

**ATIVIDADE EMPRESARIAL E CIDADANIA: CRÍTICAS À LEI
ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA**

**BUSINESS ACTIVITY AND CITIZENSHIP: CRITICISM OF THE
BRAZILIAN ANTI-CORRUPTION LAW**

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

Pós-Doutor em Direito pela UFSC, Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR, Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Curitiba, Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), Professor de Direito Administrativo, Coordenador da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR) e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná – mateusbertoncini@uol.com.br

DANIEL FERREIRA

Pós-Doutorando pela FDUC (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUCSP, Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Curitiba, Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e sócio do FERREIRA, KOZICKI DE MELLO & MACIEL Advogados Associados – danielferreira@fkmpm.com

RESUMO

Expressa o artigo o resultado da pesquisa encetada a partir de uma metodologia crítica, voltada à análise da Lei 12.846/2013, com o objetivo de verificar os problemas dessa Lei e as consequências correspondentes. O estudo revelou uma série não exaustiva de questões bastante desafiadoras, tais como a injustificável demora na aprovação da Lei; o inusitado modelo de processo adotado para se apurar e punir os chamados atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira; a desconsideração do sistema constitucional de jurisdição adotado no Brasil; a escolha de um modelo de acordo de leniência que não estimula a apuração e a punição da corrupção; e a criação de um perdão administrativos nos processos administrativos da Lei de Licitações e Contratos Administrativos travestido de "acordo de leniência", problemas que se não impedem, dificultam sobremaneira o próprio combate à corrupção. As referidas deficiências, conclui-se, para além de desafiarem os princípios da Administração Pública previstos na Constituição de 1988, apontam para a necessidade de um controle de constitucionalidade ou de reformas legislativas que tornem a Lei Anticorrupção Empresarial brasileira realmente eficaz no combate à corrupção e à impunidade.

PALAVRAS-CHAVE: metodologia crítica; análise da Lei Anticorrupção Empresarial brasileira; combate à corrupção e à impunidade; deficiências do modelo.

ABSTRACT

The article expresses the result of a research done by a critical point of view on the analysis of Law 12,846 / 2013 in order to verify the problems on that Act and the corresponding consequences of it. The study revealed a non-exhaustive series of very challenging issues, such as unjustifiable delay in the approval of the Law; the unusual model of process adopted to investigate and punish so-called detrimental acts to the

public, national or foreign administration; the disregard of constitutional jurisdiction model adopted in Brazil; the adoption of a leniency agreement model that does not stimulate the investigation and punishment of corruption; and the creation of an administrative pardon in the administrative processes of the Public Procurement Law and Administrative Contracts disguised as "leniency agreement" problems that do not prevent, greatly hampering own fight against corruption. These deficiencies, indicate, in addition to challenging the principles of public administration provided by the 1988 Constitution, pointing to the need for a judicial review or legislative reforms that make the Brazilian Corporate Anti-Corruption Law truly effective in fighting corruption and impunity.

KEYWORDS: critical methodology; analysis of the Brazilian Corporate Anti-Corruption Law; fight against corruption and impunity; deficiencies of the model.

INTRODUÇÃO

A corrupção não é um problema localizado, mas uma questão global, com negativos reflexos na Democracia e na Administração Pública em todos os quadrantes, consoante revelam as convenções contra a corrupção, especialmente a Convenção da Organização das Nações Unidas Contra a Corrupção e a Convenção da Organização para o Comércio e o Desenvolvimento Econômico, essa última, fonte do compromisso assumido pelo Brasil junto à OCDE, de legislar contra a corrupção cometida por funcionário público estrangeiro em transação comercial internacional, que levou o País em 2002 a reformar o seu Código Penal, e em 2013 a criar a Lei Anticorrupção Empresarial – Lei 12.046/2013.

A pesquisa adotou uma perspectiva metodológica que se distanciou da clássica análise focada no positivismo jurídico, para empregar como instrumental a crítica

baseada no pensamento de Warat (1994), que tenta desvelar não o que é evidente, mas aquilo que está por trás dos diplomas normativos, tais como a ideologia e as subterrâneas intenções de um legislador que se esconde no culto à impessoalidade da lei e dos órgãos que fazem as leis, mas, que, na realidade, exercem o poder em nome de ideologias e objetivos reais, segundo o específico interesse de grupos de pressão, cuja identificação não é tarefa fácil.

A partir desse olhar crítico, é que se analisou a Lei 12.846/2013, instituidora no sistema jurídico brasileiro da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, em razão da prática de atos lesivos à administração pública, nacional e estrangeira.

Apesar dos problemas que serão apresentados no decorrer desse trabalho, é possível afirmar-se que a Lei 12.846/2013 também apresenta uma série de avanços que merecem ser destacados: a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica; a tipificação de atos de corrupção anteriormente não previstos na ordem jurídica brasileira; a previsão de punição da pessoa jurídica brasileira por atos lesivos cometidos contra a administração pública estrangeira; a possibilidade de se buscar em juízo a incidência das sanções não aplicadas no processo administrativo pela autoridade administrativa omissa; a provável quebra do ciclo vicioso da corrupção nas relações entre as empresas privadas e o Estado; o conseqüente surgimento de uma nova cultura empresarial contra a corrupção; a indução de uma possível redução das crises econômica e política geradas pela endêmica corrupção existente no país, questões que serão exploradas em um outro artigo científicos, haja vista o foco deste trabalho e as limitações de espaço.

No entanto, a Lei também apresenta deficiências, objeto da pesquisa levada a efeito. Sobre esse tema e em face da metodologia proposta, as questões básicas que se apresentam são as seguintes: numa análise crítica da Lei 12.846/2013, é possível se dizer que ela apresenta deficiências? Em que medida?

1. CRÍTICA À PRODUÇÃO LEGISLATIVA

A Lei 12.846/2013 não pode ser lida e interpretada somente à luz do positivismo jurídico, porquanto essa metodologia de análise centrada no texto normativo não permite a compreensão do fenômeno jurídico de forma holística, inclusive e especialmente quando se deseja apontar vícios de um dado diploma normativo.

A lei não nasce por acaso. Os antecedentes e as consequências de um novo diploma legal estão intimamente relacionados, sendo certo que uma dada lei expressa uma específica ideologia e um conjunto de percepções e interesses que se apresentaram majoritariamente no parlamento num dado momento histórico. Sem prejuízo de outros recortes, dois elementos parecem fundamentais para compreensão não exclusivamente positiva da Lei Anticorrupção, mas que certamente se refletiram no mencionado texto legal: a cultura de corrupção e as manifestações populares de 2013 ocorridas no Brasil.

Começando por essa última, percebe-se que as passeatas que tomaram as ruas em junho de 2013, motivadas pela elevação do valor das passagens de ônibus em São Paulo, transformaram-se num movimento popular espontâneo contra a aprovação da proposta de Emenda Constitucional nº 37, a chamada PEC 37, que se destinava a retirar o poder de investigação do Ministério Público brasileiro na área criminal, resultando esse movimento num verdadeiro protesto contra a corrupção e a impunidade, estigmatizadas no caso "Mensalão", julgado na mesma época pelo Supremo Tribunal Federal, e que derivou na condenação de um grande número de políticos do alto escalão da República, controlados via o pagamento de propina para a obtenção de apoio parlamentar, e de particulares com eles envolvidos na prática desses ilícitos.

Em contrapartida a esse movimento popular, o desgastado poder político brasileiro, em razão de seu permanente envolvimento em escândalos envolvendo a política e a administração pública, respondeu à população com medidas anticorrupção, dentre as quais a Lei 12.846, sintomaticamente sancionada em 1º de agosto de 2013, dois meses após o ápice dos protestos.

Um outro elemento importante de análise é a cultura de corrupção e improbidade existente historicamente no Brasil (BERTONCINI, 2007, p. 29-31), e que

lamentavelmente informa boa parte das relações políticas e de administração pública no País, o que é causa de repetidos escândalos envolvendo políticos, partidos políticos e empresas privadas, gerando crises políticas cada vez maiores e mais complexas, que paralisam a Nação. Essa verdadeira ideologia de corrupção, refletida em uma parcela dos políticos, partidos políticos e, por conseguinte, no Poder Legislativo e na alta administração pública do Poder Executivo, esporadicamente atingindo também o Judiciário, tem um potencial destrutivo do tecido social incomensurável.

Uma das consequências dessa ideologia de corrupção é a omissão legislativa ou a produção legislativa defeituosa, que dificulta ou impede o funcionamento dos órgãos de controle do Estado no combate à corrupção. Com efeito, não há um legislador único, impessoal e virtuoso, que se tem a impressão de existir ao se ler um diploma legal, que sempre se apresenta na terceira pessoa. Não, o legislador ou a legisladora é uma pessoa identificável, pertencente a uma dada agremiação política e informada por ideologias e interesses os mais diversos, inclusive aqueles muitas vezes inconfessáveis, que se revelam, de tempos em tempos, nos cada vez mais rumorosos escândalos de corrupção.

A Lei 12.846/2013 nasceu sob o influxo desses dois fatores (cultura de corrupção e as manifestações populares de 2013), dentre outros que também influenciaram esse produto legislativo, como, por exemplo, os compromissos internacionais representados pelas convenções contra a corrupção firmadas pelo Brasil, dentre as quais a própria Convenção da OCDE já referida nesse estudo.

A partir desse olhar, dessa metodologia crítica, nota-se que a mencionada Lei apresenta uma série de deficiências, tais como, exemplificativamente, a inexplicável demora na sua aprovação; o inusitado modelo de processo adotado para se apurar e punir os chamados atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira; a desconsideração do modelo constitucional de jurisdição adotado no Brasil; um modelo de acordo de leniência que não estimula a apuração e a punição da corrupção; e a criação de um perdão administrativos nos processos administrativos da Lei de

Licitações e Contratos Administrativos travestido de "acordo de leniência", problemas que se não impedem, dificultam o próprio combate à corrupção.

2. A DEMORA NA PRODUÇÃO DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL

A primeira crítica à Lei 12.846/2013 refere-se não propriamente a ela, mas à demora do Estado brasileiro – leia-se Presidência da República e Congresso Nacional – em criar a Lei Anticorrupção Empresarial, aprovada e sancionada logo após os protestos populares de junho de 2013.

Como cediço, a fonte de inspiração da Lei Anticorrupção Empresarial foi a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris em 17 de dezembro de 1997. Esse compromisso internacional foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 125, de 14 de junho de 2000, e promulgado por intermédio do Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, publicado no Diário Oficial da União de 1º/12/2000.

Por essa Convenção, o Brasil assumiu, dentre outros compromissos, o de legislar sobre a corrupção de funcionário público estrangeiro, bem como a respeito da responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção. No primeiro caso, o Código Penal foi reformado pela Lei 10.467, de 11 de junho de 2002, que incluiu no CP os crimes de “corrupção ativa em transação comercial internacional” (art. 337-B) e de “tráfico de influência em transação comercial internacional” (art. 337-C), além do conceito de “funcionário público estrangeiro” (art. 337-D).

Nesse contexto histórico, pode-se afirmar que foi razoável o prazo para a alteração do Código Penal, realizada aproximadamente dois anos depois da promulgação do Decreto nº 3.678/2000. Diversamente disso, os 13 (treze) anos de demora para a produção da Lei Anticorrupção Empresarial foram exagerados, deixando irresponsável e impune a pessoa jurídica por atos de corrupção, assim como

aberto o campo para a grave ambiência de improbidade vivida pelo Brasil desde sempre, e mais agudamente nos últimos tempos.

Como inexistente no Direito Penal brasileiro a possibilidade de se punir a pessoa jurídica por crimes contra a administração pública, nacional ou estrangeira, ou com base nos tipos penais da Lei de licitações e Contratos Administrativos, o resultado dessa lacuna foi a absoluta impunidade das pessoas jurídicas envolvidas com a prática desses ilícitos, somente agora alcançáveis por meio da Lei 12.846, de 02 de agosto de 2013, que passou a vigorar 180 dias após a sua publicação, ou seja, no dia 02 de fevereiro de 2014. Considerando a data do Decreto que promulgou a Convenção da OCDE, foram 14 anos de espera para se autorizar a punição direta e independentemente da pessoa jurídica por atos de corrupção.

A pergunta que necessita ser feita é a seguinte: tivesse a Lei 12.846/2013 sido criada no início dos anos 2000, os escândalos do “Mensalão” ou “Petrolão” teriam ocorrido?

Diante do cunho pragmático desse questionamento, cujo adequado enfrentamento exigiria uma pesquisa de campo baseada em regras à época ainda inexistentes, não há como se responder a essa questão com o rigor metodológico desejado. No entanto, tudo indica que o quadro poderia ser outro, menos desolador do que esse vivido contemporaneamente.

A demora na criação da Lei 12.846/2013 pode ser atribuída, dentre outros fatores, a ambiência de corrupção vivida no Poder Executivo, especialmente nos altos escalões da República e no Congresso Nacional, cujos escândalos têm revelado a participação de ministros, parlamentares e dirigentes de estatais, além de poderosos empresários e empresas privadas.

Embora não interessasse à maioria da população e ao interesse público primário, muita gente e muitas empresas fornecedoras do Estado ganharam dinheiro e poder com a corrupção no Brasil, consoante amplamente revelado, exemplificativamente, pelos escândalos da Petrobrás e do “Mensalão”, representativos dos problemas advindos da corrupção, precisamente apontados no preâmbulo da Convenção Interamericana contra a Corrupção.

A perda de uma oportunidade de um Brasil melhor com a aludida omissão legislativa nesses 14 anos de vazio legislativo parece evidente, perda essa irrecuperável.

3. O INUSITADO MODELO DE PROCESSO ADOTADO PARA SE APURAR E PUNIR OS CHAMADOS ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NACIONAL OU ESTRANGEIRA

O segundo ponto negativo que merece ser destacado na Lei Anticorrupção Empresarial são os processos destinados à responsabilização da pessoa jurídica.

Segundo a Lei, os atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, definidos em seu art. 5º,¹ estão sujeitos à “responsabilização administrativa” (arts. 6º a 15) e à “responsabilização judicial” (arts. 18 a 21).

¹ 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;

Para um ilícito há dois processos: o processo administrativo, levado à efeito pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com competência para aplicar as sanções de multa e de publicação extraordinária de decisão condenatória;² e o processo judicial a ser movido pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, igualmente legitimado,³ para aplicar as sanções de perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; suspensão ou interdição parcial de atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica; e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.⁴

Esse modelo processual representa uma novidade no sistema jurídico brasileiro, porquanto é da tradição do Direito pátrio que, para cada modalidade de responsabilidade, haja um único tipo de processo, consoante se extrai da garantia

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.

² Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

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

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

³ Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

⁴ Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

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

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

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

constitucional ao devido processo legal, insculpida no inc. LIV do art. 5º da Constituição de 1988.⁵

Como cediço, a responsabilidade criminal é levada a efeito por intermédio da ação penal, regulada pela lei processual penal; a responsabilidade civil, de natureza indenizatória, concretiza-se via ação civil, definida na lei processual civil; a responsabilidade disciplinar é aplicada mediante o processo administrativo; a responsabilidade por ato de improbidade administrativa é efetivada com base na ação de improbidade administrativa, regulada na lei processual civil. Em nenhum caso, para um mesmo ilícito, existe a previsão de dois processos, um administrativo e outro judicial.

De modo inusitado, o ato lesivo contra a administração pública, nacional ou estrangeira, previsto no art. 5º da Lei 12.846/2013, exige para a sua punição dois processos, um administrativo, para aplicar determinadas sanções; outro judicial, para pesquisar bloco diverso de punições previstas na mesma Lei e para os mesmos fatos ilícitos.

Trata-se de uma solução, no mínimo, exótica, de um monstro com duas cabeças, que provavelmente trará problemas relacionados à incompatibilidade dos julgamentos administrativo e judicial, gerando desnecessariamente insegurança jurídica e impunidade. Corre-se o risco, pelo mesmo fato ilícito, de uma condenação judicial de pessoa jurídica absolvida administrativamente; ou que se tenha a condenação administrativa, com as sanções já cumpridas (multa e publicação da decisão condenatória), e a absolvição judicial por idêntico ato lesivo.

E essa mesma lei prevê a possibilidade de o Ministério Público pleitear, em ação judicial, as mesmas sanções a que se sujeitaria a pessoa jurídica no âmbito da responsabilização administrativa que apenas não se deu por omissão da autoridade

⁵ Art. 5º (...):

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...).

administrativa (art. 20),⁶ o que reforça a tese de que se está diante de um único ato lesivo, nada justificando a existência de dois processos.

Assim, a solução baseada na autonomia das instâncias penal, civil e administrativa não se aplica à Lei 12.846/2013, pois não se está diante de instâncias autônomas de responsabilidade, mas de uma mesma instância, por uma única modalidade de fato ilícito, o da responsabilidade por ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira, ou seja, a um tipo de responsabilidade sujeito ao mesmo regime jurídico, mas que prevê 2 (dois) processos distintos para apuração – dualidade processual – e eventual punição, abrindo brecha para a inaceitável possibilidade de decisões contraditórias dentro de um mesmo regime jurídico de responsabilidade, violando o constitucional princípio da segurança jurídica.

Parece ter ocorrido, para além do açodamento do legislador que aprovou o projeto a “toque de caixa”, em razão da pressão popular havida nas manifestações de 2013, a criação de um modelo anômalo, que foge ao padrão do sistema jurídico nacional, sem uma justificativa ponderável, ferindo o invento o princípio constitucional da razoabilidade e o princípio da segurança jurídica, além de se encontrar em descompasso com o modelo de jurisdição adotado no Brasil.

4. A DESCONSIDERAÇÃO DO MODELO DE JURISDIÇÃO ADOTADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Uma terceira crítica ainda está relacionada ao processo, especialmente ao processo administrativo previsto na Lei 12.846/2013: a ausência de uma jurisdição administrativa, diversamente do que ocorre na Itália.

Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 124):

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

No Direito brasileiro, ao contrário do que ocorre na maioria dos países europeus continentais, há unidade de jurisdição. Isto é, nenhuma contenda sobre direitos pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, conforme o art. 5º, XXXV, da Constituição. Assim, não há órgãos jurisdicionais estranhos ao Poder Judiciário para decidir, com esta força específica, sobre as contendas entre Administração e administrados.

Isso acarreta sérios problemas para se eleger o processo administrativo como mecanismo para se combater a corrupção praticada por empresas privadas nas múltiplas esferas governamentais da federação brasileira, ou seja: a União e as entidades de sua Administração Indireta; 26 (vinte e seis) Estados-membros e suas Administrações Indiretas; o Distrito Federal e sua Administração Indireta; e mais de 5561 (cinco mil, quinhentos e sessenta e um) Municípios e suas Administrações Indiretas, muitos dos quais sem condições técnicas de fazer valer o processo administrativo.

Não havendo uma jurisdição administrativa, qual autoridade, dentre as milhares possíveis, julgará os processos administrativos por ato lesivo à administração pública?

O quadro é simplesmente caótico, especialmente no âmbito dos Municípios e dos Estados mais pobres da federação brasileira, podendo esse contexto ser fonte de mais impunidade e mais corrupção, haja vista a ausência de uma jurisdição específica para o processo administrativo, com julgadores dotados das garantias constitucionais da Magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos), para o julgamento dos graves atos lesivos contra a administração pública, previstos na Lei 12.846/2013.

Além disso, essa competência administrativa parece contrariar a garantia constitucional inscrita no inc. LIII do art. 5º da Constituição de 1988, que estabelece que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Parece surreal que as pessoas jurídicas no Brasil tenham essa garantia somente no que se refere a uma parcela da Lei, ou seja, aquela que trata da responsabilização

judicial (arts. 18 a 21), nada garantindo quem será a autoridade responsável pelo processo administrativo, cuja competência pode, inclusive, ser delegada.⁷

O processo administrativo de responsabilização para além de não atender a referida garantia, não parece recomendável, haja vista a endêmica corrupção administrativa existente no país, envolvendo os atores desse modelo de processo.

Com efeito, a história demonstra que os grandes casos de corrupção na esfera pública são cometidos em conluio com as autoridades dos altos escalões do Estado, independentemente se federal, distrital, estadual ou municipal, pois é da incumbência dos chefes do Poder Executivo deflagrar processos licitatórios, celebrar contratos administrativos e autorizar pagamentos. Nessa perspectiva, parece utópico que essas mesmas autoridades também estejam incumbidas de fazer valer o processo administrativo sancionador, deflagrando-o para punir empresas privadas por atos de corrupção com os quais estiveram envolvidas.

A corrupção é delito de mão dupla - não há corrupção privada se não houver corrupção pública e vice e versa. Logo, quem comete atos de corrupção não pode em seguida instaurar o processo administrativo punitivo contra a pessoa jurídica coautora e julgá-lo ao final. O impedimento salta aos olhos.

Não se deve esquecer que o processo administrativo punitivo brasileiro, por não ser julgado por uma jurisdição administrativa, concentra na mesma autoridade o poder de instaurar e julgar o processo, numa relação jurídica bilateral, e não triangular, típica do processo judicial.

Tudo indica que o conluio será estratégica e silenciosamente mantido, para que os ganhos da corrupção sejam preservados e as responsabilidades criminal, civil, política e por ato de improbidade administrativa não sejam deflagradas.

As empresas continuarão vítimas dos políticos e administradores estatais que protagonizaram os maiores escândalos da República nos últimos tempos, posto serem exatamente essas autoridades, a partir do advento da Lei 12.846/2013, as

⁷ Art. 8º (...).

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

incumbidas da instauração, do julgamento e da punição administrativa das pessoas jurídicas, com base em responsabilidade do tipo objetivo.

Em outros termos, sem uma jurisdição administrativa estruturada, que a Constituição de 1988 não prevê, não há como se falar em um processo administrativo sério nessa seara. Chega a ser irônico que a Lei Anticorrupção possa converter-se em fonte de mais corrupção.

Imaginar que esse equívoco legislativo não tenha sido pensado nos gabinetes em Brasília é algo difícil de acreditar. Se não foi isso, trata-se de erro grosseiro inescusável. Independentemente da causa, a falha merece retificação para se suprimir o processo administrativo da Lei 12.846/2013, reservando-se ao Poder Judiciário, com exclusividade, o julgamento da ação civil pública por ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira, aplicando-se às pessoas jurídicas, na sua inteireza, as garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV) e do juiz natural (art. 5º, LIII), ausentes no teratológico processo administrativo da Lei 12.846/2013.

5. UM MODELO DE ACORDO DE LENIÊNCIA QUE NÃO ESTIMULA A APURAÇÃO E A PUNIÇÃO DA CORRUPÇÃO

A quarta crítica dirige-se ao acordo de leniência.⁸ O acordo de leniência previsto na Lei 12.846/2013 apresenta dois problemas: a ausência de previsão de participação do Ministério Público como autor ou fiscal do acordo, e a não extensão dos efeitos da avença às pessoas físicas responsáveis pelos estratagemas que produziram os atos lesivos descritos no art. 5º da Lei.

⁸ A Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015, publicada no Diário Oficial da União de 21 de dezembro de 2015, alterou o modelo de acordo de leniência previsto na Lei 12.846/2013. Essas mudanças, no entanto, não estão sendo tratadas nesse texto por dois motivos: (1) são mudanças não definitivas do texto legal, porquanto ainda demandam aprovação, rejeição ou alteração pelo Congresso Nacional brasileiro; e (2) no momento histórico em que esse trabalho foi apresentado no I Congresso Ítalo-Brasileiro de Direito Administrativo e de Direito Constitucional, a aludida Medida Provisória ainda não havia sido editada.

Embora o Ministério Público seja a instituição, por excelência, vocacionada para combater a corrupção e defender o Patrimônio Público, por intermédio da ação penal pública, do inquérito civil e da ação civil pública, segundo a Constituição de 1988,⁹ o legislador – que não é isento e não é impessoal – foi silente em relação à participação dessa Instituição na celebração e na fiscalização do acordo de leniência, atribuindo-se essa tarefa, com exclusividade, à autoridade máxima de cada órgão ou entidade, à qual podem ser estendidas as mesmas críticas anteriormente aduzidas. Sendo ela, via de regra, a responsável pelos atos de corrupção, por deter as competências para deflagrar e homologar as licitações e celebrar os contratos administrativos, como encarregá-la, privativamente, da celebração dos acordos de leniência?

Considerando a endêmica corrupção existente no Brasil, muito provavelmente as empresas privadas interessadas em contribuir com a Justiça poderão ser impedidas de celebrar esse tipo de acordo, haja vista serem essas autoridades, consoante o cotidiano nacional, as mesmas envolvidas nos casos de corrupção.

Como sabido, cabe à autoridade máxima de cada órgão ou entidade deflagrar o processo licitatório, homologar o seu resultado, adjudicar o bem licitado, celebrar o contrato administrativo, instaurar o processo administrativo da Lei Anticorrupção Empresarial e julgá-lo, sem se olvidar da competência para firmar o acordo de leniência. Essa concentração de poderes nas mãos da autoridade hierarquicamente superior é enorme, devendo o exercício dessa gama de atribuições ser fiscalizado por órgão externo, dotado de autonomia e independência, garantias essenciais para o efetivo exercício da atividade de controle. Esse órgão, no trato constitucional brasileiro, é o Ministério Público.¹⁰

⁹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...).

¹⁰ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Da forma como a Lei 12.846/2013 definiu a competência para firmar o acordo de leniência, se a autoridade máxima do órgão estiver envolvida com a prática do ato lesivo, esse agente público jamais terá interesse na celebração desse tipo de pacto, daí a importância de se legitimar o Ministério Público para firmar acordo de leniência, se o que se deseja é o combate à improbidade (BERTONCINI, GUIMARÃES, GUARAGNI; CAMBI, 2015, p. 42-45).

Por outro lado, não se atribuindo a fiscalização do acordo ao Ministério Público quando ele não é o seu autor, corre-se o risco da celebração de avença que prejudique a ação penal pública – no caso dos crimes contra a administração pública e naqueles previstos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos – e a ação civil pública,¹¹ seja por ato de improbidade (Lei 8.429/1992) ou por ato lesivo (Lei 12.846/2013), a ser proposta pela Instituição. O interesse direto do Ministério Público nos termos do acordo de leniência justifica sobremaneira que ele fiscalize e concorde com a avença, de modo a harmonizar a atuação dos órgãos de controle interno e de controle externo, a bem do interesse público primário.

Poder-se-ia também pensar no Tribunal de Contas. Ocorre que essa instituição constitucional tem a desvantagem de não estar legitimada para a ação civil pública e para a ação penal pública, não detendo legitimidade para fazer valer os termos da Lei Penal, da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção Empresarial, tal como definido nesses instrumentos legislativos.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

¹¹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...).

6. A NÃO EXTENSÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA ÀS PESSOAS FÍSICAS

A não extensão do acordo de leniência às pessoas físicas ligadas à pessoa jurídica é uma outra carência da Lei 12.846/2013. Isso exporá tais pessoas naturais a risco de punição criminal, civil ou por ato de improbidade administrativa, o que certamente inibirá a realização do acordo. No fundo, o modelo promove um verdadeiro “pacto de silêncio”. Em outras palavras: ninguém contará nada para não ser punido.

A Lei como está não deve estimular propostas de leniência. O modelo, em última análise, reforça a cumplicidade entre os autores privados e públicos dos atos lesivos à administração pública. A exclusão das pessoas naturais do alcance do acordo de leniência, especialmente os ligados à pessoa jurídica, impõe o pacto pelo silêncio entre o dirigente corruptor da pessoa jurídica e o agente público corrupto, o que resulta na preservação da danosa cultura de corrupção presente na esfera pública nacional. Sem alcançar a pessoa física, é evidente que essa não se sentirá estimulada a elucidar os atos lesivos à administração pública, revelando os agentes públicos corruptos e ímprobos que lesam o Estado e a sociedade brasileira.

Seria de bom grado que os legisladores reformassem a Lei 12.846, aproximando-a do modelo de leniência previsto na Lei 12.529/2011, conferindo-lhe efetividade (BERTONCINI, 2014, p. 211).

À toda evidência, o art. 16, § 2º, da Lei 12.846/2013¹² necessita ser reformado, de modo a se garantir os benefícios do acordo de leniência às pessoas físicas envolvidas na prática dos atos lesivos previstos no art. 5º, e não somente à pessoa jurídica, para que o mecanismo se torne eficaz no combate da corrupção. Ao não se beneficiar os representantes da entidade, pessoas físicas que expressam a sua vontade e que estão expostas à punição criminal, civil e por ato de improbidade administrativa, não há como se esperar que esse tipo de acordo seja pactuado.

Tal omissão legislativa não se justifica, pois já existia no Direito brasileiro um modelo de acordo de leniência beneficiando a pessoa jurídica e as pessoas físicas

¹² Art. 16. (...):

§ 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

envolvidas (Lei 12.529/2011), equívoco que pode ser atribuído ao açodamento na aprovação do projeto e/ou a inconfessáveis interesses de grupos de pressão.

7. O PERDÃO ADMINISTRATIVO NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TRAVESTIDO DE "ACORDO DE LENIÊNCIA"

O art. 17 prevê o acordo de leniência em razão de hipóteses de descumprimento do contrato administrativo, total ou parcialmente (arts. 86 e 87 da Lei 8.666/1993), além dos casos do art. 88, incs. I, II e III da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.¹³ Trata-se de mais um dispositivo problemático da Lei Anticorrupção Empresarial.

Ocorre que, somente nas hipóteses do art. 88, incs. II e III, da Lei 8.666/1993,¹⁴ é possível a realização do acordo de leniência tal como está previsto no art. 16 da Lei 12.846/2013, ou seja, com as seguintes finalidades: “a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber” (I); e “a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração” (II).

Nas demais hipóteses da Lei 8.666/1993 – arts. 86, 87 e 88, inc. I –,¹⁵ a autoria é conhecida e a prova evidente, nada justificando o acordo de leniência.

¹³ Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

¹⁴ Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

¹⁵ Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...).

Permitir o acordo de leniência nessas hipóteses importaria na transgressão dos fins desse instituto, no desvio de finalidade do instrumento, transformando-o em mero perdão administrativo, para isentar a empresa de sanções administrativas, ou para atenuá-las, prestigiando a violação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o descumprimento dos contratos administrativos e a ineficiência das empresas fornecedoras de bens e serviços para a administração pública, em clara desatenção e desprestígio ao princípio constitucional da eficiência (BERTONCINI, 2014, p. 219-220).

Tal como redigido, o dispositivo corrompe, literalmente, a natureza do acordo de leniência, transformando-o em perdão administrativo ou em causa de redução de sanção administrativa, o que é inadequado, pois estimula o inadimplemento contratual ao fragilizar sobremaneira a possibilidade de se punir a contratada pelo descumprimento total ou parcial da avença.

Por outro lado, o dispositivo abre espaço para mais corrupção, pois o agente público, sabedor dessa possibilidade e a empresa privada ciente das vantagens do acordo, poderão se ajustar via corrupção, o que merece ser impedido. Em outras palavras: a disposição induz a prática da corrupção, o agente público vendendo o discricionário benefício, e a pessoa jurídica comprando a vantagem disponibilizada, no lugar de cumprir com o contrato administrativo firmado, em prejuízo do interesse público primário.

O modelo legal parece não se encaixar às “razões de não sancionamento”, de “índole ética” ou de “índole econômica”, de que trata a doutrina (FERREIRA, 2009, p. 334-336).

A violação do princípio da razoabilidade proporcionada pelo dispositivo beira a inconstitucionalidade, merecendo o art. 17 uma interpretação conforme a Constituição, para somente ser aplicado nas hipóteses dos incs. II e III do art. 88 da Lei 8.666/1993, consoante o pensamento de Costódio Filho:

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:
I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; (...).

Acreditamos que tal dispositivo do art. 17, se interpretado amplamente, estendido a todas as hipóteses compreendidas nos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993, não resiste ao juízo de constitucionalidade pelo prisma da razoabilidade que integra o princípio constitucional do devido processo legal substantivo/material (*substantive due process of law*), como já decidiu o STF: (...).

Por isso, enquanto o legislador não procede ao reparo do seu erro e revoga tal regra ou melhora sua redação, restringindo sua incidência às hipóteses dos incs. II e III do art. 88 da Lei 8.666/1993, resta esperar que a Administração não recorra a esse mecanismo no âmbito da Lei de Licitações e que o Judiciário proceda à interpretação conforme com a Constituição, afastando sua aplicação em concreto fora daqueles casos (COSTÓDIO FILHO; SANTOS; BERTONCINI, 2015, p. 295-297).

Se esse art. 17 é fruto da pressão do legislador ou é resultado do trabalho de grupos de pressão na salvaguarda ilegítima de seus inconfessáveis interesses, não se sabe e nunca a sociedade brasileira saberá. Certo, no entanto, é que o art. 17 da Lei Anticorrupção merece ser reformado, para que se resgate a razoabilidade, a moralidade e a eficiência, princípios constitucionais, *a priori*, violados pela disposição.

CONCLUSÃO

A título de conclusão, é adequado se afirmar que a Lei 12.846/2013 merece ser preservada naquilo que tem de positivo e alterada nos aspectos acima referidos, que potencialmente estimulam a corrupção ao invés de arrostá-la, expondo a risco a cidadania e o princípio constitucional da probidade administrativa, que descende, na lição de Juarez Freitas (1999, p. 98-100), do princípio da moralidade.

Imaginar que os equívocos legislativos apontados são frutos do acaso é algo difícil de acreditar, haja vista a força da corrupção, levada a efeito pelos grupos de pressão. Tratam-se de erros grosseiros inescusáveis. O que importa, independentemente das causas, é que o jurista se mantenha atento à produção legislativa, pesquisando a real motivação da lei e analisando os possíveis reflexos da obra do legislador, que não é isenta, mas movida por ideologias e interesses.

Acrescentar esse olhar crítico ao olhar positivista é essencial, também para apontar as retificações necessários, em vista do interesse público primário.

Os antídotos possíveis aos problemas encontrados devem ser enxergados não apenas na perspectiva do aperfeiçoamento do diploma normativo, mas também de se fazer valer os valores constitucionais que devem informar a Administração Pública brasileira, na proteção da sociedade e de seus mais lícitos interesses, informados que são pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, cujas letras iniciais formam a sugestiva sigla “LIMPE”.

Para se aprimorar a Lei, é urgente a reforma dos seus arts. 16 e 17, atribuindo-se ao Ministério Público a autorização para celebrar e fiscalizar o acordo de leniência, bem como estendendo os benefícios do acordo para os particulares representantes da pessoa jurídica. Especificamente quanto ao art. 17, a aplicação do acordo de leniência deve restringir-se às hipóteses dos incs. II e III do art. 88 da Lei 8.666/1993.

Por fim, é necessário se suprimir o processo administrativo como mecanismo para aplicação das sanções da Lei 12.846/2013, porquanto esse processo, no âmbito do combate à corrupção envolvendo pessoa jurídica, conflita com os constitucionais princípios do devido processo legal e do juiz natural.

Como se viu, essa modalidade de processo pode ser palco de numerosos conflitos de interesse, pois está em mãos da autoridade máxima de cada órgão ou entidade estatal as competências para deflagrar, homologar e adjudicar o bem ou serviço licitado no processo licitatório; celebrar e fiscalizar a execução do contrato administrativo, inclusive determinando a instauração e sancionando o contratado inadimplente com base nas infrações administrativas definidas na Lei 8.666/1993; instaurar e julgar o processo administrativo de que cuida a Lei Anticorrupção Empresarial; e firmar o acordo de leniência definido na Lei 12.846/2013, sem qualquer controle externo prévio ou concomitante, concentração de poderes administrativos que provavelmente produzirá arbítrio e corrupção, consoante tem revelado a experiência brasileira.

Sem a retificação das deficiências apontadas na Lei 12.846/2013, os avanços alcançados pelo referido diploma legal indicados na introdução, poderão ter seus efeitos esvaziados, adiando novamente a aproximação da atividade empresarial do desenvolvimento da cidadania, remetendo para um futuro distante e incerto a construção de uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária, prometida pela Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 32ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **“Comentários aos artigos 16 e 17”**, p. 189-220. In: **Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013**; Coordenação: Eduardo Cambi e Fábio Guaragni. São Paulo: Almedina, 2014.

_____; CHEMIM GUIMARÃES, Rodrigo; GUARAGNI, Fábio; CAMBI, Eduardo, **“Propostas do Ministério Público do Estado do Paraná de alterações legislativas no combate à corrupção e à impunidade”**. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 2 – nº 2, ago/2015. Curitiba: Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná, p. 23-45.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara; SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção**, 2ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**, 2ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução Geral ao Direito I – Interpretação da Lei: Temas para uma Reformulação**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1994.