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846/2013.

Vale ressaltar que a CPAR, ao analisar o requerimento de produção de provas, poderá indeferi-lo, por serem ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas, não estando, portanto, obrigada a aceitar toda e qualquer prova requerida

mais de uma vez, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora, para possibilitar a regular conclusão do processo".

¹²⁷ Artigo 20. Recebida a defesa escrita, a comissão avaliará de forma motivada a pertinência de produzir as provas eventualmente requeridas pela pessoa jurídica processada, podendo indeferir os pedidos de produção de provas que sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.

(...)

§ 4º Caso sejam produzidas novas provas após a nota de indicição, a comissão poderá:

I - intimar a pessoa jurídica para se manifestar, no prazo de dez dias, sobre as novas provas juntadas aos autos, caso tais provas não justifiquem a alteração da nota de indicição; ou

II - lavrar nova indicição ou indicição complementar, caso as novas provas juntadas aos autos justifiquem alterações na nota de indicição inicial, devendo ser observado o disposto no artigo 16.

pela pessoa jurídica na defesa escrita. A CPAR aferirá, por meio de ata de deliberação própria, de forma motivada a pertinência das provas suscitadas pelo ente privado processado (UNIÃO, 2022, p. 105).

4.2.4.5. Relatório Final

Finalizada a fase de apuração e análise das provas, a CPAR elaborará o Relatório Final, instrumento formal em que, de forma motivada, constam exame sobre a responsabilidade administrativa do ente processado, sugestão de sanções a serem aplicadas, dosimetria da multa ou proposta de arquivamento da demanda, caso inexistentes ou carente o conjunto probatório da irregularidade.

O Relatório Final não possui caráter vinculativo, é exame de natureza informativa, opinativa e conclusiva, assim como define o Manual de Responsabilização de Entes Privados da CGU:

[u]ma vez que o processo não é um fim em si mesmo, a elaboração do relatório dispensa grandes formalidades, a ênfase é no seu caráter informativo, opinativo e conclusivo, deve, portanto, a peça em questão, fornecer as informações necessárias à exata compreensão do processo pela autoridade julgadora, além das convicções da comissão sobre o mérito, sugerindo, por conseguinte, a correta tipificação legal e as sanções decorrentes, inclusive com eventual indicação de ilícitos penais. Privilegia-se, também nessa fase, o formalismo moderado presente em todo o procedimento, no entanto, em que pese a independência e a imparcialidade atribuídas à comissão no exercício das suas atividades, de acordo com o p. único, do artigo 21, da IN nº 13/2019, o relatório final deverá conter:

I - relato histórico do processo, narrando a forma de ciência da irregularidade pela autoridade instauradora e as diligências e conclusões produzidas no juízo de admissibilidade;

II - descrição sucinta das imputações realizadas em face da pessoa jurídica processada e das provas que lhe dão sustentação;

III - indicação das novas provas produzidas após a indicição, se for o caso;

IV - exposição e análise dos argumentos da defesa da pessoa jurídica processada;

V - conclusão fundamentada quanto à responsabilização ou não da pessoa jurídica processada; e

VI - proposta de: a) arquivamento da matéria; ou b) punição da pessoa jurídica. (UNIÃO, 2022, p. 105)

4.2.4.6. Análise jurídica

Após o Relatório Final, o PAR deve, por disposição cogente, ser remetido para o órgão de assessoramento jurídico, para fins de elaboração de parecer pela Advocacia

Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público (artigo 6º, § 2º, da Lei nº 12.846/2013).

É etapa processual antecedente ao julgamento pela autoridade competente e assim como o Relatório Final possui caráter opinativo e sugestivo, não vincula o administrador público ao seu posicionamento (JÚNIOR, 2020).

O parecer jurídico elaborado pela Advocacia Pública tem como objetivo, notadamente, a realização de adequado controle de legalidade do exercício do poder disciplinar do Estado. Em regra, a análise jurídica verifica o cumprimento do devido processo legal administrativo, o atendimento às garantias constitucionais, apreciação sobre eventuais nulidades, correções ou manutenção das sanções aplicadas (ZENKNER, 2019, p. 189).

4.2.4.7. Julgamento

Elaborado o parecer jurídico, o processo será encaminhado à autoridade julgadora para o devido julgamento, a qual, em seu juízo, não está vinculada à conclusão da CPAR ou do órgão de assessoramento jurídico.

A autoridade responsável pelo julgamento do PAR poderá condenar a pessoa jurídica, isolada ou cumulativamente, no pagamento de multa administrativa e/ou na publicação extraordinária da decisão condenatória, nos termos do artigo 6º, inciso I e II, da Lei nº 12.846/2013.

O Decreto nº 11.129/2022 disciplinou a fixação da pena de multa, inserindo, no ordenamento jurídico, elementos mais precisos e determinados do que aqueles presentes na redação do artigo 7º da Lei nº 12.846/2013. O cálculo da multa passou a ser realizado com um grau maior de exatidão, em um complexo sistema aritmético, que passa por cinco etapas, conforme exposto por Marcelo Zenkner:

(...) a) identificação da vantagem auferida ou pretendida; b) soma dos percentuais referentes às agravantes (artigo 22); c) subtração dos percentuais referentes às atenuantes (artigo 23); d) calibragem do valor mínimo da multa, qual seja, o maior valor entre a vantagem auferida (ou pretendida) e 0,1% do faturamento bruto no exercício anterior, excluídos os tributos, ou, no mínimo, R\$6.000,00 caso a pessoa jurídica não possua faturamento bruto (artigo 21); e) calibragem do valor máximo da multa, qual seja, o menor valor entre o triplo da vantagem auferida (ou pretendida) e 20% do faturamento bruto no exercício anterior, excluídos os tributos, ou, no máximo, R\$60.000.000,00 caso a pessoa jurídica não possua faturamento bruto (arts. 25, parágrafo único). (ZENKNER, 2019, p. 189 - 190)

Vale lembrar que a aplicação de sanções administrativas não exclui, de forma alguma, a obrigação da reparação integral do dano causado pelo ente privado, nos termos do artigo 13 da Lei nº 12.846/2013.

O ressarcimento integral do dano deverá ser requerido mediante a expedição de ofício para a Advocacia Pública, para que sua unidade competente adote as providências e medidas cabíveis ao caso. (ZENKNER, 2019, p. 188)

Proferida a decisão pela autoridade julgadora no PAR, deverá ela ser publicada no Diário Oficial da União e na página eletrônica do órgão ou da entidade pública responsável pela instauração do PAR (artigo 14 do Decreto nº 11.129/2022).

Cabe anotar, que transitada em julgado a decisão a qual condenou o ente privado, caberá, ainda, à Administração Pública uma série de diligências, tais como registro das penalidades aplicadas junto ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), sendo que ambos os cadastros têm como escopo a reunião e promover a publicidades às sanções aplicadas pelo órgão. (ZENKNER, 2019, p. 188)

Verificada a inadimplência do ente privado, o crédito da Administração será apurado e devidamente inscrito em dívida ativa da fazenda pública, tudo nos termos do parágrafo único do artigo 13 da Lei Anticorrupção.

4.2.5. Outros aspectos processuais do PAR

Em atenção ao inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, foi prevista a possibilidade de apresentação de pedido de reconsideração, com efeito suspensivo, no prazo de 10 dias a contar da publicação da decisão, a teor do artigo 15 do Decreto nº 11.129/2022. ZENKNER (ZENKNER, 2019, p. 188) entende que o pedido de reconsideração não configura recurso propriamente dito, na medida em que se restringe a uma petição dirigida para própria autoridade julgadora.

A despeito da previsão apenas do pedido de reconsideração, é sabido que o recurso funciona como garantia do direito de recorrer das decisões proferidas pelos agentes públicos, em observância aos princípios da ampla defesa, contraditório, devido processo legal, sendo certo que não se restringem ao processo judicial, em conformidade com artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal (JORGE, 2007, p. 179).

De outra parte, a Lei Anticorrupção encalça dois objetivos claros, (i) aplicação de sanções administrativas e; (ii) busca da reparação dos danos.

Não obstante, registra-se que um não depende do outro. Nos termos do artigo 13º, a instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação das sanções administrativas (ROCHA e CHIZOTTI, 2019).

Diante de todo o exposto, é possível concluir, à toda evidência, que o Processo Administrativo de Responsabilização – PAR constitui-se em instrumento concreto e efetivo para a responsabilização de entes privados pela prática de atos de corrupção; mas que tem o grande desafio de equilibrar a pretensão sancionatória e reparatória do dano ao erário com a manutenção das atividades da sociedade empresária processada, visando o desenvolvimento da sociedade, conforme tratado no capítulo anterior.

O PAR é um instrumento jurídico que “tem por vocação assentar os valores vinculados à integridade e à probidade administrativa e negocial” (ZENKNER, 2019, p. 188) com interfaces em outras normativas de nosso ordenamento jurídico, dentro do mesmo escopo de atuação, como Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813/2013) e Lei de Responsabilidade das Estatais (Lei nº 13.303/2016).

4.3. O acordo de leniência previsto (Lei nº 12.846/2013)

Logo de início, cumpre registrar que os acordos de leniência já firmados pela Administração Pública Federal ganharam notoriedade pelo destaque dado pela mídia e pelos valores envolvidos, notadamente no âmbito da operação lava-jato.

Recentemente, verificou-se o ajuizamento de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF nº 1.051¹²⁸ e a veiculação de diversas matérias

¹²⁸ A ADPF nº 1.051 foi ajuizada pelos Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e Solidariedade, na qual requerem a suspensão de todos pagamentos de acordos de leniência firmados antes de agosto de 2020, quando a operação "lava jato", segundo afirmam os Autores, usava os acordos para chantagear acusados.

Os Autores sustentam que a suspensão dos pagamentos não precisa implicar anulação dos acordos e deveria atingir apenas os compromissos pecuniários assumidos pelas empresas. Entendem que os acordos lavajatistas foram firmados antes do acordo de cooperação técnica assinado pelo Supremo Tribunal Federal, Controladoria-Geral da União, Advocacia-Geral da União, Tribunal de Contas da União e Ministério da Justiça.

Defendem a ilegitimidade do MPF para celebrar os acordos, arrogando-se competência exclusiva para celebrar todos esses acordos de leniência, o que ocasionou graves distorções na parte pecuniária dos acordos, que não observaram, nem de longe, os critérios revelados pelo referido Acordo de Cooperação Técnica”.

Ao final, afirmam que os acordos firmados pelo consórcio de Curitiba tiveram como base "coação" e uso de prisões preventivas prolongadas de empresários. "Em tais condições, inexistente voluntariedade quando a moeda de troca é a liberdade da pessoa e a falência da empresa." (www.conjur.com.br, 2023)

jornalísticas¹²⁹, especialmente, tecendo críticas à falta de critérios na fixação do *quantum* das multas e na condução realizada pelos membros do Ministério Público.

Desse contexto, registre-se, de plano, que a utilização dos meios alternativos, como se verá adiante, deve ser realizada com atenção e observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade de modo que a solução final não desborde para o lado da impunidade ou de atentado aos direitos e garantias constitucionais, conforme já consignado no capítulo anterior.

Nessa esteira, o acordo de leniência, previsto em seu artigo 16, no âmbito da responsabilização de empresas privadas praticantes de irregularidades, muito se assemelha à “delação premiada” prevista na Lei nº 12.850/2013.

Em breve introdução, o acordo de leniência é forma de colaboração nas investigações entre empresas e Administração Pública, com possível reconhecimento pelos entes privados de prática infratoras a fim de isentar ou atenuar futuras punições. (BITTENCOURT, 2015). A cooperação deverá ser efetiva com obtenção substancial de elementos no que concerne a autoria e materialidade da irregularidade cometida, apuradas em inquéritos, com demonstração cabal dos resultados obtidos (UNIÃO, 2022, p. 105).

Historicamente, o acordo de leniência tem origem nas legislações que combatem as atividades anticoncorrenciais. Somente a partir da atuação das agências econômicas internacionais, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que passou a ser utilizado no combate à corrupção. No Brasil, a leniência foi prevista, inicialmente, na Lei de Proteção à Concorrência, especificamente nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011, e, posteriormente, na Lei Anticorrupção, nos artigos 16 e 17 (MELLO, MAIOLI e ABATI, 2014, p. 158).

É importante destacar que os tratados e convenções internacionais e a globalização dos mercados, sejam de consumo, financeiro, tecnológico, passam a se comunicar cada

¹²⁹ (i) “Mais empresas punidas na Lava Jato devem pedir revisão na Justiça” Leia mais no texto original: <https://www.poder360.com.br/poderespecial/brasilafrente/mais-empresas-punidas-na-lava-jato-devem-pedir-revisao-na-justica/>;

(ii) “Empresas traçam estratégias para questionar acordos de leniência”: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-23/empresas-tracam-estrategias-questionar-acordos-lenincia>

(iii) “Partidos governistas pedem no STF suspensão de pagamentos dos acordos de leniência da Lava Jato”: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2023/03/30/partidos-governistas-pedem-no-stf-suspenso-de-pagamentos-dos-acordos-de-lenincia-da-lava-jato.ghtml> ;

(iv) “Judiciário e Ministério Público se blindam para evitar erros - Experiências malsucedidas em operações como a Lava Jato deixaram legado de cautela para órgãos de controle, que buscam não repetir ilegalidades” Leia mais no texto original: (<https://www.poder360.com.br/poderespecial/brasilafrente/judiciario-e-ministerio-publico-se-blindam-para-evitar-erros/>)

vez mais, com forte influência sobre os ordenamentos jurídicos dos países, visando o combate à corrupção. Tal circunstância decorreu do fato de que, diante da imensa interação de atividades, naturalmente, vê-se uma intensificação da relação entre o público e o privado, que ocasionou, em determinados aspectos, verdadeira desordem entre as instituições favorecendo um ambiente com irregularidades (LORENZETTI, 2010, p. 39).

Vale recordar que os Estados Unidos, em 1978, foram os primeiros a utilizarem da política de leniência em repressão às condutas não competitivas, cujos resultados não foram os esperados. Em 1993, depois de 15 anos da primeira experiência, surge remodelado programa de leniência denominado de *Amnesty Program*, que teve sua eficiência testada no combate aos cartéis, que, posteriormente, solidificou-se em 2004, com importantes mudanças introduzidas pelo *The Antitrust Penalty Enhancement and Reform Act* (BITTENCOURT, 2015).

O acordo de leniência surge, portanto, como ferramenta de defesa da livre concorrência, mecanismo onde são fornecidas vantagens como, por exemplo, possibilidade de imunidade administrativa para o primeiro envolvido que denunciar a prática e colaborar com as provas robustas (MELLO, MAIOLI e ABATI, 2014, p. 161).

No Brasil, o modelo de acordo de leniência previsto na LAC, claramente inspirado no instituto da leniência na Lei de Proteção à Concorrência – Lei nº 12.529/2011, introduziu pequenas particularidades, notadamente, o afastamento dos reflexos penais da ação, foco do uso deste instrumento na responsabilização administrativa da empresa e não concessão de anistia às empresas, mas apenas redução das penalidades (SILVEIRA, 2014, p. 168).

A leniência passa a ser utilizada pela Administração Pública, revestindo-se da atuação consensual, sem que seja dado um cheque em branco para as autoridades, a despeito da forte influência do sistema norte americano, que tende a propiciar um sistema acusatório e investigatório flexível, onde os interessados dispõem de determinada liberdade para reconhecimento de culpa e aplicação de penalidades, nos Estados Unidos conhecido como *plea bargaining* (CORREA PINTO, 2016, p. 52).

Não obstante, a diretriz exegética a ser aplicada à leniência deve seguir a previsão da delação premiada prevista na Lei nº 12.850/2013. A similitude entre o direito penal e o direito administrativo sancionador é nítida. Na visão de Nelson Hungria, por exemplo, não há que se falar em diferença entre estas sanções, uma vez que a única distinção é apenas no tocante ao grau da penalidade aplicada, em outras palavras, caberia ao campo

penal infrações tipificadas como grave ao passo que para o campo administrativo a competência seria para infrações de menor potencial ofensivo (HUNGRIA, 1945, p. 24).

Dessa forma, a principiologia aplicada ao direito penal e processual penal, na medida do possível, é aplicada aos processos administrativos. Identificado o direito administrativo sancionador da Administração, aplicam-se, *mutatis mutandi*, os princípios conexos da esfera penal, haja vista as paridades entre ambos os ramos do direito e a gravidade de sua incidência na esfera dos particulares (OSÓRIO, 2011, p. 113).

Assim, fica a Administração Pública autorizada a celebração dos acordos de leniência em hipóteses legalmente previstas, visando a tutelar, de forma mais eficiente, do interesse público a quem lhe compete proteger (MOREIRA NETO e FREITAS, 2014, p. 9-20).

A celebração dos acordos de leniência não pode ser vista como simplório instrumento de atenuação de penalidade, mas sim como um contrato administrativo que legitima as ações e decisões da Administração Pública, fugindo da burocracia e lentidão existentes no momento em que se recorre ao controle externo. Em verdade, o diálogo com a sociedade impõe a satisfação das necessidades coletivas (ARAGÃO, 2005, p. 294).

Não se olvida o crescente movimento de desvinculação do controle judicial em relação a todo e qualquer imbróglio existente entre atividade pública e particular. Percebe-se a interferência do Poder Judiciário nas relações com o único intuito de garantir uma suposta supremacia do interesse público, todavia o ordenamento jurídico detém ferramentas para que a Administração Pública, consiga avaliar de fato qual é este interesse público, qual é o seu real conteúdo, quem é o seu responsável (CORREA PINTO, 2016, p. 50).

Nessa toada, é exatamente a postura consensual da Administração Pública que embasa a eficiência e pacificação de conflitos pós-modernos, pois passa-se a estabelecer um diálogo entre o setor público e seus administrados, acelerando a resolução de controvérsias, incentivando práticas de boa governança e responsabilidade (CARAÇATO e SANTOS, 2011, p. 804).

É inegável a concessão de benesse em favor de ente privado infrator, todavia as contrapartidas ultrapassam a simples confissão do ilícito. A cooperação instaurada deverá resultar na identificação de demais envolvidos, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, na obtenção de documentação e informações de forma célere sobre a irregularidade apurada, garantindo à Administração um grande poderio investigatório (ABRÃO, 2008, p. 5).

A LAC disciplina o acordo de leniência, exigindo o preenchimento cumulativo de requisitos da pessoa jurídica processada, especificamente (i) seja primeira a se manifestar; (ii) cessação completa do envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; (iii) admissão da participação no ilícito e (iv) cooperação plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento (UNIÃO, 2022, p. 172).

A consensualidade entre as partes é intrínseca ao acordo de leniência, porque se trata de entabular um negócio jurídico administrativo, na modalidade de acordo, onde as partes negociam seus termos, fazendo concessões recíprocas. De um lado, temos o ente privado buscando a resolução de atividade ilícita praticada e, no outro, a Administração Pública, buscando o ressarcimento ao erário e a coleta de provas e informações para eliminar o ilícito. (MOREIRA NETO e FREITAS, 2014, p. 9-20)

A consensualidade do acordo de leniência é materializada no contrato de acordo, onde a declaração de vontades das partes contratantes, reduz e/ou até mesmo extingue as sanções aplicáveis ao envolvido, afastando ou mitigando sua responsabilidade; deixando o ente privado, inclusive, de figurar como infrator para ser um auxiliar nas investigações (VILLARES, 2009, p. 145).

As informações obtidas pela Administração são essenciais para o desmantelamento da irregularidade. Sem evidências concretas das ações delituosas, o tempo de investigação e o aparato operacional necessário seriam elevadíssimos e, na pior das hipóteses, sequer iriam alcançar a ilegalidade, por falta de provas (MOREIRA NETO e FREITAS, 2014, p. 9-20).

O legislador reconhece a sensibilidade das informações que geralmente são obtidas nestas negociações, a teor do § 6º do artigo 16 da Lei Anticorrupção, que garante o sigilo ao acordo, estabelecendo que “somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo”.

É possível os documentos e informações apresentadas à autoridade competente, que lastreiam a irregularidade praticada, serem utilizados em outras esferas de responsabilização, em especial, eventuais ações civis ajuizadas, reforçando a necessidade de diálogo entre os atores envolvidos, de tal modo que a sociedade obtenha uma resposta efetiva, eficaz e célere em relação a infração (GARCIA, 2021, p. 58).

É importante registrar que a CGU, inclusive, promove interpretação extensiva no que concerne a aplicação do acordo de leniência em infrações administrativas

relacionadas a outras normas de licitações e contratos administrativos, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas. E mais, no caso de contratos administrativos, há possibilidade de isenção da penalidade de declaração de inidoneidade, na hipótese de o ato lesivo ter sido materializado nesta seara (UNIÃO, 2022, p. 171).

Quanto à competência para celebrar o acordo de leniência, a LAC estabelece que o acordo será entabulado perante a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, a teor do artigo 16, *caput*, da LAC.

No âmbito da Administração Pública Federal, a Controladoria-Geral da União abarca essa competência, nos termos do § 10º do artigo 16 da LAC, e pode, com escopo de proporcionar maior eficiência, efetividade e racionalidade do aparato público, avocar processos administrativos em curso em outros órgãos e entidades da administração pública federal relacionados aos fatos objeto do acordo (UNIÃO, 2022, p. 171).

A formalização da proposta de leniência é ponto importante a ser observado. Presume-se, conforme a própria natureza do instituto, que a proposição seja feita logo após a sociedade empresária tenha ciência da ilicitude de sua conduta.

O Decreto nº 11.129/2022, em seu artigo 23, prevê redução da multa em 2% quando a pessoa jurídica, espontaneamente, informa a prática da infração antes mesmo da instauração de um PAR. Observa-se eventual instauração de PAR não impede a propositura de um acordo de leniência, salvo se já houver a expedição do Relatório Final do PAR, nos termos do §2º do artigo 38 do Decreto nº 11.129/2022 (UNIÃO, 2022, p. 175).

Nota-se que o PAR e o Acordo de Leniência são instrumentos jurídicos distintos, mas que se comunicam dentro de suas alçadas. Ato contínuo, após a propositura do acordo por parte da empresa privada, será elaborado um memorando de entendimentos entre entes privados e públicos e, imediatamente, será designada comissão específica para condução do acordo.

A Comissão será a responsável para analisar as provas e informações apresentadas pela pessoa jurídica, apreciar os programas de integridade da empresa, fixar cláusulas, obrigações e deveres no âmbito daquele acordo de leniência, negociar valores a serem ressarcidos. Da mesma forma como acontece no PAR, essa Comissão deverá apresentar um relatório final sobre as negociações (UNIÃO, 2022, p. 176).

A negociação entre as partes interessadas deverá ser concluída no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data da apresentação da proposta, cabendo a prorrogação a critério da Administração Pública.

A desistência da obtenção do acordo é garantida a qualquer momento, desde que antes de efetiva celebração ou rejeição pela autoridade máxima competente para sua realização (UNIÃO, 2022, p. 177).

O prazo prescricional a ser aplicado ao caso concreto é de 5 (cinco) anos, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial pacificado (ZARDO, 2014, p. 113).

Nessa esteira, a LAC previu, no seu § 9º do artigo 16, a interrupção dos prazos prescricionais relativamente aos atos ilícitos praticados pela sociedade empresária, quando da celebração do acordo de leniência. O escopo desta previsão é contribuir para a segurança jurídica e obrigar que o ente privado cumpra com o acordo de leniência, justamente para que o PAR não retome ao seu curso. Por fim, a pessoa jurídica, fica proibida de propor qualquer novo acordo, pelo prazo de 3 anos. (ZARDO, 2014, p. 112)

Diante do exposto, observa-se que a consensualidade é uma tendência jurídica que tem por objetivo trazer os administrados para próximo dos órgãos públicos, favorecendo um ambiente de diálogo entre as partes envolvidas e permitindo que os entes alcancem a resolução de um conflito de forma mais célere e adequada para cada um dos seus interesses.

Tem-se que o acordo de leniência é a materialização da consensualidade, constituindo-se instrumento administrativo permissivo de que empresas sejam investigadas e punidas, mas que diante da complexidade e dificuldade de investigação, bem como a verificabilidade dos casos concretos o Estado possui a necessidade de cooperação dos envolvidos, onde, por sua vez, são concedidas vantagens recíprocas para uma ágil e efetiva solução.

4.4. O acordo de não persecução civil – ANPC (Lei nº 8.429/1992)

O ordenamento jurídico brasileiro, em sintonia com tendências globalizadas, promulgou a Lei de Improbidade Administrativa - LIA, Lei nº 8.429/1992, que trouxe inovações mais efetivas ao sistema de combate nacional a corrupção, notadamente a regulamentação das penas aplicáveis aos agentes públicos quando identificadas irregularidades de má gestão pública com enriquecimento ilícito, lesão material ao erário

ou lesão formal às normas da Administração Pública; seja no exercício de mandato, cargo, emprego ou ofício na Administração Pública direta, indireta ou institucional" (OSÓRIO, 2011, p. 222).

Em dezembro de 2019, foi publicado o pacote anticrime, Lei nº 13.964/2019, que, dentro das inovações trazidas, deu nova redação ao § 1º do artigo 17 da LIA, passando a admitir a possibilidade da celebração do acordo de não persecução cível – ANPD nas ações de improbidade administrativa. A Lei nº 13.964/2019 alterou o regime de consenso, até vigente de vedação expressa para realização de transação, acordo ou conciliação nas ações previstas nesta lei especial (CASTRO, 2020, p. 210).

O artigo 17-A da LIA, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, que implementaria as situações legitimadoras do acordo de não persecução cível, foi vetado pela Presidência da República, sob as seguintes razões:

A propositura legislativa, ao determinar que o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade, contraria o interesse público por ir de encontro à garantia da efetividade da transação e do alcance de melhores resultados, comprometendo a própria eficiência da norma jurídica que assegura a sua realização, uma vez que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro com possibilidade de transação.

Contudo, a LIA passou por substancial reforma provocada pela Lei nº 14.230/2021, que incluiu o artigo 17-B na Lei nº 8.429/1992¹³⁰, disciplinando

¹³⁰ Artigo 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados:

I - o integral ressarcimento do dano;

II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.

§ 1º A celebração do acordo a que se refere o **caput** deste artigo dependerá, cumulativamente:

I - da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação;

II - de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação;

III - de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

§ 2º Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o **caput** deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso.

§ 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.

§ 4º O acordo a que se refere o **caput** deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória.

§ 5º As negociações para a celebração do acordo a que se refere o **caput** deste artigo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor.

§ 6º O acordo a que se refere o **caput** deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas.

detalhadamente o procedimento a ser adotado no âmbito dos acordos de não persecução cível (GARCIA, 2022, p. 39)

Assim, de acordo com a novel disciplina legal estabelecida, o acordo de não persecução cível consubstancia a possibilidade de ente legitimado à proposição da ação civil pública de improbidade administrativa celebrar negócio jurídico com o infrator, seja na fase da investigação seja, até mesmo, após a formulação da pretensão acusatória mediante a aceitação de algumas condições e aplicação de sanções aos agentes responsáveis pela prática dos supostos atos de improbidade administrativa (GAJARDONI, 2022, p. 377).

Ressalte-se que, a depender do momento da celebração do acordo de não persecução cível, as consequências para o infrator serão distintas. Caso tenha sido realizado antes da lide, o transgressor pode evitar os problemas intrínsecos ao processo, como ter que pagar custas e honorários advocatícios, sofrer medidas constritivas patrimoniais e até mesmo evitar que o processo seja adiado devido à morosidade da justiça (CASTRO, 2020, p. 212). Por outro lado, se a negociação for formalizada após a propositura da demanda, o infrator ao menos reduz os riscos associados à lide e acelerar a resolução da situação (LIMA e JUNIOR, 2022).

Nas lições de CABRAL (2020, p. 23), sob a ótica do CPC/2015, os acordos visam dar às partes maior autonomia para assumir a responsabilidade de formar e impulsionar o processo. A partir dessa autorização, as partes não estão mais sujeitas ao que está explicitamente estabelecido na lei; podendo negociar outros aspectos; antes ou após o atendimento do procedimento, prévia ou incidentalmente ao processo judicial, por meio de sua criatividade (CABRAL, 2020, p. 21).

Os acordos podem assumir a forma de negócios jurídicos processuais nos casos em que há imposição de situações jurídicas processuais. A título de exemplo, o réu na LIA pode renunciar ao seu direito ao silêncio, assumir o compromisso de confessar e identificar os demais envolvidos na infração, concordar com a redução de prazos legais ou renunciar imediatamente aos prazos recursais. (LIMA e JUNIOR, 2022)

Dessa feita, o acordo de não persecução cível tem natureza de negócio jurídico *sui generis*, “bilateral e comutativo, cujo aperfeiçoamento opera-se com a manifestação de

§ 7º Em caso de descumprimento do acordo a que se refere o caput deste artigo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento.

vontade das partes e com a fixação de prestações certas e determinadas”. (LIMA e JUNIOR, 2022)

A LIA, com as alterações propostas pela Lei 14230/2021, previu a legitimidade ativa para propositura de ação de improbidade apenas ao Ministério Público e, por consequência, também para o ANPC. Ocorre que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADI nº 7042, atribuiu legitimidade concorrente tanto para o *Parquet* quanto a pessoa jurídica lesada, nos seguintes termos:

Decisão. Procedente em parte: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação direta para: (a) declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do caput e dos §§ 6º-A e 10-C do artigo 17, assim como do caput e dos §§ 5º e 7º do artigo 17-B, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021, **de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil**; (b) declarar a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do § 20 do artigo 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, **no sentido de que não existe "obrigatoriedade de defesa judicial"; havendo, porém, a possibilidade dos órgãos da Advocacia Pública autorizarem a realização dessa representação judicial, por parte da assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia** (*grifei*)

Os objetivos buscados pela Administração Pública e pela LIA com o ANPC, a teor do disposto no artigo 17-B, incisos I e II, da Lei nº 8.429/1992, são: (i) integral ressarcimento do dano e (ii) a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevidamente obtida pela prática de um ato de improbidade, ainda que oriunda de agentes privados.

É importante destacar que a exigência do integral ressarcimento do dano refoge à lógica dos mecanismos consensuais de resolução de conflitos, pois impõe um resultado taxativo, sem campo para negociação. Não se discute que não se pode desconsiderar os danos sofridos pela Administração Pública, mas é necessário observar determinados fatores como capacidade financeira do infrator, morosidade judicial etc. (POZZO e OLIVEIRA, 2022), visando o atingimento do interesse público, objetivo maior da solução consensual, diante das circunstâncias fáticas do caso concreto.

Outro fator que tem ganhado notoriedade é a fixação de valores dos danos e/ou da vantagem indevida auferida, ante a complexidade da tarefa, repleta de variantes e sem metodologia específica. Muitas vezes é inviável a aferição do valor preciso ou até mesmo

próximo do dano, motivo pelo qual a exigência de ressarcimento integral, de certa forma, se torna inatingível.

Não se mostra desarrazoado, portanto, que, no caso concreto, o valor fosse substituído, *exempli gratia*, por prestação de serviço ou oferecimento de bem mais útil e relevante para o ente público, que, justificadamente, poderia se manifestar no sentido de que a alternativa proposta atenderia o interesse geral.

Esse posicionamento, inclusive, se alinharia às diretrizes exegéticas introduzidas no ordenamento jurídico pátrio pelo Código de Processo Civil (POZZO e OLIVEIRA, 2022), expressamente citado no *caput* do artigo 17 da LIA, que determina que a ação de improbidade deverá seguir as regras do procedimento comum.

Corroborando a complexidade da exigência de reparação integral de valores, o artigo 17-C, inciso I, da LIA, prevê que a quantificação do dano deverá ser promovida de forma efetiva, com comprovação da perda patrimonial, do desvio, da apropriação ou da dilapidação dos bens ou haveres da Administração Pública, não se admitindo sua análise subjetiva ou presumida. Além disso, de acordo com o artigo 18, § 3º, da LIA, para fins de apuração do valor do ressarcimento, deverão ser descontados os serviços efetivamente prestados pelo ente privado, justamente para abolir qualquer possibilidade de enriquecimento sem causa por parte do ente público (POZZO e OLIVEIRA, 2022).

A despeito da crítica sobre a dificuldade para definição dos valores a serem ressarcidos, fica claro que o legislador optou por uma atuação prática e finalística, ou seja, inibir, a todo custo, a prática de posturas ímprobas por agentes públicos e privados, em flagrante proteção ao erário (POZZO e OLIVEIRA, 2022).

De outra parte, segundo as lições de Rogério Favreto, os elementos do acordo de não persecução cível, em via de regra são: i) a identificação dos envolvidos na infração; ii) obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito; iii) manifestação sobre seu interesse em cooperar para apuração do ato ilícito; iv) o interessado deve cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da propositura do acordo; v) reconhecimento na participação no ilícito e a cooperação plena e permanentemente com as investigações, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento e; vi) a obrigação de reparar integralmente o dano causado (GOMES JUNIOR e FAVRETO, 2020, p. 367-368)

É importante registrar que o Ministério Público Federal e a Advocacia-Geral da União editaram atos normativos disciplinando o ANPC, respectivamente, a Orientação nº

10 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Combate à corrupção – CCR e a Portaria Normativa/AGU nº 18, de 19/07/2021.

A Orientação nº 10 da 5ª CCR/MPF, em seu artigo 26, enuncia as cláusulas obrigatórias para o desenvolvimento do ANPC, externando os elementos necessários para a celebração do acordo:

Artigo 26 São cláusulas necessárias no ANPC, observada a fase extrajudicial ou judicial em que está sendo celebrado:

I – a indicação das partes celebrantes e seus respectivos representantes;

II – a descrição clara, objetiva e determinada da conduta ímproba praticada, abrangida pelo acordo;

III – os critérios objetivos de qualificação da lesividade à probidade, como bem jurídico metaindividual protegido;

IV – a forma de restauração da juridicidade ou legalidade (sem sentido amplo), com detalhamento das obrigações, deveres, sujeições e ônus assumidos pelo celebrante, conforme o caso;

V – a explicitação dos pressupostos da responsabilidade patrimonial, quais sejam, ação ou omissão ilícita, nexos de causalidade, e dano material efetivo, conforme o caso;

VI – a explicitação dos pressupostos do dano moral difuso ou coletivo, quais sejam, ação ou omissão ilícita, nexos de causalidade e bens metaindividuais afetados, conforme o caso;

VII – os critérios objetivos de cálculo ou mensuração dos danos, conforme o caso;

VIII – a previsão do não reconhecimento da quitação total do dever de indenização decorrente dos prejuízos patrimoniais causados ao Erário pelos atos ilícitos, conforme o caso;

IX – a descrição da forma de participação ou envolvimento da parte celebrante na prática da improbidade administrativa;

X – a descrição da forma de participação ou envolvimento de outras pessoas (físicas e/ou jurídicas) na prática de improbidade administrativa, a título de colaboração substancial;

XI – o rol de elementos de prova sobre a improbidade que o celebrante possui e disponibilizará em regime de cooperação, a título de colaboração substancial;

XII – a descrição das obrigações de dar, fazer e não fazer do celebrante;

XIII – a descrição dos benefícios legais, com caráter sancionatório, no domínio da improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992 e Lei nº 12.846/2013);

XIV – a forma de execução do acordo, incluindo a forma de execução das sanções impostas, de forma consensual;

XV – o prazo de vigência do acordo;

XVI – o modo de fiscalização do cumprimento do acordo;

XVII – as hipóteses de rescisão e de extinção do acordo;

XVIII - o estabelecimento de multa cominatória, atendendo a critérios de suficiência e compatibilidade com as obrigações, ajustando-se um prazo razoável para o cumprimento do comando, em valor adequado, necessário e proporcional à sua finalidade coercitiva, para a hipótese de descumprimento doloso do acordo pelo celebrante;

XIX – as garantias reais ou fidejussórias adequadas e suficientes para assegurar o cumprimento das obrigações pecuniárias decorrentes do acordo;

XX – o foro judicial competente para dirimir controvérsias sobre o acordo, conforme o caso;

XXI – o reconhecimento do acordo como título executivo

extrajudicial, na forma da LACP e do CPC, conforme o caso. (BRASIL, 2020, p. 10)

Não se discute que um dos elementos de maior importância no cabimento do ANPC é o enquadramento da conduta ilícita em tipo sancionador específico da improbidade, dentro daquelas nas hipóteses previstas pelo legislador, para que possa ser qualificada como ato ímprobo (LIMA e JUNIOR, 2022)

Nessa esteira, não se pode confundir ilegalidade com improbidade. Enquanto improbidade é uma ilegalidade, o contrário nem sempre o é, em outras palavras, deve-se apurar a finalidade e os efeitos desejados pelo agente e por eventuais terceiros (GOMES JUNIOR e FAVRETO, 2020, p. 163)

Assim, não é apenas a descoberta de um erro de procedimento, como vícios formais em um processo licitatório para configuração de ato de improbidade, mas também a existência comprovada de uma intenção de cometer uma conduta proibida (ZIMMER JUNIOR, 2018, p. 146), sendo inafastável a comprovação da presença do elemento volitivo da conduta.

No que concerne ao procedimento extrajudicial do ANPC, os legitimados para propositura são o Ministério Público ou o infrator, sendo que, nesta hipótese, a proposta poderá ser apresentada isoladamente ou por vários envolvidos, inclusive, em proposição conjunta. Ressalte-se que o ente público envolvido deverá ter ciência do ANPC, mas sua participação na negociação propriamente dita não é requisito de validade ou eficácia do instrumento jurídico (LIMA e JUNIOR, 2022).

O acordo somente poderá ser assinado pela parte pactuante ou por procurador constituído com poderes especiais e, obrigatoriamente, em ambas as hipóteses, com o assessoramento de um advogado. Os termos do acordo poderão ser provisórios ou definitivos, uma vez que existem hipóteses complexas, onde não se tem com exatidão a extensão do dano e/ou indícios da autoria da infração, sem contar que se sugere a assinatura de termo de confidencialidade a respeito das cláusulas do acordo, como forma de promover maior eficácia a investigação (SÃO PAULO, 2020, p. 49).

Proposto o ANPC, a demanda será encaminhada ao Conselho Superior do Ministério Público, no prazo de 3 (três) dias, onde poderá ocorrer as seguintes situações: (i) homologar o arquivamento do inquérito civil ou do procedimento preparatório; (ii) rejeitar o instrumento negociado, (iii) devolver os autos ao promotor natural, se entender inadequadas ou desproporcionais as condições fixadas no acordo, para que seja

reformulada a proposta; e (iv) determinar a realização de diligências complementares ou de adequações. (LIMA e JUNIOR, 2022)

Ressalta-se que quando há rejeição do acordo ou de conversão em diligências, o Conselho Superior do Ministério Público oficiará ao Procurador-Geral de Justiça regional a fim de que seja designado outro membro para o ajuizamento da ação ou prosseguimento das investigações, com o escopo de dar imparcialidade aos termos negociados. (LIMA e JUNIOR, 2022) Ocorrendo a homologação, o instrumento seguirá ao Poder Judiciário, conforme artigo 17-B, §1º, inciso II da LIA.

Superados os aspectos procedimentais no âmbito extrajudicial, os autos obrigatoriamente serão submetidos ao crivo do judiciário, por força do disposto no artigo 17-B, § 1º, inciso III, da LIA. No momento em que o ANPC é levado ao judiciário, sua tramitação seguirá o rito de jurisdição voluntária, assim como todos os demais acordos levados a juízo para homologação, consoante previsão legal no artigo 725, inciso VIII, do CPC.

O juízo competente será aquele que, na inexistência do ANPC, avocaria a ação de improbidade. Os autos devem ser instruídos com cópia do acordo e todos os demais documentos pertinentes ao caso, tais como: inquérito civil, laudo de apuração do dano, termo de confissão de culpa etc.

Por fim, caso a negociação venha a ocorrer durante a tramitação de uma ação de improbidade, bastará peticionamento conjunto das partes envolvidas (GAJARDONI, 2021). O *Parquet* juntamente com o postulante poderá solicitar a interrupção do prazo para a contestação, por no máximo 90 (noventa) dias (artigo 17, § 10-A, da Lei nº 8.429/1992). Se já ultrapassada o prazo de defesa, poderá ser reivindicada a suspensão do processo, com fulcro no artigo 313, inciso II, do Código de Processo Civil, pelo prazo necessário à conclusão das investigações, entretanto limitado ao período de 6 meses (artigo 313, § 4º, do CPC) (LIMA e JUNIOR, 2022).

A homologação compete ao relator se o acordo for assinado na fase recursal, de acordo com o artigo 932, inciso I, do CPC. E se uma sentença condenatória chegar ao trânsito em julgado, deve ser examinada pelo juiz do cumprimento da sentença (BRASIL, 2015)

Após a recepção do pedido de homologação, o juiz mandará intimar o ente federativo lesado de acordo com o artigo 17-B, §1º, inciso I, da LIA, se houver dano que precisa ser reparado. A participação da pessoa jurídica não é necessária nos casos em que não há dano ou vantagem concedida por meio de ilícito (GAJARDONI, 2021, p. 390).

Tanto o Ministério Público quanto o interessado podem entrar com recurso contra a decisão que rejeita a homologação do acordo. Já a pessoa jurídica lesada só poderá recorrer da decisão que homologa eventual ANPC (GAJARDONI, 2021, p. 390)

Sugere-se que, além do acompanhamento judicial dos termos do acordo, seja iniciado simultaneamente um procedimento administrativo de acompanhamento do trâmite processual da homologação (artigo 8º, inc. I, da Resolução no 174/2017 – CNMP e artigo 10 da Resolução no 179 /2017 – CNMP. Este procedimento permite um controle interno por parte do Ministério Público ou da pessoa jurídica interessada, garantindo uma execução eficaz do processo.

Ultrapassados estes aspectos, muito se discute a respeito de qual é o termo final para a celebração do ANPC. A doutrina mais atual e moderna vem se posicionando pela promoção da consensualidade, ou seja, dependerá dos interesses das partes na resolução do conflito.

O acordo de não persecução cível é um instrumento negociado, oriundo da consensualidade das partes e que nasceu como principal objetivo de produzir resultados eficientes, motivo pelo qual não é racional o uso da rigidez e formalidade existente no direito processual tradicional (CAMBI e SOBREIRO NETO, 2020).

Recorda-se, como reiteradamente consignado no presente estudo, a nova sistemática legal processual, especialmente introduzida pelo CPC/2015, é a priorização da consensualidade, sempre buscando a razoável duração processual e atenuação do custo da demanda judicial. Além disso, o CPC em seu artigo 139, inciso V, expõe a necessidade de o magistrado promover a autocomposição a qualquer tempo. Logo não há que se falar em termo final para celebração do ANPC.

Sobre o tema, ainda, Rogério Favreto expõe que eventual fixação de termo final contrariaria a própria finalidade da LIA, ou seja, subtrair das partes uma relevante finalidade do processo: a pacificação da problemática social subjacente à causa. (GOMES JUNIOR e FAVRETO, 2020, p. 367-368)

Do mesmo modo, pairam dúvidas a respeito de quais sanções, previstas no artigo 12 da LIA, poderão vir a ser inseridas no âmbito do ANPC. De início, não se vislumbra qualquer disposição específica no artigo 17-B da LIA condicionando a validade da negociação à determinação de uma ou mais sanções do rol elencado no artigo 12, razão pela qual é possível a celebração do instrumento até mesmo sem alguma penalidade particular. Uma hipótese é a subtração por um servidor de um grampeador para sua casa, onde será suficiente sua devolução para o ente público a título de reparação material do

dano, evidentemente, sem prejuízo de análise da responsabilidade funcional. (GAJARDONI, 2021, p. 391)

Mas na realidade este último exemplo é uma exceção à regra, haja vista que a tendência é sempre que além da reparação do dano e/ou reversão da vantagem obtida com a irregularidade o infrator venha a ser penalizado cumulativamente. (GAJARDONI, 2021, p. 391)

É notório que diante da ausência de uma regulamentação padronizada nacionalmente, posicionamentos distintos são tomados no âmbito de cada Ministério Público Estadual, em cada região do Ministério Público Federal. O Ministério Público de São Paulo, por exemplo, se posiciona pela obrigatoriedade da fixação de ao menos uma sanção, bem como quantifica as sanções de acordo com a tipologia legal da infração, conforme artigo 5º, inciso VIII, alíneas *a* e *b*, da Resolução nº 1.193/2020 – Colégio de Procuradores de Justiça. (SÃO PAULO, 2020)

A imposição de aplicação de ao menos uma sanção é baseada nos princípios da indisponibilidade do interesse público e da indisponibilidade mitigada da ação coletiva. Esses princípios amparam o Ministério Público no posicionamento de não isentar totalmente o agente ímprobo de qualquer ação punitiva ou reparatória devido à sua discricionariedade (LIMA e JUNIOR, 2022).

As sanções passíveis de serem aplicadas podem ser classificadas da seguinte forma, a fim de melhor adequação ao caso concreto: (i) funcionais ou pessoais e (ii) patrimonial. Na primeira, temos hipóteses de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, renúncia ao mandato eletivo e compromisso de não candidatura. Já na segunda, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento ao erário, multa civil e proibição de contratação com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (BASTOS, 2021, p. 104).

Quanto às sanções patrimoniais, não se vislumbra discussões a respeito de sua aplicabilidade no ANPC, no entanto, quando falamos das sanções funcionais ou pessoais, a doutrina abre debate a respeito de sua possibilidade de fixação.

De um lado, não se admite a aplicação de sanções funcionais, por ausência de respaldo constitucional, a teor do artigo 15, inciso V, e artigo 37, § 4º, ambos da Constituição Federal de 1988, e do necessário trânsito em julgado de uma decisão judicial, como dispõe o artigo 20 da LIA, o que embasaria a posição da inviabilidade de acordo (PRADO, 2020, p. 4). Sob esse olhar, mesmo que o investigado concorde ou até tenha a

iniciativa pela aplicação destas sanções, ela seria inexecutável, porque alheia à esfera de disponibilidade das partes. (PEREIRA, 2020, p. 81)

Em outra banda, devido ao fato de que os atores do ANPC participam diretamente e ativamente da solução negociada, pelo fato da solução consensual ser uma faceta do devido processo legal, bem como considerando a aceitação livre, consciente e voluntária da sanção pelo autor do ato ímprobo, não tem como invalidar sua estipulação (BASTOS, 2021, p. 104-105). Assim, não há falar em ofensa ao devido processo legal na hipótese de celebração de acordo de vontades, a teor do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

Vê-se, portanto, que estando ausente a coação e sendo livre a negociação entre os agentes sobre as cláusulas do ANPC, o compromissário poderá, ou não, ser aceitá-las. Vale destacar, ainda, que os compromissários são assistidos em todos os atos por advogado; bem como que é necessária a homologação judicial, conferindo ainda mais segurança ao ajuste, pois “a análise acerca da legalidade, da adequação e suficiência das cláusulas convencionais” (LIMA e JUNIOR, 2022) do negócio jurídico é submetida a um terceiro.

De outra parte, também em razão do respeito ao princípio da autonomia da vontade das partes pactuantes, não haveria impedimento para os agentes convencionem pontos processuais, nos termos do artigo 190 do Código de Processo Civil, tais como, previsão de custeio de prova pericial, renúncia ao direito recursal, realização de atos processuais de forma virtual, comunicação dos atos por e-mail e/ou WhatsApp entre outros. (LIMA e JUNIOR, 2022)

Diante do exposto, o ANPC alinha-se às tendências do direito sancionador contemporâneo, que visa reduzir a litigiosidade e promover a autocomposição, reduzir os custos dos processos sua respectiva duração e incrementar a união de esforços para aumentar eficácia, eficiência e celeridade do direito sancionador cível.

É instituto de consenso em ambiência em que, até recentemente, a consensualidade era legal e expressamente vedada. Fica evidente que a identidade e funcionalidade do ANPC está em construção, todavia não afasta o fato de estar inaugurando uma nova etapa da consensualidade no Estado brasileiro.

4.5. Considerações finais

As Leis de Improbidade (Lei nº 8.429/2002), Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e da Ação Civil Pública (Lei nº 7.247/1985) compõem o núcleo do microsistema cível-administrativo de combate à corrupção, que, por sua vez, integra o sistema brasileiro anticorrupção, conforme o ensinamento de PINHEIRO e ZIESEMER (2022).

O processo de apuração de responsabilidade de pessoas jurídicas, disciplinado nos artigos 8º a 15 da Lei nº 12.846/2013, estabelece o rito procedimental, na esfera administrativa, para apuração e julgamento das pessoas jurídicas, nos termos do artigo 1º, parágrafo único, da referida lei, quando acusadas do cometimento de condutas tipificadas no artigo 5º.

No sistema de responsabilização de pessoas jurídicas na via administrativa, foi prevista a possibilidade da celebração do acordo leniência, visando, notadamente, auferir a efetiva colaboração dos infratores com as investigações e o processo administrativo. É modalidade de acordo de colaboração, que deve resultar na identificação de outros envolvidos e demais envolvidos na infração e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

O acordo de leniência poderá isentar a empresa das penas de publicação extraordinária e de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. Além disso, poderá reduzir a multa aplicável em até 2/3.

O acordo de leniência previsto na lei anticorrupção é marcante espaço de consenso criado no âmbito do microsistema cível-administrativo de combate à corrupção, que teve o condão de inaugurar a solução consensual de conflitos na esfera administrativa, sem necessidade de homologação no Poder Judiciário.

A experiência da leniência no âmbito da Administração Pública Federal, de forma inequívoca, repercutiu na alteração promovida na Lei de Improbidade que passou a prever o acordo de não persecução cível inaugurando espaço de consensualidade na esfera de responsabilização de agentes público por improbidade administrativa.

O acordo de não persecução cível, por sua vez, tem como principal objetivo o ressarcimento do dano e a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. E, diferentemente do acordo de leniência, necessita de homologação judicial para surtir efeitos, mas pode ser firmado

independentemente da existência de processo judicial e, posteriormente, submetido ao Poder Judiciário em sede de jurisdição voluntária.

Em razão do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal que restabeleceu a legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil; fica cristalina a possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível pela pessoa jurídica de direito público lesada, no âmbito eminentemente administrativo, com posterior submissão ao poder judiciário.

Os dois relevantes espaços de consenso atualmente existentes no âmbito do microsistema anticorrupção cível-administrativo – acordo de leniência e acordo de não persecução cível – tem objetivos finalísticos distintos como visto acima, mas possuem a mesma principiologia de solução consensual de conflitos, que pavimenta o caminho para uma aplicação integrada dos institutos pelos gestores.

5 CONCLUSÕES

Por tudo que foi exposto, constata-se que o fenômeno social da corrupção, de forma inquestionável, traz consequências deletérias para a sociedade brasileira, repercutindo de forma direta na ineficiência estatal de concretização dos direitos fundamentais e sociais, como saúde, educação e segurança, especialmente em razão do desvio de recursos financeiros que seriam destinados à implementação de políticas públicas.

Os principais efeitos da prática da corrupção configuram-se no impedimento do Estado em alcançar os objetivos impostos à República do Brasil e no abalo dos esteios do Estado de Direito, na medida em que a nefasta prática (i) viola o dever de implementação dos direitos fundamentais, (ii) promove a deslegitimação dos governantes de plantão; (iii) propicia o círculo vicioso prejudicial à igualdade de oportunidade no processo eleitoral e à alternância de poder ínsitas ao regime democrático, por propiciar o abuso do poder econômico por parte dos agentes corruptos destinatários dos recursos desviados (iv) provoca o enfraquecimento das instituições e (v) compromete o desenvolvimento sustentável do Estado.

Verifica-se, de forma cristalina, a estreita vinculação da corrupção (i) com a não consecução dos direitos fundamentais pelo Estado, atingindo parte da população mais vulnerável que passa a não ter acesso aos direitos sociais básicos, e (ii) com o ataque à democracia pelo potencial comprometimento do sistema eleitoral; dessa forma, pela direta violação aos pilares do Estado de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988, exsurge o direito do cidadão de viver em uma sociedade livre de corrupção, o direito fundamental anticorrupção.

Dessa forma, o reconhecimento pela doutrina do direito fundamental anticorrupção, devidamente positivado no ordenamento jurídico pátrio, se mostra razoável e proporcional, de modo a proporcionar um efetivo combate à corrupção no Estado Brasileiro.

As implicações do reconhecimento do direito fundamental anticorrupção repercutem na atribuição de características inerentes aos direitos fundamentais, como universalidade, indivisibilidade, indisponibilidade, inalienabilidade, historicidade desse direito, bem como no reconhecimento da existência de nova matriz principiológica e axiológica constitucional, que, de forma imediata e direta, tem o condão de repercutir na atuação da administração, do judiciário e do legislativo.

Reconhecido o direito fundamental anticorrupção, torna-se inevitável o estudo das formas de tutela dessa categoria jurídica. Nessa esteira, no capítulo 2, analisa-se a interação do direito administrativo sancionar no combate à corrupção e a estruturação de um regime de proteção para o direito anticorrupção.

Dentre as conclusões a que se chega, tem-se a estruturação, de forma metodológica, de um sistema brasileiro anticorrupção, composto de microssistemas anticorrupção, relativamente autônomos com arcabouços normativos próprios, a saber: (i) Político-Administrativo; (ii) Criminal; (iii) Cível-Administrativo; (iv) Administrativa Estrito Senso; (v) Cível-Eleitoral; e (vi) Cível Estrito Senso.

Observou-se que o Direito Anticorrupção positivado no Brasil é constituído por um complexo conjunto de atos normativos, hierarquicamente estruturado, integrado pela Constituição Federal, convenções internacionais, leis, e atos infralegais (decretos, portaria, instruções normativas, resoluções etc.), que alicerçam e justificam a responsabilização dos agentes infratores nas diversas esferas jurídicas e dos Poderes pela prática de atos de improbidade administrativa.

Delimitado o objeto de estudo no microssistema cível-administrativo, integrado, fundamentalmente, pelas Leis de Improbidade Administrativa e Anticorrupção, verifica-se sua inserção no direito administrativo sancionador, concluindo-se ser a ele aplicável toda matriz principiológica do DAS, notadamente o caráter instrumental das potestades públicas da moderna doutrina administrativista.

De outra parte, tendo em vista a estruturação metodológica do direito anticorrupção em microssistemas, a comunicação entre as fontes formais do direito que formam cada microssistema se mostra manifestamente plausível, essencialmente amparada na aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes.

Assim, o diálogo entre as normas e os institutos do microssistema anticorrupção cível-administrativo torna-se, mais que possível, inevitável, de modo a permitir a disponibilização de maior arsenal de instrumentos, necessários, suficientes e eficientes, para a Administração Pública na busca da consecução do interesse público no combate à improbidade administrativa.

Dentro da ótica instrumental do DAS, conclui-se que a consensualidade administrativa se apresenta como robusto instrumento de combate à corrupção, diante dos espaços de consenso previstos na Lei Anticorrupção (acordo de leniência) e na Lei de Improbidade Administrativa (acordo de não persecução cível), ladeados pelo poder geral

de consenso introduzido pela Lei nº 13.655/2018, que introduziu o instituto do compromisso, previsto no art. 26 da LINDB.

Dentre os principais pressupostos que justificaram e ampararam a abertura do DAS para a consensualidade podem ser citados: (i) movimento de constitucionalização do direito, (ii) evolução normativa com previsão de espaços de consenso nos diversos ramos do direito, (iii) ressignificação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, (iv) movimento do processo administrativo em direção à centralidade do direito administrativo, (v) abertura para participação deliberativa e (vi) introdução da eficiência como princípio constitucional.

Sendo indiscutível a utilização da consensualidade nas decisões a serem tomadas no âmbito do microssistema anticorrupção cível-administrativo, busca-se, no último capítulo, a apresentação dos importantes espaços de consenso no âmbito do combate à corrupção – acordo de leniência e acordo de não persecução cível – e, na perspectiva da Teoria do Diálogo de Fontes, a verificação da integração dos dois institutos, no sentido de eliminar lacunas ou permitir a complementariedade entre eles, especificamente dentro do processo de apuração de responsabilidade de pessoas jurídicas.

Sob essa ótica, é viável concluir que possibilidade de utilização do acordo de não persecução cível no bojo do processo administrativo de responsabilização de pessoas jurídicas – PAR, diante dos espaços para complementariedade existente entre as duas modalidades de acordo.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Guilherme R. **O acordo de leniência no direito penal**. IBRAC, 2008
- ALMEIDA, Fernando D. M. D. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012
- ALVES, Pedro D. O.; ALBUQUERQUE, Victor G. A. D. **A Legitimidade do direito sancionador no estado constitucional: a exigência de proporcionalidade na aplicação de sanções pela ANATEL**. In: NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira Paradigmas do direito administrativo sancionador no estado constitucional. São Paulo: Dialética, 2021.
- ARAGÃO, Alexandre D. S. **A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos**. 167. ed. Vol. 42. Revista de Informação Legislativa, 2005.
- ARAÚJO, Alexandra F. D. **Comentários ao artigo 26 da Lei de Introdução às Normas de Direito brasileiro**. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. D. E. A. (.). Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. São Paulo: [s.n.], v. 2, 2019.
- ARAÚJO, Felipe D. D. **Corrupção e novas concepções de direito punitivo: rumo a um direito de intervenção anticorrupção**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 8, p. 205-253, 2011.
- ARAÚJO, Juliana P. S. D. **Do não enquadramento da improbidade administrativa no regime do Direito Administrativo Sancionador**. In: CAMBI, Eduardo A. S.; ZANETI JUNIOR, Hermes; ORGANIZADORES Improbidade Administrativa: principais alterações promovidas pela Lei 14.230/2021. São Paulo; Belo Horizonte: D'Placido, 2022.
- ARÊDES, Sirlene N. **Âmbito constitucional de aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 129, p. 435-477, março 2017.
- BACERLLAR FILHO, Romeu F. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar , 2003.
- BARROS E SILVA, Victor C. D. **Acordos substitutivos de sanções administrativas (dissertação mestrado em Direito Administrativo)**. São Paulo : PUC/SP, 2019.
- BARROSO, Luis R. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito do direito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre S.; MARQUES NETO, Floriano A. Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- BARROSO, Luís R. Prefácio do Ministro Luis Roberto Barroso. In: CUEVA, Ricardo V. B.; FRAZÃO, Ana (. **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BASTOS, Fabrício R. **Acordo de Não Persecução Cível: questões procedimentais e processuais**. 81. ed. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2021.

BATISTI, Beatriz M. **Compliance e Corrupção: análise de risco e prevenção nas empresas em face dos negócios públicos**. Curitiba: Juruá, 2017.

BENJAMIN, Antônio H.; MARQUES, Claudia L. **Teoria do Diálogo das Fontes e o impacto no Brasil**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 115, p. 21-40, 2018.

BERTONCINI, Mateus E. S. N. **O microssistema de proteção da probidade administrativa e a construção da cidadania**. www.escolasuperior.mppr.mp.br. Escola Superior do MPPR. Disponível em: <https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/Arquivos_Antigos/o_microsistema.pdf#:~:text=Conhecer%20o%20conjunto%20de%20normas%20que%20formam%20o,cuja%20implementa%C3%A7%C3%A3o%20demanda%20a%20a%C3%A7%C3%A3o%20positiva%20do%20Estado.>. Acesso em: 02 maio 2023.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 239, jan-mar 2005.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 35ª. ed. São Paulo: JusPodium-Malheiros, 2020.

BORGES, Alice G. **Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?** Revista Eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador Acesso em 14.06.2022, mai/jul 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=587>>. Acesso em: 02 maio 2023.

BOURGET, Renaud -T. F. F. T. **O Controle de Constitucionalidade a posteriori das leis pelo Conselho Constitucional Francês**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 21, p. 266, mai/ago 2020. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1819/558>>. Acesso em: 02 maio 2023.

BRASIL. **Mensagem 52 ao Projeto de Lei da Câmara 6.826**. Brasília: Câmara Legislativa. 2010.

BRASIL. **Lei n. 12.846, de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências**. [S.l.]: [s.n.]. 2013.

BRASIL. **Orientação sobre os procedimentos e diretrizes a serem avaliados na celebração de acordos no âmbito extrajudicial e judicial da improbidade administrativa, cujo sistema está delimitado pelas Leis nº 8.429/1992 e Lei nº 12.846/2013**.

BRASIL, CNJ. **Lei de improbidade administrativa**: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade.

BRASIL, Transparência I. www.transparenciainternacional.org.br. **Transparência Internacional Brasil**, 2022. ISSN <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL, Transparência I. **Transparência Internacional Brasil**, 05 maio 2023. Disponível em:

<https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?gclid=EAIaIQobChMIho3qieKp4AIVkYaRCh0wkAh9EAAYASAAEgKM9PD_BwE>. Acesso em: 29 maio 2023.

CABRAL, Antonio P. **Pactum de non petendo**: a promessa de não processar no direito brasileiro. 78. ed. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando A. **Improbidade administrativa eleitoral**: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público.

CARAÇATO, Gilson; SANTOS, André L. L. D. **A consensualidade e os canais de democratização da Administração Pública**. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2011

CARVALHOSA, Modesto. A nova Lei da Empresa Limpa. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 30 jan. 2014. Disponível em: <Disponível em: <https://www.estadao.com.br/opiniao/a-nova-lei-da-empresa-limpa-imp-/>>. Acesso em: 31 Maio 2023.

CASTRO, Renato D. L. **Acordo de Não Persecução Cível na Lei de Improbidade Administrativa**. 77. ed. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

CLERICUZI, Adriana D. S. **Microsistema da tutela coletiva: análise dos meios de consensualidade e da possibilidade de acordo na esfera da improbidade administrativa com o advento da Lei nº 13964/2019**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, p. 37-68, jul-set 2021.

CORREA PINTO, José G. B. **Direito administrativo consensual, acordo de leniência e ação de improbidade**. 190. ed. Belo Horizonte: Forum Administrativo, 2016.

DATAFOLHA - INSTITUTO DE PESQUISAS. www.media.folha.uol.com.br. **Folha de São Paulo**, 10 julho 2019. Disponível em: <<https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2019/07/1988221-forcas-armadas-tem-maior-grau-de-confianca-entre-instituicoes.shtml>>.

DECOMAIN, Pedro R. **Improbidade administrativa**. 2ª. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DEZAN, Sandro L. **Valores axiomáticos para uma justiça do direito sancionador: uma metanorma limitadora do poder punitivo do Estado**. Direitos fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, jan-jun 2021. ISSN 44.

DINIZ, Maria H. **A Antinomia real e a polêmica do diálogo das fontes**. Revista Jurídica Ucurituba, v. 3, p. 228-247, ju-set 2019.

- DINO, Nicolao. **A Colaboração Premiada na Improbidade Administrativa: possibilidade e repercussão probatória**. In: QUEROZ, Org. D. D. R. S. E. R. P. D. A Prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Salvador: JusPodium, 2015.
- ENEDINO, Edilson. **Direito Empresarial Esquematizado**. 5ª. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.
- ESTORNINHO, Maria J. **A fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra, 1999.
- FILHO, André P. (Uma) **Teoria da Corrupção - Corrupção, Estado de Direito e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- FRAGOSO, Heleno C. **Lições de direito penal - parte especial**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GAJARDONI, Fernando D. F. **Convenções processuais atípicas na execução civil**. 1ª. ed. Vol. 22. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, 2021.
- GAJARDONI, Fernando D. F. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- GARCIA, Emerson. **A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 29-82, 2017.
- GARCIA, Emerson. **O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos**. Vol. 80. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2021.
- GARCIA, Emerson. **Acordo de não persecução cível: a negativa de celebração é suscetível de revisão?** 83. ed. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2022.
- GARCIA, Sérgio R. T. **O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria: análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, junho 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34832>>. Acesso em: 21 abril 2023.
- GAROFANO, Rafael R. E. A. **Relevante interesse geral, requisitos para o acordo e vetos**. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. D. E. A. (.). Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- GOMES JUNIOR, Luiz M.; FAVRETO, Rogerio. **Possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- GONÇALVES, Benedito. **A Lei 12.846/2013 e a tutela do Direito material coletivo da probidade na Administração pública**. In: RAUL ARAUJO, Edison P. N. J. B. L. C. C.

Estudos sobre Administração Pública e o combate à corrupção. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, J. D. **Decreto Estadual Anticorrupção contém inconstitucionalidade**. *Estadão*, São Paulo, novembro 2016. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/148033>>. Acesso em: 20 Maio 2023.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana B. D. **Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública**. *Revista de Direito Administrativo.*, n. Edição especial: Direito público na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro - LINDB, novembro 2018.

HARADA, Kiyoshi. **Conflitos de normas no âmbito do Direito do Consumidor e a Teoria do diálogo das fontes**. *Revista Jus Navigandi*, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24265>>. Acesso em: 09 maio 2023.

HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa: comentários à Lei n. 8.429/92**. São Paulo: Atlas, 2015.

HUNGRIA, Nelson. **Ilícito Administrativo e Ilícito Penal**. 1. ed. Vol. 1. *Revista de Direito Administrativo*, 1945.

JORGE, Flávio C. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JÚNIOR, Aloísio E. A. **Lei Anticorrupção - Lei 12.846/2013**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

KOFELE-KALE, Ndiva. **The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law**. *Internacional Lawyer*, v. 34, p. 149-178, 2000.

LEITE, Fernanda P. **Uma revisão normativa do termo de ajustamento de conduta previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. *REVISTA JURÍDICA PROFISSIONAL*, São Paulo, v. 1, p. 71-80, 2022. ISSN 1.

LIBÓRIO, Daniela C. Art. 26 da LINDB – Comentário geral. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. D. E. A. (.). **Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – anotada**: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. São Paulo : Quartier Latin, v. 2, 2019.

LIMA, Diogo; JUNIOR, Luiz. **Acordo de Não Persecução Cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

LINS, Raniere R. **Consensualidade e o Enfrentamento à Corrupção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

LIVIANU, Roberto. **Corrupção**. 3ª. ed. São Paulo: Quartier, 2018

LOBO DA COSTA, Regina H. **Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada**. In: BLAZEK, Luiz M. S.; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LOPES, Paula L. D. R. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. **Revista de Processo**, v. 274, dezembro 2017.

LORA, Alejandro H. **Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas**. Madri: Civitas, 1998.

LORENZETTI, Ricardo L. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. 2ª ed. rev. e atual. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MALICIA, Amanda. **Evolução histórica do crime de corrupção**. www.jus.com.br, 14 abril 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38147/evolucao-historica-do-crime-de-corrupcao>>. Acesso em: 25 fevereiro 2023.

MARINONI, Luiz G. **O STJ enquanto Corte de Precedentes - Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema**. 4ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MARQUES NETO, Floriano D. A.; CYMBALISTA, Tatiana M. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista Síntese Direito Administrativo Edição Especial “25 Anos da Lei de Improbidade Administrativa”**, São Paulo, 2017. Acesso em: 06 junho 2023.

MARQUES NETO, Floriano D. A.; FREITAS, Rafael V. D. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARQUES, Claudia L. Diálogo das Fontes. In: ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN, Claudia L. M. L. R. **Manual de direito do consumidor**. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Tiago D. C.; JACOBSEN, Gilson. **Microsistema anticorrupção e acesso à justiça: inspiração nas qui tam actions**. Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça, v. 8, p. 01-14, jul/dez 2022. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/368822800_MICROSSISTEMA_ANTICORRUPCAO_E_ACESSO_A_JUSTICA_INSPIRACAO_NAS_QUI_TAM_ACTIONS>.

MAZIEIRO, Otávio R. L. **Consensualidade no Combate à Corrupção: Pluralidade de agentes legitimados e necessidade de adequação institucional**. In: OLIVEIRA, Coord. G. J. D.; BARRR, Org. Wilson A. D. B. F. **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020.

MAZZUOLI, Valério O. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3ª. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MELLO, Celso A. B. D. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Shirlei S. D. F.; MAIOLI, Patrícia L.; ABATI, Leandro D. P. **O acordo de leniência como corolário do princípio da consensualidade**, Belo Horizonte, n. 45, jan./mar. 2014. 153-167.

MENDONÇA, Fabiano A. D. S. **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia**: igualdade perante o Judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

MOREIRA NETO, Diogo D. F. **Novos institutos consensuais da ação administrativa**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 231, jan-mar/2003 2003.

MOREIRA NETO, Diogo D. F.; FREITAS, Rafael V. D. **A juricidade da Lei Anticorrupção**: reflexões e interpretações prospectivas. Vol. nº 156. Belo Horizonte: Fórum Administrativo - FA, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo D. F.; GARCIA, Flavio A. **A principiologia no Direito Administrativo Sancionador**. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, p. 9-28, out/dez 2013.

NALINI, José R. **Anotações sobre corrupção e honestidade**, out 1999. 439-456.

NIEBUHR, Karlin O. **O alcance do art. 26 da LINDB**. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. D. E. A. (.). **Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – anotada**: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. São Paulo: Quartier, v. 2, 2019.

NOBRE JÚNIOR, Edilson P. **Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, janeiro/março 2000. ISSN 219.

NOTA TÉCNICA - 5CCR/MPF, 5ª C. D. C. E. R.-. www.mpf.mp.br. **Ministério Público Federal**, 20 novembro 2017. Disponível em: <<https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5>>. Acesso em: 10 março 2023.

OLIVEIRA, Gustavo J. D. **Participação administrativa**. In: OSÓRIO, Fábio M. S.; VILELA, Marcos J. **Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo J. D.. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, José R. P.; GROTTI, Dinorá A. M. **Direito Administrativo Sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. Interesse Público - IP, p. 83-126, 2020.

OLIVEIRA, José R. P.; GROTTI, Dinorá A. M. **Consensualidade no Direito Administrativo Sancionador: Breve análise do ajustamento disciplinar**. A Revista do Administrador Público, São Paulo, Março 2022.

ONU, Pacto G. D. www.pactoglobal.org.br. **Pacto Global Rede Brasil**. Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br/10-principios>>. Acesso em: 5 maio 2023.

OSÓRIO, Fábio M. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OSÓRIO, Fábio M. **Teoria da improbidade administrativa**. 3ª ed, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013..

OSÓRIO, Fabio M. **Compliance Anticorrupção: Aspectos Gerais**. In: CUEVA, Ricardo V. B.; FRAZAÃO, Ana (. **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PALMA, Juliana B. D. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PALMA, Juliana B. D. **O Autorrelato e o novo papel do particular na apuração de ilícitos administrativos**. In: COORDENADORES, et al. **Justiça Consensual - Acordos criminais, cíveis e administrativos**. São Paulo: JusPodivm, 2022.

PEREIRA, Flávio H. U. (.). **Segurança jurídica e qualidade das políticas públicas**. Senado Federal, 2015

PEREIRA, Leydomar N. **Solução Consensual na Improbidade Administrativa**. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

PIASSENTINI, Laís. www.ibgc.org.br. **Instituto Brasileiro de Governança Corporativa**, 22 agosto 2019. Disponível em: <[PINHEIRO, Igor P. **O Sistema Brasileiro Anticorrupção: análise histórica e aspectos críticos**. Dissertação de mestrado na Universidade de Lisboa, 2019.](https://ibgc.org.br/blog/panorama-regulatorio-corrupcao-privada#:~:text=O%20PL%20descreve%2C%20em%20linhas,atividades%20econ%C3%B4micas%20financeiras%20ou%20comerciais%E2%80%9D.>. Acesso em: 10 fevereiro 2023.</p></div><div data-bbox=)

PINHEIRO, Igor P.; ZIESEMER, Henrique D. R. **Nova Lei de Improbidade Administrativa Comenta**. Leme: Mizuno, 2022.

POZZO, Augusto; OLIVEIRA, José. **Lei de Improbidade Administrativa Reformada**. Revista dos Tribunais, 2022.

PRADO, Fabiana L. Z. D. **Reflexões sobre o Acordo de Não Persecução Cível**. Goiânia: Boletim do MP de Goiás, 2020.

REALE, Miguel. Direito e Planificação. **Revista Direito Público - RDP**, São Paulo, v. 24/93., abr/jun 1973.

ROCHA, Alessandra G.; CHIZOTTI, Camila C. Decreto do Estado de São Paulo regulamenta Lei Anticorrupção e garante efetividade a procedimentos administrativos à corrupção e ouvidoria. **Estadão**, São Paulo, 2019. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/fausto-macedo/decreto-do-estado-de-sao-paulo-regulamenta-lei-anticorrupcaoogarante-efetividadeaprocedimentos-administrativos/>" (Bittencourt, 2015)>. Acesso em: 22 maio 2023.

SÃO PAULO, Estado. **Nota Técnica nº 02/2020, da Procuradoria-Geral de Justiça do MPSP**.2020

SÃO PAULO, Estado D. **Resolução 1.193/2020-CPJ**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2020.

SCHIRATO, Vitor R. **As partes do processo administrativo: os papéis da Administração Pública na Lei de Federal de Processos Administrativos**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, outubro-dezembro 2011. ISSN 46.

SCHWIND, Rafael W. **Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: Normas de Sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública**. In: OLIVEIRA, Gustavo J. D.; FILHO, Wilson A. D. B. **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020.

SENÃ, Jorge F. M. **La Corrupción: Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos**. Barcelona: Gedisa, 2002.

SILVEIRA, Renato D. M. J. **O acordo de leniência na Lei Anticorrupção**. nº 947. ed. Vol. 103. Brasília: Revista dos Tribunais - RT, 2014.

SUNFELD, Carlos A. A Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro e sua renovação. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. D. E. A. (.). **Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro - anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

TORRES, Ronny C. L.; BALTAR NETO, Fernando F. **Direito Administrativo**. 3ª ed. Salvador: Juspodium, 2013.

UNIÃO, Controladoria-Geral D. **Manual de Responsabilização de Entes Privados**.

VALLE, Vivian C. L. L. **O Acordo Administrativo entre o Direito Público e o Direito Privado: Emergência de uma Racionalidade Jurídico-Normativa Público-Privada?** In: OLIVEIRA, Gustavo J. D. (.); BARROS FILHO, Wilson A. (.) **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020.

VIANA, Camila R. C. **O artigo 26 da LINDB e a consolidação do direito administrativo consensual**. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. D. E. A. (.). **Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

VILLARES, Andréa L. N. **Instrumentos jurídicos consensuais para a proteção à concorrência**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil - justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WWW.CAMARA.LEG.BR. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1806128>>. Acesso em: 11 fevereiro 2023.

WWW.CAMARA.LEG.BR. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1802798&filename=Parecer-CCJC-2019-09-04>. Acesso em: 11 fevereiro 2023.

ZAFFARONI, Eugenio R. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZANONI, Fernando H. www.codigoconduta.com. **Código Conduta**, 07 fevereiro 2019. Disponível em: <https://codigoconduta.com/2019/02/07/brasil-perde-dois-pontos-no-indice-de-percepcao-da-corrupcao-e-ocupa-a-105a-posicao/?gclid=Cj0KCCQjw9deiBhC1ARIsAHLjR2DfkqbLtdGq00XykziM6GmSmo-Dk3grUsl-GrjQErm8W86W30Q_7scaAg0hEALw_wcB>. Acesso em: 05 maio 2023.

ZARDO, Francisco. **Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZAVASCKI, Teori A. **Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7ª. ed. *Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7ª. São Paulo: Revisas dos Tribunais, 2017

ZENKNER, Marcelo. **Fundamentos e controvérsias do processo administrativo de responsabilização previsto na Lei nº 12.846/2013**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 73, Rio de Janeiro, jul./set. 2019.

ZENKNER, Marcelo. **Integridade Governamental e Empresarial - Um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Corrupção e Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.