

ARTIGOS CORRECIONAIS

COLETÂNEA

Editada pela Controladoria-Geral da União (CGU)

Brasília • novembro de 2022



ARTIGOS CORRECIONAIS

COLETÂNEA

Editada pela Controladoria-Geral da União (CGU)

Brasília • novembro de 2022

WAGNER DE CAMPOS ROSÁRIO

Ministro da Controladoria-Geral da União

JOSÉ MARCELO CASTRO DE CARVALHO

Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

ANTÔNIO CARLOS BEZERRA LEONEL

Secretário Federal de Controle Interno

GILBERTO WALLER JÚNIOR

Corregedor-Geral da União

VALMIR GOMES DIAS

Ouvidor-Geral da União

ROBERTO CÉSAR DE OLIVEIRA VIEGAS

Secretário de Transparência e Prevenção da Corrupção

JOÃO CARLOS FIGUEIREDO CARDOSO

Secretário de Combate à Corrupção

Cadernos Técnicos da CGU / Controladoria-Geral da
União

https://revista.cgu.gov.br/Cadernos_CGU

Administração Pública

A Controladoria-Geral da União respeita a opinião e o posicionamento técnico contidos nesta publicação, ao tempo que se manifesta no sentido de que não se responsabiliza pelas opiniões, ideias e conceitos emitidos nos textos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es)

Diagramação: Assessoria de Comunicação Social • Ascom/CGU

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

Setor de Autarquias Sul (SAS), Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro.CEP: 70070-905 • Brasília/DF

Telefone: (61)2020-6826 E-mail: cadernos@cgu.gov.br

www.gov.br/cgu

APRESENTAÇÃO

CADERNOS TÉCNICOS DA CGU

Os Cadernos Técnicos são publicações de natureza técnico-profissional, que visam divulgar à sociedade as experiências e boas práticas profissionais nos assuntos de competência do Órgão. A missão dos Cadernos é aprimorar a administração pública, pela difusão e promoção do conhecimento aplicado aos seguintes temas: accountability e políticas anticorrupção; controle interno e auditoria pública; governança e riscos; correição e responsabilização administrativa; transparência e controle social; integridade e ética pública; ouvidoria e participação social; e prevenção e combate à corrupção.

EQUIPE EDITORIAL DOS CADERNOS TÉCNICOS DA CGU

Editor-Chefe M. Sc. Daniel Matos Caldeira • Universidade de Lisboa, Portugal

Editor M. Sc. Bruno Dantas Faria Affonso • Universidade Federal Fluminense (UFF), Brasil

Editora Dra. Danusa da Matta Duarte Fattori • Controladoria-Geral da União (CGU), Brasil

M. Sc. Djalma Peçanha Gomes • Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS), Brasil

Editora M.Sc. Flávia Lemos Sampaio Xavier • Controladoria-Geral da União (CGU), Brasil

Editor M. Sc. Flavio Rezende Dematté • Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), Brasil

M. Sc. George Moura Colares • Controladoria-Geral da União (CGU)

Dr. Marcus Vinicius de Azevedo Braga • Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

EQUIPE EDITORIAL DA CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO

Amanda Cerqueira de Moraes

Gilberto Waller Júnior

CONTEÚDO

Entrevista • André Luiz Mendonça / Ministro do Supremo Tribunal Federal.....	7
Editorial da Controladoria-Geral da União.....	11
A atratividade dos benefícios do acordo de leniência na Lei nº 12.846/2013 (Lei anticorrupção).....	12
André Luís Schulz e Letícia Maria Vilanova De Souza Brasil	
Proposta de instituição da colaboração premiada disciplinar no ordenamento jurídico brasileiro.....	25
Reonato Da Silva Souza Júnior e Priscila Vaz Peixoto	
A inserção da lei anticorrupção (LAC), Lei nº 12.846/2013, na legislação antilavagem de dinheiro brasileira.....	38
Monique Orind Pessoa e Carlos Maurício Ruivo Machado	
Os elementos da responsabilidade objetiva prevista na lei anticorrupção.....	51
Felipe Barbosa Brandt e Renata Ferreira da Rocha	
As competências da CGU e a sanção de declaração de inidoneidade à luz da lei anticorrupção, da lei das estatais e da nova lei de licitações.....	69
Lucio Furbino Villefort e Rafael Oliveira Prado	
Da distribuição do ônus probatório subjetivo no âmbito do processo administrativo disciplinar e do processo administrativo de responsabilização.....	83
Fabian Gilbert Saraiva Silva Maia e Julia Rodrigues Lírio	
Cadeia de Custódia de Provas Digitais nos Processos do Direito Administrativo Sancionador com a adoção da tecnologia <i>Blockchain</i>.....	97
Alexandro Mariano Pastore e Manoel Augusto Cardoso da Fonseca	
A regulação de criptomoedas como instrumento de prevenção à lavagem de dinheiro.....	110
Fábio Luiz de Moraes e Rondinelli Melo Alcântara Falcão	
Modelo de Maturidade • Um avanço na gestão correcional.....	135
Eveline Martins Brito, Jorge Arzabe, Pedro Crisóstomo e Carla Cristina Gomes Arede	

Gestão de riscos de corrupção com base em dados correccionais: um estudo de caso da Administração Direta federal.....	144
Eveline Martins Brito e Renato de Oliveira Capanema	
Estudo sobre a eficácia e a eficiência do uso da ferramenta Alice como fundamento para a prevenção e o combate à corrupção no âmbito da Controladoria-Geral da União	158
Daniela de Quadros Dantas e Leandro Barbosa Martins	
Programa Time Brasil como estratégia para o aperfeiçoamento da transparência, integridade pública e participação social em governos locais	167
Keyne Tanaguchi Santos e Maria Francisca Santos Abritta Moro	
O compartilhamento de dados pessoais entre instituições públicas para fins de apuração disciplinar	175
Maria Amélia Eugênia Pinheiro e Carla Rodrigues Cotta	
Potencial de incidência da consensualidade no processo disciplinar	186
George Miguel Restle Maraschin e Ricardo Balinski	
Responsabilização de agente público por enriquecimento ilícito no direito brasileiro e em outros países	203
José Ernane Barbosa de Castro e Renata Ferreira Lima De Vasconcelos	
Principais inovações acarretadas à Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, e seus impactos na sindicância patrimonial de servidores públicos como instrumento administrativo de combate à corrupção estatal	227
Andréa Franco França e Caetano Carqueja de Lara	
Reflexões sobre a vedação ao <i>bis in idem</i> e a sobreposição de sanções da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção: Impacto das alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021 na punição de pessoas jurídicas	246
Keiko Nakayoshi e Renata Costa Bandeira de Mello	

Entrevista • André Luiz Mendonça / Ministro do Supremo Tribunal Federal

PERGUNTA I. Senhor Ministro, sob o prisma do direito comparado e de sua trajetória na Administração Pública Federal, quais são os principais desafios e quais ações considera prioritárias para avançar na operacionalização da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção)?

RESPOSTA:

Primeiramente, é importante destacar que a Lei Anticorrupção (LAC ou Lei nº 12.846/2013) veio para fins de atendimento a compromissos firmados pelo Brasil em tratados internacionais, tais como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, e a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE. Isso porque, diferentemente de outras nações, havia, no Brasil, um déficit legislativo quanto à adequada responsabilização da pessoa jurídica por ilícitos relacionados à corrupção.

Antes da Lei Anticorrupção, a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas por esses ilícitos era bastante restrita. As hipóteses ficavam centradas basicamente no enquadramento da conduta como improbidade administrativa. Isso quando a pessoa jurídica havia atuado em concurso com um agente público e desde que comprovado seu dolo ou culpa. A depender do caso, também poderiam ser aplicadas as sanções da lei de licitações, sendo que as mais graves consistiam basicamente em vedar futuras contratações públicas com a pessoa jurídica infratora. Não havia, portanto, um regime jurídico sancionador independente aplicável às pessoas jurídicas, o que gerava um déficit inclusive nas situações que fugissem ao âmbito de contratações públicas.

Nesse sentido, além de implementar referido regime jurídico sancionador, a Lei Anticorrupção trouxe inovações de extrema importância para o combate à corrupção corporativa no Brasil, dentre as quais podemos citar: a responsabilização objetiva dessas entidades; a possibilidade de celebração de acordos de leniência entre pessoas jurídicas infratoras e o Poder Público; e, incentivos à adoção de programas de *compliance* anticorrupção empresarial.

Pode-se dizer que, antes do advento da LAC, as empresas que operavam no Brasil não possuíam os incentivos adequados para implantarem um ambiente corporativo íntegro e probó. Sendo assim, a Lei passou a fomentar uma relação mais ética entre o Poder Público e o mundo corporativo. Em termos de direito comparado, é relevante o exemplo dos EUA, que foi pioneiro (i) ao prever a responsabilização de pessoas jurídicas por atos delitivos cometidos por seus empregados contra a administração pública estrangeira, com o FCPA em 1977; e, (ii) ao adotar mecanismos de justiça negociada para os referidos casos.

No que toca aos desafios para a operacionalização dessa lei, posso apontar a necessidade de disseminação da LAC. Embora já venha sendo aplicada amplamente no âmbito federal, o mesmo não se verifica em relação aos demais entes federados (Estados e Municípios), com a finalidade não apenas de sancionar, mas também de aprimorar as investigações de casos de corrupção e de incrementar a solução negociada dos casos. Para tanto, faz-se prioritária a capacitação do corpo técnico desses entes, para que usufruam do ferramental trazido por este relevante diploma legal. Essa qualificação é indispensável para que Estados e Municípios possam conduzir processos administrativos de responsabilização, celebrar acordos de leniência e avaliar programas de *compliance* anticorrupção.

Um segundo desafio se relaciona à efetiva garantia de segurança jurídica ao instituto da leniência. Sem isso, perde-se muito da atratividade para que as empresas aceitem esse tipo de solução. A possibilidade, por exemplo, de uma entidade empresarial celebrar acordo de leniência com uma instituição da Administração Pública e ser punida por outra pelos mesmos fatos relatados debilita profundamente o instituto. Isso somente é mitigado a partir de uma postura colaborativa entre os órgãos que compõem o Poder Público. Foi isso inclusive que animou o STF a intermediar a assinatura do Acordo de Cooperação Técnica entre CGU, AGU, Ministério da Justiça e TCU em matéria de combate à corrupção, de modo a otimizar a atuação dos diversos órgãos, observadas suas competências institucionais, o que reforçou sobremaneira a segurança jurídica do processo de negociação e assinatura de um acordo de leniência.

Os tribunais superiores têm buscado esse mesmo objetivo ao adotar decisões que valorizam as competências institucionais e os parâmetros legais que permitem a colaboração com o Estado e a resolução das controvérsias com resultados mais efetivos para a sociedade.

PERGUNTA 2. O arranjo constitucional pátrio estabelece um sistema de defesa do Estado alimentado pelas atividades de órgãos e entidades que atuam ora isoladamente, ora em conjunto, ora em rede. O senhor poderia discorrer sobre a natureza jurídica dos instrumentos da Lei Anticorrupção - o Acordo de Leniência e o Processo Administrativo de Responsabilização - e a relevância da articulação entre as instituições de defesa do Estado para que eles sejam efetivos?

RESPOSTA:

Como a própria pergunta aponta, o microssistema anticorrupção brasileiro se fundamenta na lógica da multiplicidade institucional, ou seja, há múltiplas instituições que desempenham funções de monitorar, investigar e responsabilizar infratores. Este modelo fornece um aumento na probabilidade de detecção e punição de ilícitos. Todavia, a efetividade desse microssistema depende sobremaneira da articulação entre as instituições que o compõem. Assim, o processo administrativo de responsabilização (PAR) e o acordo de leniência constituem exemplos nos quais a articulação institucional é de primordial importância.

Ao contrário do processo judicial (que em regra é demorado), o processo administrativo de responsabilização possibilita que empresas infratoras sejam processadas e sancionadas de forma mais célere e eficiente. Essa possibilidade cria um importante incentivo para que as empresas fortaleçam seus mecanismos de controle interno e programas de *compliance*. Ao exercerem este tipo de autorregulação, as empresas tornam-se parceiras do Estado no combate à corrupção corporativa.

No âmbito do PAR, a importância da articulação institucional se encontra no compartilhamento de conhecimento e experiências entre os órgãos de defesa do Estado para garantir a uniformização do procedimento do processo de responsabilização, bem como a disseminação de melhores práticas entre todos os órgãos.

O acordo de leniência, por sua vez, cumpre três funções de grande relevância: constitui-se em mecanis-

mo de obtenção de provas; promove a reabilitação de empresas infratoras e possibilita a efetiva recuperação de ativos aos cofres públicos. No que se refere à obtenção de provas, o instituto permite que o Estado consiga revelar condutas ilícitas que permaneceriam indetectáveis se não houvesse a colaboração da empresa. No tocante à reabilitação, o instituto impõe às empresas obrigações de *compliance* anticorrupção, o que reduz a propensão de envolvimento futuro em novos atos ilícitos. Quanto à recuperação de ativos, é relevante citar os dados do Painel de Acordos da própria CGU, que aponta que, num enxuto número de 20 acordos de leniência celebrados desde 2015, envolvendo mais de 100 empresas, houve a pactuação do retorno de cerca de R\$ 15 bilhões de reais aos cofres públicos, dos quais um total de R\$ 6,2 bilhões já foram efetivamente restituídos.

Para que o instituto do acordo de leniência cumpra os objetivos almejados pelo Estado, é fundamental que haja segurança jurídica. Isso somente pode ser alcançado mediante a cooperação entre os órgãos que compõem o microssistema anticorrupção, principalmente evitando condutas contraditórias que inviabilizem os esforços realizados por outros órgãos. Importa consignar que a CGU tem implementado diversas iniciativas nesse sentido, como a edição da Portaria Conjunta N° 04/2019, que trouxe a AGU para a mesa de negociação dos acordos; e a pactuação do Acordo de Cooperação Técnica já mencionado anteriormente, que permitiu a articulação das competências da CGU, AGU, Ministério da Justiça e TCU no processo de negociação de um acordo.

Um caso de sucesso que ilustra os benefícios da cooperação institucional foi o acordo celebrado com a empresa *Samsung Heavy Industries*, que contou com a colaboração da CGU, AGU, MPF e o *Department of Justice* do governo norte-americano e possibilitou a recuperação de R\$ 811 milhões aos cofres públicos em tempo recorde.

PERGUNTA 3. É possível identificar evolução da segurança jurídica na sistemática que a Lei nº 14.230 imprimiu à ação de improbidade administrativa? Na avaliação do senhor, existem possíveis resistências às inovações trazidas ao instituto, por razões de ordem cultural e em razão da tradição jurídica brasileira?

RESPOSTA:

Sim. Há determinados elementos da nova Lei de Improbidade Administrativa (LIA) que trouxeram maior segurança jurídica. Posso elencar três alterações.

Uma primeira mudança foi o art. 2º, § 2º da nova LIA que prevê que as suas sanções não se aplicarão em cumulação à LAC. Anteriormente, havia uma controvérsia significativa no mundo jurídico se a imputação simultânea de responsabilidade às pessoas jurídicas por meio da LAC e da LIA constituiria *bis in idem*. Este dispositivo coloca fim a este debate, esclarecendo o âmbito de aplicação de cada lei. Nesse sentido, o atual regime da LIA deixa claro algo que já parecia estar se consolidando como posição mais adequada: de que a LAC tem uma prevalência de aplicação por especialidade, não podendo haver, para os mesmos fatos e mesmas pessoas, dupla cominação de sanções.

Uma segunda mudança foi a nova redação do art. 11 da LIA, que implementou um rol taxativo para os atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública. Na redação original da LIA, adotava-se um rol meramente exemplificativo, significando que os aplicadores da lei poderiam vislumbrar outras condutas puníveis, fora das hipóteses expressamente previstas. Esta possibilidade atribuía aos aplicadores da lei um nível elevado de discricionariedade, criando um ambiente de insegurança jurídica aos gestores públicos. Assim, ao implementar um rol taxativo, diminui-se sobremaneira a possibilidade de utilização abusiva deste diploma legal. Tal alteração também parece mais consentânea com os próprios princípios de hermenêutica, inclusive impedindo a aplicação ampliada de dispositivos que, ao final, geram restrição a direitos fundamentais.

Uma terceira mudança é a nova redação do art. 17, § 6º, I, da LIA, que estabelece como requisito da petição inicial a individualização da conduta do réu e o apontamento de elementos probatórios mínimos que demonstrem a hipótese de ocorrência de ato ímprobo. Com esta mudança o legislador mitiga acusações genéricas baseadas em provas insuficientes. Além de onerarem o Poder Judiciário com ações mais tarde julgadas improcedentes, tais acusações genéricas também contribuíam para a formação de uma atmosfera de incerteza aos jurisdicionados.

Por fim, no Brasil, persiste a noção arcaica de que uma lei com teor mais rigoroso ou punitivo necessariamente trará melhores resultados para a sociedade. No entanto, a realidade não é essa. O regime sancionatório deve ser pensado de forma racional e inteligente na persecução de atores realmente coruptos. Desde a perspectiva da análise econômica do direito, o sancionamento de maneira excessivamente gravosa gera menor probabilidade de sancionamento efetivo, o que, por consequência, leva a

uma desestimação da lei e à sensação de impunidade por parte da sociedade. Por tudo isso, é importante que uma lei dessa natureza tenha conceitos claros e seja adequadamente aplicada. Enfim, penso que, em geral, as mudanças introduzidas na LIA avançaram bastante nesse sentido.

PERGUNTA 4. O artigo 159 da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), prevê que os atos nela previstos como infrações administrativas que simultaneamente sejam tipificados como atos lesivos na Lei Anticorrupção serão apurados e julgados conjuntamente. Quais as implicações que o senhor visualiza na interface entre a contratação pública e o regime sancionatório da Lei Anticorrupção?

RESPOSTA:

Sendo franco, acredito que tal artigo gera poucas mudanças práticas. Não por sua desnecessidade, mas porque, em verdade, tanto o revogado Decreto 8.420/2015 quanto o vigente Decreto 11.129/2022, destinados a regulamentar a LAC, já previam essa apuração conjunta, uma vez que os ilícitos previstos na LAC possuíam correspondência com as infrações da lei de licitações. A título de exemplo, o art. 17 da Lei 12.846/2013 já mencionava a possibilidade de celebração de acordo de leniência com pessoa jurídica responsável pela prática de ilícito previsto na Lei 8.666/1993. Assim, era de bom tom que as possíveis sanções de ambas as legislações fossem conduzidas conjuntamente, até para facilitar o direito de defesa da pessoa jurídica eventualmente implicada.

Desse modo, ao prever a apuração e julgamento conjunto de atos tipificados como ilícitos na LAC e na Nova Lei de Licitações, o art. 159 da Lei nº 14.133/2021 apenas privilegia a segurança jurídica, a eficiência e a economia processual.

PERGUNTA 5. Quais potencialidades o senhor antecipa no processo de atualização do nosso arcabouço jurídico à luz do processo de convergência com as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), especialmente nas políticas públicas anticorrupção e recuperação dos ativos?

RESPOSTA:

Especificamente com relação ao combate à corrupção, é importante destacar que o Brasil já é membro da Convenção temática da OCDE, e já teve seu arcabouço jurídico e suas instituições avaliadas nas 3 fases de monitoramento do Grupo de Trabalho An-

tissuborno (que é o mecanismo de monitoramento por pares da Convenção Anticorrupção), sendo que a quarta fase está planejada para ocorrer em 2023. Isso, por si só, já demonstra que o Brasil já vinha adotando várias medidas de estruturação legislativa e institucional conforme os padrões internacionais de combate à corrupção. Exemplo disso são as alterações que criaram a Lei Anticorrupção, a própria atualização do regime de licitações, a Lei das Estatais, e tantas outras leis aprovadas, regulamentadas e implementadas.

Ainda assim, a continuidade da atualização do arcabouço jurídico anticorrupção, segundo as diretrizes da OCDE, poderá repercutir no fortalecimento da integridade pública no Brasil. Por exemplo, um dos requisitos para a inclusão do Brasil na OCDE, ainda não cumprido, é a regulamentação do lobby, definido pela entidade como a comunicação com oficiais de governo com o intuito de influenciar leis, políticas públicas e decisões administrativas. Apesar do preconceito cultural existente contra a atividade de lobby, a sua regulamentação é considerada pela OCDE como uma boa prática de governança que visa conferir maior transparência e controle do processo decisório governamental.

Para atender a este requisito, a CGU inclusive elaborou a minuta do projeto de lei de regulamentação do lobby, o qual se encontra atualmente em trâmite no Congresso Nacional. O texto proposto pela CGU é aderente a todas as diretrizes da OCDE e prevê medidas como: divulgação pública da agenda de autoridades; criação de um regime jurídico próprio aos

representantes de interesses, constituído por obrigações e sanções a estes profissionais; obrigatoriedade de presença de dois agentes públicos em audiências com representantes de interesses; entre outras medidas. A inserção da regulamentação do lobby no Brasil, tal como preconizada pela OCDE, fomentará uma relação mais ética e transparente entre o Poder Público e agentes privados.

Sobre as políticas públicas de recuperação de ativos, deve-se frisar que agentes corruptos têm utilizado cada vez mais o sistema financeiro internacional para ocultar recursos ilicitamente obtidos. A evolução informatizada do sistema financeiro tornou a lavagem de dinheiro um crime com contornos transnacionais que desafia autoridades do mundo inteiro.

Neste contexto, a OCDE traz diversas recomendações para possibilitar a identificação de lavagem de dinheiro e posterior recuperação de ativos, que podem ser encontradas na versão atualizada da “Recomendação do Conselho para Aperfeiçoar a Luta contra a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (2021)”. Dentre as medidas elencadas pelo Organismo Internacional, encontram-se: o fomento à cooperação internacional por meio de assistência jurídica mútua entre os países; medidas de confisco; boas práticas de *compliance*; entre outras.

Tudo isso são medidas possíveis de se antever nesse aperfeiçoamento do regime jurídico pátrio para adequação das diretrizes da OCDE.

Editorial da Controladoria-Geral da União

A Corregedoria-Geral da União apresenta a presente Coletânea de Artigos Correcionais, a primeira edição dos Cadernos Técnicos da Controladoria-Geral da União dedicada a temas correcionais, com a finalidade de aprimorar a atuação da Administração pública por meio da divulgação de conhecimento aplicado à correição.

Os Cadernos Técnicos da CGU são publicações de natureza técnico-profissional, para disseminar conhecimentos e boas práticas profissionais que, até o momento, não contava com uma publicação específica voltada aos que trabalham com a área de responsabilização disciplinar e de entes privados.

Nesse sentido, esses cadernos foram pensados para a divulgação dos trabalhos apresentados no curso de Pós-graduação em Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, ofertado por esta Corregedoria-Geral da União e ministrada pela União Brasileira de Educação Católica (UBEC).

Os trabalhos apresentam as mais variadas e inovadoras temáticas, desde a distribuição do ônus da prova nos processos correcionais, perpassando pelas alterações normativas na Lei de Improbidade Administrativa e seus impactos na atividade disciplinar, pelo uso de criptomoedas na lavagem de dinheiro e ainda tratando do compartilhamento de dados pessoais constantes em processos correcionais, à luz da Lei Geral de Proteção de Dados.

Além desses trabalhos produzidos no âmbito do curso de Pós-Graduação, a presente edição conta com a entrevista concedida pelo Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, André Mendonça, sobre a nova regulamentação da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, os principais desafios na sua operacionalização e os reflexos na Lei Anticorrupção decorrentes das alterações da Lei de Improbidade Administrativa e da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Os cadernos técnicos trazem ainda dois artigos relacionados a um dos temas mais caros à presente atuação das unidades de correição: a gestão correcional. Os textos tratam de levantamento de riscos de corrupção, a partir da análise de dados correcionais, e do modelo de maturidade correcional.

Destaque para o artigo “Gestão de riscos de corrupção com base em dados correcionais: um estudo de caso da Administração Direta federal”, premiado no IX Encontro Brasileiro de Administração Pública como o MELHOR RELATO TÉCNICO do Grupo Temático 10 - Controle Social e Combate à Corrupção na Administração Pública.

Trata-se, portanto, de uma relevante ação incorporada à estratégia de atuação desta Corregedoria-Geral da União para o fortalecimento do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, com divulgação de orientações, além da disseminação de conhecimentos necessários ao desenvolvimento nacional de estratégias de atuação da correição na prevenção e combate à corrupção.

Convictos de que os profissionais das unidades de correição cumprem uma função essencial na Administração pública, contribuindo com uma gestão administrativa mais eficiente e visando ao fim último de construção de um ambiente público pautado na probidade e moralidade, desejamos boa leitura a todos!

GILBERTO WALLER JÚNIOR

Corregedor-Geral da União

A atratividade dos benefícios do acordo de leniência na Lei nº 12.846/2013 (Lei anticorrupção)

The attractiveness of the benefits of the leniency agreement in Law n. 12.846/2013 (anti-corruption law)

André Luís Schulz¹ e Leticia Maria Vilanova De Souza Brasil²

Resumo: A lei anticorrupção brasileira (Lei nº 12.846/2013) trouxe o acordo de leniência como um importante mecanismo de resolução negociada para o desmantelo de práticas corruptas. O artigo examina os benefícios do programa de leniência previstos na lei anticorrupção (LAC) comparando-os com a legislação antitruste (Lei nº 12.529/2011). O objetivo é avaliar, por meio de pesquisas bibliográficas e legislativas, se os benefícios definidos pela LAC são atrativos para que pessoas jurídicas celebrem acordos de leniência com a administração pública. A conclusão é no sentido de que a atual estrutura de benefícios não se mostra tão atrativa, apresentando lacunas e fragilidades que geram insegurança jurídica para as colaboradoras. Ao final, serão propostas algumas sugestões de melhoria para tornar o programa de leniência mais atrativo e efetivo. O método dedutivo de pesquisa pautará este artigo.

Palavras-chave: lei anticorrupção; acordo de leniência; benefícios do acordo de leniência; incentivos do acordo de leniência e leniência.

Abstract: The Brazilian anti-corruption law (Law n. 12.846/2013) brought the leniency agreement as an important negotiation mechanism for the dismantling of corrupt practices. The article examines the benefits of the leniency program provided for in the anti-corruption law (LAC) comparing them with the antitrust legislation (Law n. 12.529/2011). The objective is to assess, through bibliographic and legislative research, whether the benefits defined by the LAC are attractive for legal entities to enter into leniency agreements with the public administration. The conclusion is in the sense that the current benefit structure is not so attractive, presenting gaps and weaknesses that generate legal uncertainty for the collaborators. At the end, some suggestions for improvement will be proposed to make the leniency program more attractive and effective. The deductive method of research will guide this article.

Keywords: anti-corruption law; leniency agreement; benefits of the leniency agreement; incentives from the leniency and leniency agreement.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa volta-se ao estudo do programa de benefícios do acordo de leniência, previsto na lei anticorrupção, fazendo uma analogia com a legislação antitruste. A LAC previu no art. 16 § 2º como principal forma de incentivo a possibilidade de redução em até 2/3 da multa aplicável. Daí surge o questionamento: será que a atual estrutura de benefícios é atrativa para que pessoas jurídicas celebrem um acordo de leniência com a administração pública?

Aparentemente, a LAC introduziu um programa com abrangência muito limitada, contemplando benefícios mais restritos, haja vista que a multa aplicável poderá ser reduzida em até 2/3, mas sem trazer parâmetros objetivos para graduar esse montante conforme o caso. Também não há a possibilidade de isenção total da multa, como ocorre na legislação antitruste (Lei nº 12.529/2011) e somente há benefícios de adesão ao programa para a primeira pessoa jurídica que manifestar interesse em cooperar com as investigações.

1. Auditor Federal de Finanças e Controle na Controladoria-Geral da União; andre.schulz@cgu.gov.br.
2. Administradora na Controladoria-Geral da União; leticia.brasil@cgu.gov.br.

A inexistência de critérios objetivos e a participação incerta de outros órgãos do Estado nas negociações do acordo, causa muita insegurança às pessoas jurídicas colaboradoras. Não há orientações definidas quanto aos requisitos para a caracterização do que poderia ser considerado uma colaboração efetiva e, caso a administração pública sinalize favoravelmente em relação à cooperação, o ente privado não saberá prever, minimamente, o percentual redutor da multa aplicável que poderá receber.

Embora a LAC só estenda seus efeitos às penas de proibição de licitar e contratar previstas nas leis de licitações e contratos, que é o grande atrativo do acordo, deixa a pessoa jurídica exposta a outras sanções administrativas, cíveis, penais e, também, não prevê benefícios específicos para as pessoas físicas.

Importante destacar a experiência exitosa construída pelo CADE na celebração de acordos no contexto da repressão de cartéis no âmbito da Lei no 12.529/2011, com um programa mais abrangente na concessão de benefícios. Em princípio, não haveria motivos para que esse modelo fosse utilizado, com as devidas adaptações, para aplicação na lei anticorrupção.

O primeiro capítulo abordará a metodologia de pesquisa utilizada para este trabalho, de forma detalhada. Posteriormente, no segundo capítulo, serão expostos os resultados alcançados conforme as fontes de pesquisa utilizadas. O terceiro capítulo, contemplará a discussão acerca da atratividade ou não da estrutura de benefícios da LAC quando comparada com os benefícios existentes na lei antitruste e na legislação norte-americana (FCPA), abordando as principais questões que gravitam sobre o tema. No quarto capítulo, por fim, será apresentada a conclusão do presente trabalho, incluindo breves sugestões de melhoria ao programa, que demonstrará o alcance dos objetivos da pesquisa inicialmente propostos.

Não é pretensão deste artigo esgotar todas as peculiaridades sobre o assunto, sendo que as considerações estarão focadas, principalmente, em aspectos que consideramos centrais para a discussão, de forma a contribuir para a reflexão e o debate dos operadores do direito acerca dos benefícios do programa de leniência na lei anticorrupção.

2. METODOLOGIA

O artigo foi embasado, no tocante aos procedimentos técnicos, em revisões bibliográficas e legislativas, notadamente em livros de doutrina, trabalhos de conclusão de curso, artigos científicos, teses de doutorado e dissertações de mestrado, legislações sobre o assunto (Lei no 12.846/2013, Lei

no 12.529/2011, Decreto no 8.420/2015 e o modelo norte-americano do *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA). O recorte temporal foi definido a partir de 2015, considerando a publicação do Decreto no 8.420, ocorrida em 19.03.2015, que regulamentou a lei anticorrupção.

Para tanto, foram consultadas fontes de pesquisa contidas nos seguintes portais eletrônicos: SCIELO, LEXML, SSRN, CAPES (Catálogos de Teses e Dissertações), sistemas de bibliotecas de universidades (UFPR, UFMG, USP, UnB, UCB, UEL e PUC-SP), além de pesquisas nos sites do CADE e da AGU.

Os verbetes de pesquisa utilizados surgiram de termos mais específicos para o geral: “programa de incentivos da lei anticorrupção”; “estrutura de benefícios da lei anticorrupção”; “programa de incentivos da lei no 12.846/2013”; “estrutura de benefícios da lei no 12.846/2013”; “acordo de leniência da lei no 12.846/2013”; “incentivos da lei no 12.846/2013”; “acordo de leniência”; e, por fim, “leniência”.

Os resultados encontrados foram examinados por meio da aplicação do método dedutivo, isto é, utilizando uma cadeia de raciocínio descendente e partindo da análise geral para o particular, com as informações analisadas e confrontadas de forma dialética.

3. RESULTADOS

Após a aplicação da extração de dados nas plataformas de buscas eletrônicas mencionadas, foram encontrados, objetivamente, os seguintes materiais sobre os quais formaram-se a base de dados que subsidiou a discussão do artigo:

- Portal SCIELO: foram encontrados 7 artigos científicos alinhados ao tema, os quais estavam disponíveis em sua própria base de dados;
- Portal LXML: foram encontrados 6 livros sobre acordo de leniência, além de 8 artigos de revista;
- Portal SSRN: foram identificados 3 artigos científicos compatíveis com o tema;
- Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES: 2 teses de doutorado e 2 dissertações de mestrado sobre acordo de leniência;
- Nos sistemas de bibliotecas foram obtidos os seguintes resultados: UFPR: 1 livro, 1 dissertação de mestrado e 2 monografias de graduação; UnB: 3 livros; UFMG: 3 livros, 2 dissertações de mestrado e 1 tese de doutorado; UnB: 5 livros/e-books; USP: 4 artigos científicos, 1 revista digital de direito administrativo no portal de revistas; 1 tese de doutorado e 1 dissertação de mestrado; UCB: 2 livros eletrônicos; UEL: 1

artigo científico na revista do direito público; e PUC-SP: 1 dissertação de mestrado;

- Biblioteca do CADE: 3 livros sobre acordo de leniência;
- Biblioteca da AGU: 4 livros sobre acordo de leniência.

Conforme o resultado das pesquisas, a opinião majoritária dos autores é no sentido de que o programa de benefícios da LAC contém lacunas e fragilidades que geram insegurança jurídica à pessoa jurídica colaboradora e o torna menos atrativo quando comparado à legislação antitruste e que, por consequência, corresponderá ao material a ser utilizado na discussão do presente artigo científico.

4. DISCUSSÕES

Para uma melhor compreensão do tema a ser abordado, faz-se necessária uma breve introdução acerca da instituição do acordo de leniência, com ênfase nas definições fundamentais para o desenrolar desta pesquisa. Assim, ao serem esclarecidas as noções de origem, conceito e distinções básicas entre o acordo de leniência da lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), da leniência da lei antitruste (Lei nº 12.529/2011) e do programa norte-americano FCPA, sem dúvida, tornar-se-á mais dinâmica a compreensão, à medida que se terá o entendimento de como surgiu o instituto, sua finalidade e as discussões existentes acerca dos benefícios do programa da LAC.

4.1. ORIGEM E CONCEITO

De acordo com Canetti (2020, p.35), a origem do acordo de leniência é norte-americana, que teria começado a funcionar em 1978, com a versão inicial do *U.S Corporate Leniency Program*. Todavia, a partir de 1993, o programa de leniência americano foi reestruturado, ganhando os contornos que possui na atualidade, do chamado Programa de Leniência Corporativa (*Corporate Leniency Policyou Amnesty Program*).

Como lembra Petrelluzzi e Junior Rizek (2014, p. 92), o Programa de Leniência Corporativa (*Amnesty Program*) ocorre na área concorrencial e estabelece a concessão automática de leniência, caso não exista conhecimento e investigação da infração previamente à espontânea manifestação da pessoa jurídica. Também é admitida a possibilidade de concessão de leniência, mesmo após a existência de atos investigatórios, o que garante, aos diretores e funcionários da pessoa jurídica que se disponham a cooperar com as autoridades, a imunidade penal.

A cooperação na apuração das infrações e a comunicação de atos ilegais às autoridades é uma prática muito comum nos EUA. Denúncias acerca de violações ao FCPA chegam às autoridades norte-americanas de várias formas, sendo que parte significativa dos casos decorre da cooperação das pessoas jurídicas com as autoridades. O benefício que as empresas sujeitas à legislação norte-americana podem ter por reportarem condutas ilícitas para autoridades e cooperarem com as investigações é significativo, reduzindo penalidades ou até mesmo eximindo-as de sanções em determinados casos, além de outras consequências favoráveis (AYRES; MAEDA, 2015, p. 242).

O acordo de leniência pode ser definido, segundo Dematté (2015, p. 126), como sendo:

[...] o ajuste que permite ao infrator participar da investigação e colaborar com a apuração engendrada pelo Estado, com o fim de identificar eventuais outros envolvidos no ato lesivo investigado e de obter, de forma célere, informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

4.2. REQUISITOS E BENEFÍCIOS DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA DA LEI ANTITRUSTE (Lei nº 12.529/2011)

O programa de leniência antitruste prevê a celebração de acordos, por meio da Superintendência-Geral do CADE com os agentes econômicos envolvidos na prática de cartéis, que buscam se afastar dos conluios e obter os benefícios do programa, visando extinguir a punibilidade administrativa e criminal, ou mesmo a redução da penalidade aplicável (ATHAYDE, 2019, p. 78).

Para celebrar o acordo de leniência, a Lei nº 12.529/2011 estabelece algumas condições e requisitos cumulativos, por parte das pessoas físicas e jurídicas, conforme prevê o artigo 86:

Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e docu-

mentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere 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.

[...]

§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. (BRASIL, 2011).

De acordo com o § 4º do art. 86, aqueles que cumprirem o acordo de leniência, após declaração do Tribunal Administrativo, serão beneficiados na esfera administrativa com: (i) extinção da ação punitiva da administração pública no que diz respeito à Lei nº 12.529/2011, caso a proposta de acordo se dê no momento em que a Superintendência-Geral do CADE (SG) não tenha conhecimento prévio do ilícito relatado; ou (ii) redução de 1/3 a 2/3 das penas aplicáveis no âmbito da Lei nº 12.529/2011, caso a proposta apresentada à Superintendência-Geral se dê em momento em que a autoridade já tenha conhecimento da infração relatada.

Além disso, a legislação antitruste prevê, no § 6º do art. 86, que:

[...] serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas. (BRASIL, 2011).

No Guia de Leniência do CADE (2016, p. 11), é informado que os benefícios do acordo são estendidos aos crimes relacionados diretamente com as práticas de cartel. Portanto, estão abrangidos os crimes da “[...] Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/1990) e relacionados à prática de cartel, como os tipificados na Lei Geral de Licitações (Lei nº 14.133/2021) e no artigo 288 do Código Penal (associação criminosa)”.

4.3. REQUISITOS E BENEFÍCIOS DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO (Lei nº 12.846/2013)

O programa de leniência da lei anticorrupção tem clara inspiração no seu equivalente antitruste, embora existam algumas diferenças marcantes. De acordo com o artigo 16 da Lei nº 12.846/2013, os acordos de leniência podem ser celebrados pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública. No âmbito do Poder Executivo Federal, essa competência é exclusiva da Controladoria-Geral da União, a quem também compete celebrar acordo nos casos de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Sobre essa questão, Simão e Vianna (2017, p. 102) fazem críticas quanto ao fato de a lei atribuir essa competência a um vasto número de dirigentes estaduais e municipais, seja de autarquias, seja de fundações, que não traduz em uma solução adequada e eficiente. Os autores entendem que essa formatação não se mostra adequada, tendo em vista que não se vislumbra imparcialidade nas investigações nessas esferas, já que o acordo provavelmente será negociado entre o próprio órgão atingido pelo ato de corrupção e a empresa que o lesou. Ponderam que “[...]seria razoável considerar que sua celebração recaísse na alçada da mesma autoridade competente para a instauração do processo punitivo”.

Diferentemente da lei antitruste, a lei anticorrupção só permite a celebração de acordo de leniência com pessoas jurídicas e, conforme o art. 16, para que o acordo seja formalizado junto às autoridades competentes, o ente privado deve colaborar efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, desde que essa colaboração resulte:

“(i) – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e (ii) – a obtenção tempestiva de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”. (BRASIL, 2013). Além disso, deverão ser preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos (art. 16, § 1º):

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere 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.(BRASIL, 2013).

Após essa breve introdução dos requisitos exigidos, faz-se necessária a abordagem dos motivos pelos quais uma pessoa jurídica se interessaria em realizar determinado acordo de leniência, ou seja, a demonstração dos benefícios do programa de leniência na lei anticorrupção.

Nesse sentido, a celebração do acordo de leniência prevê, em seu artigo 16, § 2º³, prevê três efeitos em benefício da pessoa jurídica colaboradora: (i) redução em até 2/3 do valor da multa aplicável (art. 6º, inciso I); (ii) não publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, inciso II); e (iii) não aplicação da sanção prevista no artigo 19, inciso IV⁴.

Quanto ao último benefício elencado, Dematté (2015, p. 127) chama a atenção para “o fato de ser uma hipótese expressamente prevista em lei de extensão de efeitos ao âmbito judicial dos termos pactuados em um acordo celebrado na seara administrativa [...] sendo uma pena cuja aplicação é exclusiva do Poder Judiciário”.

Diferentemente da legislação antitruste, a celebração do acordo de leniência da LAC não implica em imunidade total na esfera administrativa. Importante destacar que, de acordo com o artigo 16, § 1º, tais benefícios concedidos às pessoas jurídicas infratoras não as eximem de sua responsabilidade de reparar o dano causado ao erário, o qual permanece sendo o núcleo indisponível na tutela da probidade administrativa (CUNHA; SOUZA, 2018, p.174).

Ainda segundo a lei, os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas do mesmo grupo econômico, conforme dispõe o art. 16, § 5º:

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às demais pessoas jurídicas que integrem o grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas. (BRASIL, 2013).

Por fim, o artigo 17 da LAC contempla a isenção ou a atenuação de sanções de impedimento de licitar à pessoa jurídica responsável pela prática de atos ilícitos previstos nos artigos 86 a 88 da Lei no 8.666/93 e em normas congêneres de licitações e contratos, conforme transcrição abaixo:

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. (BRASIL, 2013).

Essa referência deve ser interpretada extensivamente em favor de todas as outras leis que regulam as licitações públicas no Brasil, inclusive em razão da orientação do próprio Decreto nº 8.420/2015, conforme dispõe o art. 40, inciso IV:

Art. 40. Uma vez cumprido o acordo de leniência pela pessoa jurídica colaboradora, serão declarados em favor da pessoa jurídica signatária, nos termos previamente firmados no acordo, um ou mais dos seguintes efeitos:

[...]

IV – isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos art. 86 a art. 88 da Lei nº 8.666, de 1993, ou de outras normas de licitações e contratos. (BRASIL, 2015).

Sobre o assunto, Zimmer Júnior e Nohara (2021, p. 299) entendem que a isenção ou atenuação refere-se às sanções administrativas, pontuando que “[...] a extensão do acordo de leniência aos ilícitos previstos na Lei de Licitações e Contratos Adminis-

3. 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.(brasil, 2013).

4. Art. 19, inciso 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.(brasil, 2013).

trativos diz respeito apenas às sanções administrativas deste último diploma, excluindo-se aquelas de natureza penal”.

4.4. PRINCIPAIS QUESTIONAMENTOS SOBRE A ATRATIVIDADE DO PROGRAMA DE BENEFÍCIOS DA LAC

A análise do art.16, §2º revela que há somente três benefícios explícitos para a celebração do acordo de leniência na LAC. Estes afetam apenas as sanções administrativas, mas não as atingem por completo, pois ao menos uma multa reduzida será aplicada à pessoa jurídica colaboradora. Ademais, atingem certas medidas cíveis e os efeitos do acordo de leniência são restritos ao processo administrativo e não surtem efeitos penais.

Não obstante os benefícios apresentados pelo programa de leniência da LAC e a sua importância para dismantelar práticas lesivas contra a administração pública, diversos autores pesquisados questionam a sua atratividade. A maioria considera que, apesar dos benefícios apresentados pelo programa, certos aspectos mostram-se omissos ou pouco confiáveis quando comparados à legislação antitruste, conforme será demonstrado nos tópicos abaixo.

Entretanto, Carvalhosa (2015, p. 377) considera que as críticas de que a LAC traz poucos benefícios para as pessoas jurídicas colaboradoras firmarem seus acordos de leniência são equivocadas e feitas por aqueles que pretendem que os efeitos de tal pacto se estendam, também, às esferas criminal, civil e administrativa. De acordo com o autor, “o acordo de leniência não tem a finalidade de criar incentivos outros além da diminuição das penas no processo penal-administrativo para as pessoas jurídicas pactuantes”.

4.4.1. Não há benefícios para isenção total da multa aplicável

A principal crítica sobre os benefícios do programa é que a LAC não previu a isenção total da multa aplicável, mas tão somente a sua redução parcial em até 2/3, sendo oportuno avaliar se essa questão não deveria ter sido contemplada, como prevista na legislação antitruste.

De acordo com Marrara (2015, p. 513), o diploma antitruste prevê a possibilidade de isenção de multa, e não apenas de redução, trazendo, também, a diferenciação entre a leniência prévia (aquela firmada antes da instauração do processo administrativo), concomitante (firmada com o processo administrativo já em andamento) e plus (outra leniência

no mesmo processo administrativo, porém tratando de uma infração diferente), bem como resultados diversos para cada uma delas.

Para Athayde (2019, p. 290), enquanto a lei anticorrupção limita o desconto da multa em 2/3, na legislação antitruste a multa poderá ser inteiramente extinta (em caso de leniência completa) e de até 2/3 (em casos de leniência parcial). De acordo com a autora, o ente privado terá que quantificar em sua decisão de delatar ou não a multa que irá, certamente, ter de pagar em um acordo de leniência e, por essa razão, entende que há fragilização do acordo, notadamente diante das incertezas quanto à fórmula de cálculo da multa e do dano ao erário.

Na mesma linha, Luz e Lara (2019, p. 138) afirmam que o momento da ocorrência da proposta do acordo deve ter uma ponderação de redução da multa no sentido de:

[...] permitir que ocorra após a abertura de investigação pela autoridade competente, uma vez que isso pode representar uma econômica de recursos públicos pelas informações e provas que o delator fornece e que, em geral, seriam de difícil obtenção, aumentando a efetividade e a rapidez do processo de responsabilização dos demais envolvidos. Todavia, a leniência ex post não pode ter peso igual à ex ante, muito mais benéfica para a sociedade, ao eliminar não só os custos na persecução, mas também os próprios danos da conduta ilícita, ou estar-se-ia subvertendo a ordem de prioridade do combate à corrupção.

Para Fidalgo e Canetti (2015, p. 277), seria interessante que no âmbito de regulamentação, algumas práticas já adotadas em outros programas de leniência fossem utilizadas, como o Amnesty Plus, para que “as penas sejam reduzidas não só em virtude da colaboração na apuração dos ilícitos objeto de uma investigação em curso, mas também em virtude da apresentação de provas sobre outros ilícitos ainda não investigados”.

Sobre o assunto, Simão e Vianna (2017, p. 130) pontuam que:

[...] talvez a anistia completa da sanção pecuniária da LAC fosse hipótese interessante a ser reservada nos casos em que o fato trazido pela pessoa jurídica seja absolutamente inédito para o Estado e as provas disponibilizadas possibilitam, de forma robusta, a persecução penal, administrativa e cível de todas as pessoas naturais envolvidas. Assim, todas as finalidades do acordo de leniência teriam sido atingidas em seu alcance máximo. Colocar-se

na perspectiva da empresa, nesse caso, pode auxiliar o exercício hipotético.

4.4.2. Falta de critérios objetivos quanto à redução da multa e a inexistência do benefício da menor multa

Apesar de haver o benefício da redução da multa em até 2/3, não existem critérios ou parâmetros que estabeleçam um valor mínimo de redução, mas tão somente um valor máximo. Na opinião de Simão e Vianna (2017, p. 128), “um dos pontos primordiais para a confiabilidade e o sucesso de um programa de leniência é sua previsibilidade e segurança”. Para os autores, “a inexistência de balizadores mínimos predefinidos leva ao casuísmo e à dificuldade do exercício do controle do ato administrativo, seja pelo Poder Judiciário, seja pela sociedade”.

No mesmo sentido, Canetti (2020, p. 211) entende que, quanto à atratividade das reduções das sanções, um ponto especialmente relevante diz respeito ao fato de que a norma anticorrupção, ao contrário do que ocorre na legislação antitruste, quanto aos benefícios mínimos a serem concedidos à pessoa jurídica em função da celebração, definiu apenas um teto de redução de 2/3 da multa aplicável.

Sobre esse ponto, Marrara (2015, p. 516) destaca o benefício da menor multa previsto na legislação antitruste, o qual confere à empresa colaboradora a certeza de que, caso a multa venha a ser aplicada, será menor que a atribuída às demais pessoas jurídicas, também punidas pela conduta lesiva proferida contra a administração pública, o que provoca um maior interesse em quem almeja firmar um ajuste lenitivo, porém, é uma característica omissa na LAC, sendo mais um ponto obscuro ou, no mínimo, questionável deste diploma legal.

Na visão de Heinen (2015, p. 243), o acordo deixa de ser atrativo em função de o legislador não ter definido o limite mínimo de redução da multa, mas apenas o máximo. O autor acrescenta que “logo, em tese, a proposta de acordo poderia não reduzir em nada o valor da dita penalidade, ou algo próximo disto. Claro que, caso assim se conciliasse, o acordo poderia deixar de ser atrativo”.

Para Luz e Lara (2018, p. 128), o acordo fica pouco atrativo em função de que:

[...] não existe qualquer garantia para um infrator que informe o ilícito às autoridades de que ele irá obter qualquer redução na pena depois de ter confessado a participação na infração, o que reduz substancialmente a sua motivação para expor a corrupção e a colaborar com as autoridades no processo.

4.4.3. Não há benefícios para isenção das sanções judiciais e nem extensão para outras searas

Outro ponto que sofre muitas críticas é o fato de o acordo não isentar a pessoa jurídica das sanções judiciais. A LAC previu somente benefícios na esfera administrativa, ao contrário da legislação antitruste que trouxe benefícios na área penal, de forma que haverá a possibilidade de ser mantida a persecução penal, mesmo àqueles que colaboraram efetivamente com as investigações.

De acordo com Ayres e Maeda (2015, p. 248), a pessoa jurídica não fica isenta de todas as sanções. “Em especial, no âmbito judicial, continua sujeita à sanção de dissolução compulsória e suspensão ou interdição parcial das atividades”. Entretanto, os autores entendem que “[...] essas sanções, por sua gravidade, devem ser aplicadas apenas nos casos mais graves, como, por exemplo, naqueles em que a pessoa jurídica foi constituída para a finalidade ilícita”. Concluem que a aplicação de tais sanções devem ser vistas com determinada cautela para que a pessoa jurídica leniente não seja apenada desproporcionalmente, o que inviabilizaria toda a sistemática do acordo de leniência.

No mesmo sentido, Saidel (2015, p. 31) entende que, apesar das isenções das sanções concedidas no acordo de leniência serem um atrativo para a pessoa jurídica, ainda assim são consideradas insuficientes; eis que as sanções mais graves “[...] como o perdimento de bens, de direitos e valores, da suspensão ou interdição da atividade ou até mesmo a dissolução compulsória da pessoa jurídica poderão ser aplicadas ao infrator que celebrar o acordo de leniência”.

Para Perez (2021, p. 277), há um desincentivo à efetividade dos acordos de leniência. “De fato, a Lei no 12.846/2013 não cuidou de criar um sistema de integração das sanções criminais e administrativas”.

Segundo Athayde (2019, p. 294), o acordo de leniência anticorrupção também não exige os colaboradores de celebrarem outro acordo em qualquer outra esfera administrativa. A autora cita, inclusive, algumas situações peculiares:

Assim, caso a corrupção tenha ocorrido conjuntamente com o cartel, por exemplo, também será necessário celebrar um Acordo de Leniência Antitruste. O mesmo acontece se a corrupção for praticada de modo atrelado à lavagem de dinheiro, por exemplo, que atrairia a necessidade de celebração de um Acordo de Leniência no SFN.

Sobre esse ponto, Simão e Vianna (2017, p.153) entendem que a incerteza quanto ao alcance do acordo é um desestímulo à sua adesão voluntária nos seguintes termos:

[...] a falta de previsão legal – ou arranjo institucional para tanto – quanto à extensão dos efeitos do acordo de leniência para outras searas e a inexistência de normas de licitações e contratos são talvez os maiores empecilhos ao sucesso do programa de leniência na forma que está desenhado na LAC. Em termos práticos, significa estabelecer que a pessoa jurídica, ao reportar, voluntariamente, à Administração sua responsabilidade pela ocorrência de um ato lesivo, automaticamente estará exposta a, pelo menos, uma ação por ato de improbidade.

Para Galvão (2017, p. 91), em regra “não existe nenhum efeito penal. A legislação deixou de aproveitar todas as discussões travadas no direito administrativo concorrencial e acabou tornando o acordo de cooperação pouco atrativo.”

4.4.4. Não há benefícios para pessoas físicas

Diferentemente da lei antitruste, apenas as pessoas jurídicas podem firmar acordo de leniência na LAC, não sendo permitida a extensão do acordo às pessoas físicas, aspecto que gera muita insegurança jurídica e redução da atratividade do programa (MITRE, 2021, p. 61).

Uma questão relevante é apontada por Athayde (2019, p. 298) ao destacar que:

[...] a composição tipicamente familiar das empresas brasileiras, a falta de proteção criminal das pessoas físicas envolvidas e a proteção administrativa apenas parcial da pessoa jurídica representam riscos aos incentivos para que as empresas procurem o Programa de Leniência Anticorrupção. A empresa sabe que precisará entregar o seu “fundador” ou o filho/neto dele, muito provavelmente expondo-os criminalmente. Como se não bastasse como fruto do pacto, a empresa também deverá pagar uma multa, visto que o Acordo de Leniência Anticorrupção tem necessariamente benefícios administrativos parciais.

Interessante é a abordagem apresentada por Perez (2021, p. 277) ao mencionar que a LAC de fato não contemplou um sistema de integração das sanções criminais e administrativas. De acordo com o autor, isso contribuiu para um desincentivo muito grande à efetividade dos acordos de leniência, haja vista que muitos ilícitos, quando praticados por

pessoa jurídica que eventualmente admita sua prática ilícita administrativa, acarretam sanções para as pessoas físicas na esfera criminal.

Para Fidalgo e Canetti (2015, p. 275) não há motivação para que pessoas físicas colaborem com a administração. Apontam que foi criada “uma situação em que a pessoa jurídica poderá receber benefícios decorrentes da celebração do acordo, mas a pessoa física envolvida, não, afastando o seu interesse em auxiliar a administração pública na investigação desses crimes”.

No mesmo sentido, Ayres e Maeda (2015, p. 248) entendem que:

Tal fato deve dificultar a celebração de acordos de leniência em empresas de pequeno e médio porte, ou ainda em uma empresa familiar, pois a figura do proprietário muitas vezes se confunde com a própria empresa.

Para Marin (2019, p.186) há um grande desestímulo pela ausência de previsão na LAC para acordos com pessoas físicas “sendo que [...] o ajuste em relação à pessoa jurídica não retira a possibilidade de que seus representantes, dirigentes ou prepostos venham a ser penalizados individualmente, especialmente na área criminal”.

Na opinião de Sales e Bannwart Júnior (2015, p. 47), o acordo de leniência não gera atratividade às pessoas físicas na colaboração das investigações, pois não obterão vantagens e ainda estarão sujeitas a serem responsabilizadas na esfera criminal, haja vista que o acordo não prevê benefícios nessa área. Ao final, sugerem “[...] que seria viável, para dar efetividade ao acordo, que os benefícios fossem também estendidos às pessoas físicas”.

Do ponto de vista das pessoas físicas, Zymler e Dios (2019, p. 165) afirmam que “embora possam ser identificadas como possíveis infratoras pelas pessoas jurídicas, não podem se socorrer desse instituto para isenção ou abrandamento de suas penalidades”. Concluem que “os dirigentes da pessoa jurídica podem ser tentados a não celebrar o acordo caso as informações fornecidas possam ser utilizadas contra eles mediante repercussão penal”.

Seguindo a mesma linha, Heinen (2015, p. 238) entende que esse foi um grande erro da norma, haja vista que não há estímulo para que as pessoas físicas envolvidas contribuam com as investigações. O autor comenta que “[...] as pessoas naturais que teriam interesse poderiam se sujeitar a uma negociação que contribuísse de maneira efetiva na elucidação das ilegalidades e na recuperação do erário desviado”.

4.4.5. Não há autorização para celebrar o acordo com uma segunda pessoa jurídica envolvida

A previsão para celebrar acordo com a primeira pessoa jurídica a manifestar seu interesse em cooperar para as apurações, conforme art. 16, § 1º, inciso I, tem a justificativa de se criar certa instabilidade entre os responsáveis e desestabilizar o esquema da prática dos atos lesivos, gerando o receio de serem descobertos.

Sobre esse ponto, Canetti (2020, p. 208) entende que o legislador adotou o critério do primeiro colaborador, não estendendo os efeitos da leniência àqueles que se proponham a cooperar posteriormente à primeira denúncia. Para a autora, “trata-se de medida salutar que evita a proliferação descabida de acordos, mesmo quando presentes os elementos autônomos suficientes para condenação de agentes – o que poderia levar ao desvirtuamento do instituto”.

Para Machado (2017, p. 167), a LAC não contemplou regulamentação à leniência *plus*, que foi concebida na lei antitruste, modalidade de celebração do acordo de leniência por outro colaborador, desde que este colabore efetivamente com o primeiro processo e traga informações substanciais sobre novas infrações. Ao contrário da LAC, a lei antitruste autoriza a celebração do acordo de leniência com uma segunda pessoa jurídica envolvida nos atos ilícitos.

No mesmo sentido, Ribeiro (2017, p. 236) afirma que a dinâmica da leniência *plus*, prevista na legislação antitruste, poderia ser utilizada, por analogia, no âmbito da LAC. “Entretanto, tal aplicação deve ser balizada [...] sob pena de a pessoa jurídica acusada delatar situações de pequena expressão com a exclusiva finalidade de obter a redução da penalidade para fatos mais gravosos”.

Em contrapartida, Marrara (2017 p. 217) entende que a avença não deve ser firmada com todos os envolvidos nos ilícitos, sob pena de constituir um abrandamento ou perdão generalizado. Afirma que “ao impor a regra da leniência única com o primeiro a se qualificar, a lei afasta esse risco, desestabiliza a relação entre os infratores e os induz a correr para o acordo”.

Da mesma forma, Luz e Lara (2019, p. 133) entendem que o poder público deve restringir o benefício da leniência apenas ao proponente que primeiro se manifeste, fornecendo evidências sólidas e suficientes para a condenação dos demais envolvidos de maneira a evitar que a ameaça de delação se torne um instrumento para reforçar a colusão ao invés de desestabilizá-la. Concluem afirmando que

“estender a possibilidade de leniência a diversas empresas envolvidas no mesmo ilícito enfraquece o poder dissuasório do programa de leniência”.

Para Zymler e Dios (2019, 168), “a celebração de mais de um acordo de leniência sobre um mesmo fato enfraquece o próprio instituto, visto que nenhum dos coautores do ilícito sente-se pressionado a fazê-lo, o que acaba por induzir que nenhum o faça”.

Interessante é a abordagem trazida por Perez (2021, p. 275) quando comenta as diferenças significativas entre a leniência anticorrupção e antitruste nos seguintes termos:

[...] as empresas, no direito anticorrupção, podem simplesmente vir a descobrir, por meio de seus controles internos, que um funcionário mais ou menos graduado de sua estrutura tenha cometido ilícitos considerados atos de corrupção, agindo com representante da empresa ou simplesmente defendendo os interesses desta e que, uma vez descortinados esses fatos, a empresa queira relatá-los à autoridade pública e celebrar um acordo que substitua a sanção que em teses lhe seria aplicável. Daí ser complementemente descabido falar em prerrogativa ou exclusividade do primeiro, em um caso de corrupção, pois, na maior parte das vezes, não haverá um segundo, uma segunda empresa, pois a conduta foi única, de uma só empresa, o que não deveria retirar dela a possibilidade de celebrar acordo de leniência.

O ajuste para celebrar acordo de leniência com a primeira pessoa jurídica a manifestar seu interesse em cooperar para as apurações também é questionado, com propriedade, por Simão e Vianna (2017, p. 122) nos seguintes termos:

[...] por outro lado, é plenamente possível que, numa situação complexa de atos de corrupção, com o envolvimento de diversas empresas, a primeira pessoa jurídica proponente da leniência, colabore de forma efetiva e celebre o acordo e, ainda assim, o Estado tenha interesse em informações desconhecidas daquela, mas de domínio de outra empresa também envolvida no ilícito. É plausível que a outra empresa, em sede do mesmo esquema de corrupção, tenha tido contato mais próximo e indevido com outros agentes públicos ou, ainda, tenha a guarda de documentos que indiquem a localização de valores ilícitos, cujo conteúdo não era de conhecimento da primeira empresa colaboradora. Uma eventual colaboração da segunda empresa não atingiria a finalidade do instrumento de leniência em

umentar a capacidade persecutória do Estado? Parece-nos que sim.

Simão e Vianna (2017, p. 121) não concordam que “[...] a exclusividade do acordo de leniência apenas ao primeiro candidato de fato atenda ao interesse da Administração em obter o maior número possível de informações e provas para investigação”. Ponderam os autores no sentido de que a LAC deveria ter buscado outro caminho para resolver essa questão, considerando que o elemento primordial para avaliar a efetividade do acordo de leniência para o Estado seria a questão do ineditismo da informação trazida pelo proponente.

Diante de todo o exposto, parece claro, para a maioria dos autores pesquisados, que a LAC trouxe benefícios limitados e evitados de algumas lacunas que causam insegurança jurídica às colaboradoras. De maneira geral, formou-se um consenso sobre os pressupostos necessários para a efetividade de um programa de leniência: benefícios atrativos, segurança jurídica, previsibilidade e confiança no programa de leniência.

Esse ambiente de insegurança jurídica inspirou, inclusive, a edição da Medida Provisória no 703/2015 (Brasil, 2015), que perdeu seus efeitos por decurso de prazo, sem votação no Congresso Nacional, bem como gerou o Projeto de Lei (PL) no 3.636/2015 (Câmara dos Deputados, 2015), aprovado no Senado Federal, mas até hoje em lenta tramitação na Câmara dos Deputados.

O referido PL propõe, dentre várias medidas, revogar a prerrogativa da primeira pessoa jurídica a se manifestar sobre seu interesse em celebrar a leniência (art. 16, § 1º, inciso I), além de corrigir algumas lacunas da LAC, especialmente em relação à divisão de competências institucionais, deixando mais claros os benefícios para que as colaboradoras tenham maior segurança em celebrar um acordo de leniência.

5. CONCLUSÕES

A pesquisa foi desencadeada pelo questionamento se a atual estrutura de benefícios da lei anticorrupção é atrativa para as pessoas jurídicas que desejam celebrar um acordo de leniência com a administração pública.

Conforme exposto na revisão bibliográfica, restou demonstrado que os benefícios do acordo de leniência previstos na lei anticorrupção são pouco atrativos quando comparados com a legislação antitruste. Verificou-se que a previsibilidade e a segurança jurídica são elementos essenciais para a manutenção da atratividade de um bom programa de leniência.

Além disso, foram identificadas poucas situações em que o acordo de leniência se mostrou vantajoso, notadamente nos casos de isenção de penalidades previstas nas leis de licitações e contratos, que é o grande atrativo do programa, e nas situações em que a pessoa jurídica receba incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas, mas deixa a colaboradora exposta a outras sanções administrativas e cíveis, além de não possuir efeitos na esfera penal.

Apesar dos bons motivos para a aplicação do programa, a opinião majoritária dos autores pesquisados é no sentido de que os benefícios da LAC contêm lacunas e fragilidades que geram insegurança jurídica à colaboradora, além de não aproveitar o papel relevante que as pessoas físicas poderiam exercer ao delatar os atos lesivos praticados contra a administração pública dos quais têm conhecimento.

Ademais, a falta de vinculação e articulação institucional adequada das esferas de punição administrativa e judicial torna a celebração da leniência, por força da confissão obrigatória, uma posição bastante vulnerável à colaboradora que deseja reportar os atos lesivos à administração pública, principalmente em relação à falta de proteção jurídica na seara criminal.

Desta forma, existindo como parâmetro a legislação antitruste, que é um regramento anterior à lei anticorrupção, podemos dizer que a Lei nº 12.846/2013 contemplou menos benefícios em relação àquele diploma legal, que já vigorava desde 2011 de maneira bem-sucedida.

Críticas ao programa são cabíveis e bem-vindas para o seu aprimoramento, mas não se pode deixar de destacar a relevância e a utilidade do instrumento. Cabe ainda destacar que um bom programa de leniência deve ser previsível e confiável, a fim de que a colaboradora avalie adequadamente os riscos e os benefícios a que estará sujeita para fins de tomada de decisão.

Diante das discussões trazidas pela pesquisa realizada, em que foram apontadas falhas e lacunas na estrutura de benefícios da LAC, verifica-se que ainda há espaços para o aperfeiçoamento do programa. Pontuaremos, a seguir, algumas sugestões visando à melhoria do programa de leniência anticorrupção (mediante um aprimoramento normativo), mas sem a pretensão de esgotar o assunto:

- Estabelecer critérios diferenciados de benefícios para a pessoa jurídica colaboradora que: (i) se ocupou da implementação de um programa de integridade efetivo, capaz de detectar e comprovar a ocorrência dos atos lesivos desconhecidos pela administração pública; (ii) fez signi-

- ficativos investimentos na área de compliance; (iii) espontaneamente identificou a fraude e comunicou a administração pública; (iv) realizou uma investigação interna e a entregou à administração pública; (v) adotou medidas de remediação para contornar a situação; e (vi) procurou a administração pública para relatar o que descobriu. Nesses casos, a pessoa jurídica deveria receber melhores benefícios do que aquela que foi descoberta pela administração pública e em nada colaborou. Atualmente, a colaboradora não sabe qual a efetiva resposta que terá como benefício, gerando fontes de incerteza e insegurança jurídica que devem ser combatidas;
- Criar instrumentos negociais que estabeleçam a redução gradativa da multa aplicável ou até sua isenção, conforme o nível de conhecimento do ato lesivo pela administração pública, avaliando a possibilidade de imunidade penal e isenções das sanções judiciais da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) e da LAC em casos de ineditismo das informações e em acordos formalizados antes da abertura de uma investigação pela administração pública;
 - Na mesma linha dos programas de Amnesty Plus, adotar a possibilidade de redução das multas, além das decorrentes da colaboração de ilícitos, objeto de uma investigação em curso, mas também em função da apresentação de provas sobre outros ilícitos ainda não investigados ou conhecidos pela administração pública;
 - Definir critérios objetivos para a redução da multa aplicável e do valor mínimo de redução, de forma que a pessoa jurídica, ao sinalizar sua cooperação com a administração pública, tenha condições de prever, minimamente, o percentual redutor da multa a ser aplicado, podendo até utilizar, com as devidas adaptações, o mecanismo da legislação antitruste, reduzindo

- a insegurança das colaboradoras;
- Permitir a adesão de pessoas físicas no acordo de leniência, pois a efetividade da colaboração da pessoa jurídica depende das pessoas físicas envolvidas na prática de atos lesivos. Há necessidade de conferir maior segurança jurídica para as pessoas físicas em casos em que há a pessoa jurídica como proponente do acordo de leniência;
- Criar uma estrutura de enfrentamento sistemático e coerente para negociar em conjunto, englobando pessoa jurídica e pessoa física, em prol do interesse público, a fim de evitar uma negociação segmentada e fracionada, caso contrário, faltarão coerência e isonomia na concessão de benefícios para o acordo de leniência da pessoa jurídica;
- Revogar o art. 16, § 1º, inciso I (dispõe que a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito). Essa mudança provavelmente aumentaria a atratividade do programa e, conseqüentemente, o número de acordos de leniência celebrados;
- Adequar a LAC para que a competência da celebração do acordo de leniência seja do titular do órgão de controle interno do respectivo poder/esfera, de forma a reduzir inconsistências e eventuais situações de parcialidades na aplicação da lei e facilitar a cooperação entre as autoridades envolvidas;
- Definir uma cooperação conjunta entre as instituições responsáveis pelo combate à corrupção para extensão dos benefícios a outras searas por meio da integração entre os diversos órgãos (CGU, CADE, AGU, MPF, TCU, dentre outros), o que transformaria na aplicação simultânea das sanções criminal, administrativa e civil, porém de maneira separada dos mais diversos instrumentos que beneficiam a pessoa jurídica infratora.

REFERÊNCIAS

AYRES, Carlos Henrique da Silva; MAEDA, Bruno Carneiro. O acordo de leniência como ferramenta de combate à corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Juspodivm, 2015.

ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil**: Teoria e prática – CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP. 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília: Planalto, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Brasília, 2 ago. 2013. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília: Planalto, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Brasília, 19 mar. 2015. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...]. Brasília: Planalto, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: CADE, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. **Medida provisória no 703/2015, de 18 de dezembro de 2015**. Altera a Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. Brasília: Planalto, 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/mpv/mpv703.htm. Acesso em 18 abr. 2022

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei no 3636/2015**. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para permitir que o Ministério Público e a Advocacia Pública celebrem acordo de leniência, de forma isolada ou em conjunto, no âmbito da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e dá outras providências. Brasília, 2015. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055350>. Acesso em 18 abr. 2022.

CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de Leniência: Fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas: Lei 12.846/2013**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. **Lei Anticorrupção Empresarial: Lei no 12.846/2013**. 2ª ed., rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

DEMATTÉ, Flávio Rezende. **Responsabilização de Pessoas Jurídicas por Corrupção: A Lei no 12.846/2013 segundo o Direito de Intervenção**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na lei do combate à corrupção. In: SOUZA, J.M.; QUEIROZ, R. P. (Orgs.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Juspodivm, 2015.

GALVÃO, Leonardo Vasconcellos Braz. **Apontamentos sobre o acordo de leniência na Lei Anticorrupção Brasileira**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2017. 111 f. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/20024/2/Leonardo%20Vasconcellos%20Braz%20Galv%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 18abr. 2022.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei Anticorrupção: Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

LUZ, Reinaldo Diogo; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. Análise do Programa de Leniência da Lei Anticorrupção: Características e efetividade. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MACHADO, Pedro Antônio de Oliveira. **Acordo de Leniência e a Lei de Improbidade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2017.

MARIN, Tâmera Padoin Marques. **A Lei Anticorrupção e o Acordo de Leniência: Uma análise do regime geral para a celebração desse instrumento**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MITRE, Mariana Leite da Silva. **Aspectos polêmicos do acordo de leniência e suas repercussões no ordenamento jurídico**. 1ª. ed. Porto Alegre: Simplíssimo, 2021.

MARRARA, Thiago. Comentários ao artigo 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

MARRARA, Thiago. **Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime ju-**

rádico e problemas emergentes. Revista Digital de Direito Administrativo, [s. L.], v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015. Acesso em: 14 mar. 2022.

PEREZ, Marcos Augusto. Acordo de Leniência Anticorrupção no Brasil: Regulamentação Atual e Desafios Futuros. In: NÓBREGA, Antônio Carlos Vasconcellos e MARÇAL, Thaís; NÓBREGA, Antônio Carlos Vasconcellos e MARÇAL, Thaís (Coord.). **Estudos sobre a Legislação Anticorrupção e Compliance.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021.

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

SALES, Marlon Roberth; BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. **O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade.** *Revista de Direito Público*, Londrina, v.10, n.3, p.31-50, set./dez., 2015. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/23525/17601>. Acesso em: 8mar. 2022.

SAIDEL, Gabriel Varaldo. **O acordo de leniência da Lei 12.846/2013.** 2015. Trabalho de Conclusão de Curso. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-01092016-120007/publico/12.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção:** histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio; NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Compliance Anticorrupção e das Contratações Públicas.** Coleção Compliance, v. II, 1ª ed. São Paulo: Editora Thompson Reuters, 2021.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Lei Anticorrupção (Lei no 12.846/2013):** Uma visão do controle externo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Proposta de instituição da colaboração premiada disciplinar no ordenamento jurídico brasileiro

Reonauto Da Silva Souza Júnior¹ e Priscila Vaz Peixoto²

Resumo: Tendo em vista a complexidade da apuração de casos de corrupção envolvendo organizações criminosas na seara administrativa disciplinar, pesquisa-se e propõe-se a instituição legislativa da Colaboração Premiada Disciplinar, a fim de aprimorar e nivelar o processo administrativo disciplinar ao atual cenário de utilização de instrumentos negociais para obtenção de provas em casos envolvendo organizações criminosas. Para tanto, é necessário compreender o instrumento da Colaboração Premiada, sua evolução e seu aporte legal; vislumbrar quais as atuais limitações para o enfrentamento de esquemas de corrupção na seara administrativa disciplinar e levantar uma proposta viável que considere tais cenários. Realiza-se, então, uma pesquisa bibliográfica, a qual faz uso de diversas leituras sobre a temática, tais como em artigos, dissertações, revistas especializadas no Direito, legislações e Manuais. Diante disso, verifica-se a possibilidade jurídica de tal proposta por meio de uma simples alteração normativa na própria Lei de Organizações Criminosas.

Palavras-chave: colaboração premiada; Processo Administrativo Disciplinar; possibilidade.

1. INTRODUÇÃO

A colaboração premiada no âmbito penal é um meio de obtenção de provas que tem se revelado bastante eficiente para o esclarecimento de delitos praticados por organizações criminosas, inclusive os delitos contra a Administração Pública. A entrega a autoridades investigativas de informações por parte de quem efetivamente participou do esquema criminoso tem se mostrado importante para o desbaratamento desses grupos criminosos. Em troca de informações que as autoridades investigativas dificilmente obteriam de outra forma, é oferecido ao colaborador estímulos, como, por exemplo, possibilidade de redução da pena. Instrumento congênere também existe no âmbito da responsabilização de entes privados, que tem como estímulo, entre outros, a possibilidade de redução de multas (SIMÃO e VIANNA, 2017).

Quanto ao Direito Disciplinar, já existe, no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, o Termo de Ajustamento de Conduta, instrumento negocial de normatização infralegal, disciplinado pela IN CGU/CRG nº 4/2020, destinado às

chamadas infrações disciplinares de menor potencial ofensivo, ou seja, aquelas cuja penalidade prevista varia de advertência a suspensão de trinta dias. Não há, contudo, disciplina normativa legal para as infrações mais graves, tais como suspensão superior a trinta dias, demissão e cassação de aposentadoria (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2021).

O que se intenta neste artigo é refletir e avaliar as possibilidades jurídicas de se estabelecer, no âmbito do Direito Disciplinar, um instrumento que seja capaz de oferecer a servidores acusados em processos administrativos disciplinares estímulos capazes de motivá-los a fornecer à Administração Pública provas e informações que possibilitem o esclarecimento de fatos e o desbaratamento de esquemas de corrupção que vitimem a Administração Pública, viabilizando a identificação de outros servidores e até mesmo de entes privados partícipes do esquema, tal qual ocorre na esfera penal e no âmbito da responsabilização de entes privados.

1. Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União, Coordenador do Núcleo de Ações de Correição em Sergipe; reonautos@yahoo.com.br.

2. Servidora requisitada pela Controladoria-Geral da União, Coordenadora do Núcleo de Ações de Correição no Amapá; priscila-vazpeixoto@gmail.com.

2. COLABORAÇÃO PREMIADA: HISTÓRICO, EVOLUÇÃO, DEFINIÇÃO E APORTE LEGAL

A colaboração premiada como conhecemos hoje é, naturalmente, fruto de um processo histórico. Contudo, podem surpreender o período ao qual o início desse processo remonta e alguns fatos históricos amplamente conhecidos que marcaram o instituto (SONTAG, 2018; MELO, 2020).

Silva e Borges (2018) apontam que indícios de colaboração premiada são observados durante a Inquisição, quando se valorizava mais a confissão obtida por meio de tortura física do que aquela em que o corréu confessava espontaneamente a prática do ato sob censura.

Famoso episódio histórico remete à Inconfidência Mineira, quando Joaquim Silvério dos Reis delatou seus colegas inconfidentes e foi premiado pelo ato, ou, usando o termo da época, recebeu mercês, por isso (ANDRADE, 2018; SONTAG, 2019).

Contudo, importante mencionar a diferença que Ricardo Sontag (2019) destaca entre a lógica das mercês que vigorava durante a delação da Inconfidência Mineira e a lógica contratual que rege o instituto atual de colaboração premiada. Para Sontag, nada haveria de contratual nos prêmios obtidos por Joaquim Silvério dos Reis pela sua delação. Essa seria a principal diferença a se fixar para compreender historicamente as delações previstas nas Ordenações.

Assim, delineada por Sontag, a lógica das mercês vigente à época das Ordenações Filipinas, inclusive para o caso Joaquim Silvério dos Reis, difere da lógica contratual atual. Embora ambas busquem premiar o delator de um crime, naquela não há propriamente uma relação de obrigatoriedade de recompensa, sendo um instituto mais conveniente para estimular a lealdade dos súditos à majestade. Na lógica hodierna, há uma relação contratual entre o delator e o delatado, obrigando o Estado, por meio das autoridades investigativas e judiciárias, a conceder benefícios ao delator que contribua para o desvelamento de crimes praticados por organizações criminosas. Em outras palavras, a delação premiada seria hodiernamente um negócio jurídico, um acordo entre as partes, com obrigações recíprocas, um contrato sinalagmático. De modo diferente, na lógica das mercês não há propriamente uma negociação, há uma expectativa de ser premiado pela magnanimidade do rei (SOTANG, 2019; CORDEIRO, 2020).

Seguindo nesse raciocínio histórico nacional, Melo (2020, p. 25) conclui que o acordo de colaboração com o Rei, previsto nas Ordenações Filipinas, também fora usado quando da Conjuração Baiana

e depois, sob outra ordem jurídica, na ditadura militar iniciada em 1964, sobretudo após a edição do Ato Institucional nº 5.

Melo (2020, p. 25) esclarece que, sob a ditadura militar, a delação ou colaboração premiada era utilizada para a defesa do poder constituído, podendo ser acompanhada de coação física ou moral. Assim, tanto na época colonial como na ditadura militar, a delação premiada sempre servira como mecanismo de proteção a um Estado não democrático.

Para se entender o porquê da volta da delação premiada nos anos noventa, é preciso situar o Brasil em um movimento global de incentivo à chamada justiça criminal negocial (MELO, 2020, p.25).

O surgimento das máfias italiana e americana marcaram a consolidação da complexidade das atividades ilícitas cometidas por organizações criminosas e desencadearam um necessário ajustamento global da forma e do modo de combate a essa nova e mais bem planejada maneira de cometer crimes. Neste cenário, o Direito Penal Negocial ganha força e aprimoramento por se configurar como uma resposta às mudanças sociais e criminológicas (SILVA E BORGES, 2018; MELO, 2020).

Se hoje vive-se uma realidade completamente conectada, globalizada e ávida por celeridade e eficiência, naturalmente o crime a acompanhou e, assim, saímos de um ambiente social em que os bens jurídicos defendidos se concentravam em vida, propriedade e liberdade para um ambiente de alta incerteza jurídica frente à complexidade da corrupção, do terrorismo e das organizações criminosas. Nesse sentido, sendo o direito um instrumento de pacificação social, deve ele se adaptar a este novo modelo de sociedade, apresentando-se a colaboração premiada como um fruto dessa adaptação (MELO, 2020).

Assim, a colaboração premiada veio ao encontro dessa necessidade de aprimoramento da instrução probatória ante as especificidades do crime organizado, como o pacto de silêncio existente nestas organizações, por exemplo. Dessa forma, havendo benesses para o delator, nascem a possibilidade de quebra deste silêncio e a possibilidade de ciência do Estado sobre o funcionamento, a hierarquia e os atores envolvidos (SILVA E BORGES, 2018).

O respaldo normativo atual da colaboração premiada tem início com a instituição de convenções internacionais, frutos das necessárias adaptação e evolução do sistema de persecução penal frente ao crime organizado. Simultaneamente, ocorre em âmbito nacional uma evolução legislativa do instituto (DALLA; WUNDER, 2018). Nesse sentido, Melo (2020, p. 29 -14 a 15) destaca dois documentos internacionais sobre colaboração premiada: primeiro,

a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional), que propôs uma série de medidas de combate às organizações criminosas, na qual se destaca o incentivo à concessão de benefícios penais como redução de pena e imunidade a quem colaborar com a investigação ou instrução penal. Na mesma toada, a Convenção de Mérida (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção) também incentiva a concessão dos benefícios de redução de pena ou de imunidade judicial para quem colaborar com a justiça, informando sobre delitos, ou contribuindo para a recuperação do produto do crime.

Passando ao contexto normativo interno, Melo (2020, p. 29 -14 a 15) prossegue destacando que o instituto da colaboração premiada começou a aparecer nos diplomas legais a partir do final dos anos oitenta, ainda sob a nomenclatura de delação premiada. A primeira lei a tratar a matéria foi a Lei de Crimes Hediondos. A partir disso, várias legislações seguiram esse exemplo, tais como a Lei nº. 9.034, de 1995; Lei nº. 9.080, de 1995; Lei nº. 9.613, de 1998, e a Lei nº. 12.683, de 2012.

Relativamente à parte processual, Melo (2020, p. 29 -14 a 15) observa que a Lei nº 12.850/2013 foi a primeira a dedicar maior extensão e atenção. Assim, a partir da sua edição, a colaboração premiada passou a ganhar destaque na prática judicial, consistindo em um dos principais meios de obtenção de prova, sobretudo nos processos de maior destaque pela mídia nacional, frutos da Operação Lava Jato. Essa norma foi complementada pela Lei nº. 13.964, de 2019, que além de introduzir um novo mecanismo de justiça criminal negocial, o acordo de não persecução penal (ANPP), deu ênfase à fase negocial da colaboração premiada.

No mesmo caminho, Sotang (2019) traça um paralelo legislativo de normativos negociais penais para crimes menos e mais graves ao destacar que a delação premiada, assim, está inserida em um amplo processo de inserção de elementos negociais no processo penal brasileiro nas últimas décadas. Esquemáticamente, para crimes de menor potencial ofensivo, o grande marco é a lei que instituiu os juizados especiais criminais, a lei nº 9.099 de 1995; para crimes graves, isto é, que envolvem organizações criminosas, graves danos ao erário público, e assim por diante, o marco mais importante é a já referida lei de 2013.

Dessa forma, com a atual consolidação da colaboração premiada em âmbito normativo, podemos conceituá-la como um negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova que consiste na entrega de informações, por um investigado/acusado, que possam contribuir para a persecução penal

de crimes praticados por organizações criminosas (DALLA; WUNDER, 2018). O parágrafo primeiro do primeiro artigo da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, considera organização criminosas:

(...) a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

A Seção I do Capítulo II da lei dedica-se exclusivamente à colaboração premiada. Destas disposições, resumimos e destacamos aqui alguns pontos, como a conceituação do instrumento de colaboração (art. 3-A), o estabelecimento enfático do sigilo que as tratativas devem obedecer, com direito, inclusive, à Termo de Confidencialidade (Art. 3º-B e parágrafos seguintes), bem como a possibilidade de “Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade” (§ 6º do art. 3º-B). No mesmo sentido, o § 10 do art. 4º da Lei 12.850/13 prevê que “As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”.

A necessária atuação de defesa técnica também é enfatizada no normativo. O § 1º do art. 3º-C estabelece que “Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público” e, adiante, o § 15 do art. 4º reitera que “Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor”.

O art. 4º tem suma importância por não apenas apontar os possíveis benefícios que a colaboração premiada pode acarretar, mas também por estabelecer quais requisitos devem ser atingidos para que tais benefícios sejam desfrutados. Vejamos:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e

partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Como benefícios, há, ainda, a possibilidade de requerimento ou representação ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, nos moldes do § 2º do art. 4º, e a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia se obedecidos os requisitos do § 4º do mesmo artigo. Como requisitos, os parágrafos 17 e 18 do art. 4º preveem, ainda, a proibição de omissão dolosa por parte do colaborador e que este cesse seu envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, tudo sob pena de rescisão do acordo. Por sua vez, o § 14 demanda ao colaborador, quando da realização de seus depoimentos, a renúncia ao direito ao silêncio e a sujeição ao compromisso legal de dizer a verdade.

Apontados os requisitos, destaca-se também os direitos legalmente estabelecidos ao colaborador. Eles estão dispostos no art. 5º da Lei. Vale citar:

Art. 5º São direitos do colaborador:

I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;

III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;

IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;

V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;

VI - cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

A colaboração premiada pode ocorrer em qualquer momento da persecução penal (art. 3º), podendo ser suspenso por até seis meses (prorrogáveis por igual período) o prazo para oferecimento de

denúncia ou o processo, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração. Durante esse período o prazo prescricional respectivo é suspenso (§ 3º do art. 4º). Contudo, caso a colaboração seja posterior à sentença, os benefícios possíveis são a redução da pena até a metade ou a progressão de regime, mesmo que ausentes os requisitos objetivos (§ 5º do art. 4º).

Não há participação do Juiz nas negociações do acordo de colaboração, competindo a ele a análise e homologação da proposta formal conforme os requisitos legais (§6º e seguintes do art. 4º). Também não poderá o Juiz decretar ou proferir algumas medidas apenas com base apenas nas declarações do colaborador. São elas: as medidas cautelares reais ou pessoais; o recebimento de denúncia ou queixa-crime; e a sentença condenatória (§16º do art. 4º).

Assim, a colaboração premiada, ainda que justamente criticada em alguns pontos e pendente de aprimoramentos (MENDES, 2017; MELO, 2020), se mostra como importante e eficiente instrumento de combate à corrupção atualmente. Oportuna e necessária, portanto, é sua inclusão na seara administrativa disciplinar, alcançando servidores públicos, relevantes personagens na estrutura das relações corruptas com a Administração Pública. Há, entretanto, alguns entraves para essa inclusão no atual sistema disciplinar e sobre este assunto se passa a abordar.

3. AS ATUAIS LIMITAÇÕES PARA O ENFRENTAMENTO DE ESQUEMAS DE CORRUPÇÃO NA SEARA ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR: UMA ANÁLISE DA LEI 8.112/90

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é procedimento administrativo legalmente previsto que visa apurar possível cometimento de infração disciplinar por servidor público e, sendo o caso, sancioná-lo, tudo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa (PIETRO, 2018; CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2021). A Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, prevê o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais e, portanto, estabelece não só deveres e proibições para servidores públicos como também aborda o PAD, sendo, portanto, o principal normativo atual a tratar do tema.

Num primeiro momento, cumpre esclarecer os limites de quem a Lei 8.112/90 considera servidor público. Em seus artigos 1º, 2º e 3º, assim estabelece o normativo:

Art. 1º Esta Lei institui o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União,

das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.

Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor (grifo nosso).

Abrange-se, portanto, servidores públicos civis da Administração Pública Direta e de parte da Administração Pública Indireta (das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais), não incluindo, pois, militares, empregados públicos, e servidores de Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Todos esses possuem regimes próprios, porém, considerando-se a abrangência e a consolidação da seara disciplinar no âmbito da União, apoiaremos esta análise da atual estrutura disciplinar nacional nas disposições disciplinares trazidas pela Lei 8.112/90.

A Lei prevê três procedimentos acusatórios de apuração e possível sanção de infração disciplinar: a sindicância; o processo administrativo disciplinar (rito ordinário); e o processo administrativo sob o rito sumário. Prevê também seis penalidades:

Art. 127. São penalidades disciplinares:

I - advertência;

II - suspensão;

III - demissão;

IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

V - destituição de cargo em comissão;

VI - destituição de função comissionada.

A sindicância destina-se a apurar falta funcional que possa ser penalizada com advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias. O PAD sob o rito sumário, por sua vez, destina-se à apuração de acumulação de cargos públicos, abono de cargo e inassiduidade habitual, restando ao PAD ordinário os demais casos. Todos estes procedimentos serão conduzidos por uma comissão de servidores públicos designada especificamente para o trabalho, nos moldes do artigo 149.

A 8.112/90 estabelece diversos deveres e proibições e especifica, para cada caso de descumprimento, uma penalidade e um procedimento apuratório próprio dentre os apresentados. Destas previsões destacamos aqui o inciso XI do art. 132

que determina a aplicação da penalidade de demissão em casos de corrupção, sendo sua apuração realizada por meio do PAD sob o rito ordinário.

Quanto à aplicação das sanções, assim dispõe o artigo 128: “Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”. À primeira vista, o dispositivo parece apresentar a possibilidade de análise de proporcionalidade na escolha da sanção a ser aplicada, contudo, tal análise proporcional pode ser feita apenas na ponderação entre advertência e suspensão, sendo vinculados os casos de aplicação de penalidade capital (demissão e demais penalidades). Nesse sentido são os pareceres nº 183 e nº 177 da Advocacia Geral da União (apud CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2021, p. 304-305):

Parecer AGU nº GQ – 177, vinculante

Ementa: Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato (...).

10. (...) Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, arts. 132 e 134, cominam a aplicação da pena de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, esta medida se impõe sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa (...) para omitir-se na apenação.

Parecer AGU nº GQ – 183, vinculante

Ementa: É compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, se caracterizada infração disciplinar antevista no art. 132 da Lei nº 8.112/90, de 1990. (...)

7. Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, de 1990, arts. 129, 130, 132, 134 e 135, comina a aplicação de penalidade, esta medida passa a constituir dever indeclinável, em decorrência do caráter de norma imperativa de que se revestem esses dispositivos. Impõe-se a apenação sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa para omitir-se nesse mister. (...)

8. Esse poder é obrigatoriamente desempenhado pela autoridade julgadora do processo disciplinar (...).

Assim, não havendo margem para ponderação de proporcionalidade na aplicação de penalidade em casos de corrupção, não há margem para se pensar em uma possível negociação de penalidade capital com servidor que estivesse disposto a barganhar a manutenção de seu vínculo público em troca de informações que pudessem ajudar a Administração Pública a efetivamente combater organizações criminosas.

Ademais, conforme já apresentado no tópico anterior, esquemas de corrupção são, em sua maioria, complexos e de difícil comprovação. Paralelo a isto, a 8.112/90, em sua configuração atual, não dispõem de mecanismos que possibilitem desbaratar tais esquemas. Vale lembrar que sua promulgação se deu em 1990, mesmo ano de promulgação da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072, de 1990), primeiro normativo nacional a tratar da possibilidade de delação premiada, porém de maneira ainda muito aberta e rasa (Melo, 2020; DALLA; WUNDER, 2018).

Para Melo (2020, p. 29-30), o texto previa a possibilidade de redução da pena de um a dois terços quando, diante de um crime de extorsão mediante sequestro cometido por quadrilha ou bando, o coautor reportava-se à autoridade, facilitando a liberação da vítima, se o membro da quadrilha ou bando a denunciava à autoridade, facilitando o seu desmembramento. Assim, não existia a previsão de um procedimento negocial para a colaboração, permanecendo a tendência de se conferir o benefício sem a necessidade de consenso explícito e documentado entre as partes.

Apenas a partir dos anos 2000 instrumentos negociais de combate ao crime organizado e à corrupção como as colaborações premiadas ganham expoentes globais, a exemplo das já citadas Convenções de Palermo e Convenção de Mérida, ambas internalizadas por meio dos Decretos nº. 5.015, de 12 de março de 2004 e nº. 5.687, de 31 de janeiro de 2006, respectivamente. Assim, a legislação que aborda o procedimento disciplinar de servidores públicos da União não acompanhou tais mudanças.

Outro ponto de fragilidade para apuração de casos de corrupção na seara disciplinar é a limitação probatória. A Comissão responsável pelo PAD não possui poder legal que a permita, diretamente, realizar ou solicitar medidas como busca e apreensão; provas requeridas com o afastamento das cláusulas da reserva de sigilo; interceptação telefônica; e afastamento do sigilo bancário (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2021). Tais medidas, entretanto, são comuns na apuração de casos de corrupção e sua falta no PAD confirma o cenário de considerável dificuldade apuratória destes casos na seara disciplinar.

Assim, considerando a urgência que a devida apuração e o desbaratamento de esquemas de corrupção requerem, somada a clara desfasagem da legislação disciplinar, propõe-se a seguir a instituição da colaboração premiada disciplinar no ordenamento jurídico brasileiro para o desbaratamento de esquemas de corrupção.

4. PROPOSTA DE INSTITUIÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA DISCIPLINAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para fins de ilustração do que se pretende propor aqui neste artigo, imagine-se a ocorrência do seguinte esquema de prática de ilícitos e obtenção de vantagens indevidas abaixo descrito. Reforce-se que o caso é meramente ilustrativo, elaborado a partir da experiência profissional correcional dos autores deste artigo.

Carlos era servidor público federal responsável pelos procedimentos licitatórios de um determinado órgão. Um certo dia, chega ao órgão no qual ele trabalhava uma denúncia anônima acompanhada de um vídeo que mostra Carlos recebendo dinheiro em espécie do proprietário de uma empresa vencedora de determinada licitação. A denúncia dava conta de que Carlos recebera propina para favorecer tal empresa. O conteúdo da denúncia era somente esse.

Ao tomar conhecimento da denúncia, a autoridade competente determinou a abertura de Processo Administrativo Disciplinar para apurar os fatos. A Comissão do PAD (CPAD) foi regularmente constituída e iniciou seus trabalhos. Durante a instrução, a CPAD aprofundou a apuração e identificou irregularidades no processo licitatório que favoreceu a empresa denunciada.

Em sua defesa, Carlos negou qualquer irregularidade e afirmou que o dinheiro que recebeu do empresário era relativo a uma questão da sua vida privada. Carlos alegou que teria vendido um automóvel ao empresário, de modo que o dinheiro correspondia ao pagamento pela venda do veículo.

Contudo, as provas produzidas pela Comissão não deixavam dúvidas de que a versão de Carlos era falsa. Assim, ao término do seu trabalho, a Comissão elaborou seu relatório, recomendando à autoridade julgadora a aplicação da penalidade de demissão a Carlos, pela prática do ilícito previsto no inciso IX, do art. 117, c/c o art. 132, incisos XI e XIII, da Lei nº 8.112/90. Em seu julgamento, a autoridade competente acatou as recomendações da CPAD e aplicou a penalidade de demissão a Carlos.

O trabalho da Comissão de PAD foi muito bem realizado, com a devida apuração dos fatos a partir dos elementos de informação de que dispunha. Carlos foi demitido e, assim, perdeu seu cargo público, o qual ocupou por mais de trinta anos. Após a demissão, Carlos reconheceu o erro e implorou à autoridade julgadora para que não fosse demitido. Chegou a afirmar que preferia ser preso a ser demitido, pois tinha família, constituída por esposa e filhos, sendo o seu cargo a única fonte de renda de sua família. Preocupava-se nem tanto com a sua situação, mas com a situação da sua família, que certamente enfrentaria grandes dificuldades financeiras.

Posteriormente, a empresa favorecida pela fraude licitatória foi punida com base na Lei de Licitações. E, por fim, somente Carlos e a empresa foram devidamente punidos na seara disciplinar, pois as apurações realizadas pela Administração Pública somente conseguiram identificar ilícitos praticados por Carlos e pela empresa.

Ocorre que, na verdade, havia um esquema muito maior do que o revelado pelas apurações da Administração. Carlos era apenas um dos servidores envolvidos. Além de Carlos, uma colega sua e o seu chefe imediato participavam do esquema dentro do órgão. Outras três empresas também participavam do esquema ilícito e já tinham pagado propina a vários servidores de outros órgãos da Administração Pública.

Carlos tinha conhecimento de todo o esquema. Sabia da participação de seus colegas no seu próprio órgão e sabia também da participação de outros servidores dos outros órgãos envolvidos, além das três empresas.

Apesar do quadro acima desenhado, a Administração, pelos seus instrumentos e suas limitações, não conseguiu perceber a grandiosidade do esquema, pois, em sua defesa, Carlos limitou-se a negar as irregularidades por ele praticadas. Carlos não tinha qualquer interesse em delatar os demais participantes do esquema ilícito, pois nada ganharia com essa atitude.

Dessa forma, após as punições a Carlos e à empresa fraudadora, o esquema continuou operando com os outros servidores nos outros órgãos públicos e com as mesmas empresas do esquema, além de mais uma que fora criada para substituir no esquema a empresa punida.

A ilustração acima é suficientemente clara para demonstrar o que a Administração Pública teria a ganhar com a instituição de uma espécie de Colaboração Premiada Disciplinar na seara administrativa. Veja-se.

O atual quadro normativo referente ao Processo Administrativo Disciplinar não oferece qualquer possibilidade de acordo com o acusado Carlos. Da maneira como a responsabilização disciplinar é estruturada no Brasil, não seria lícito à Administração Pública oferecer a Carlos a possibilidade de comutar a demissão por uma penalidade menos gravosa em troca de informações e provas que possibilitassem o desvelamento do esquema ilícito composto por empresas e servidores públicos de vários órgãos. Por não ter nenhum benefício em admitir o ilícito e delatar os demais integrantes do esquema, Carlos, racionalmente, opta por negar os fatos que lhes são atribuídos, assim como se quer cogita delatar os demais envolvidos.

A Colaboração Premiada no âmbito disciplinar, caso já estivesse instituída no ordenamento jurídico pátrio, com possibilidade de concessão de benefícios a Carlos, inclusive com a manutenção do seu cargo sob certas condições e circunstâncias, teria o potencial de estimulá-lo a colaborar com a Administração, oferecendo provas e informações para o efetivo desbaratamento do esquema. No mínimo, Carlos cogitaria racionalmente a hipótese, tendo em vista, inclusive, a sua situação de mantenedor da família.

Ao optar pela Colaboração Premiada Disciplinar, caso houvesse essa possibilidade jurídica, Carlos ofereceria provas e informações que resultariam na demissão dos demais servidores integrantes do esquema, por meio de Processo Administrativo Disciplinar, bem como na responsabilização das empresas fraudadoras de licitação, por meio de Processos Administrativos de Responsabilização.

Note-se que no caso hipotético acima descrito os fatos ilícitos apontados possuem repercussão nas esferas de responsabilização penal e administrativa, sendo esta última desdobrada em responsabilização de servidor público, por meio de PAD, e responsabilização de ente privados, por meio de Processo Administrativo de Responsabilização com base na Lei Anticorrupção (LAC), Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

O fato hipotético acima descrito tratou de um esquema ilícito de fraudes em processos licitatórios. Contudo, na realidade do dia a dia do funcionamento da máquina administrativa, fraudes em licitações são apenas uma entre inúmeras possibilidades de atuação de esquemas ilícitos compostos por agentes públicos e privados para a obtenção de vantagens indevidas por estes últimos a partir de cooptação de agentes públicos por meio do oferecimento de propina e outras vantagens indevidas.

Assim, a título de exemplo, pode-se citar casos de pagamento de propina e outras vantagens a agentes públicos para situações de: concessão de li-

cenças ambientais, alvarás de funcionamento, fiscalização agropecuária, fiscalização tributária, trabalhista, regulação de serviços privados, fiscalização de obras públicas, entre inúmeras outras situações possíveis.

O que se pretende demonstrar aqui são as limitações e dificuldades enfrentadas atualmente pelas Comissões Disciplinares na obtenção de provas que desbaratem esquemas de práticas de ilícitos contra a Administração Pública, bem como os benefícios que adviriam para a Administração em caso instituição da Colaboração Premiada Disciplinar.

4.1. QUADRO ATUAL

Atualmente, são basicamente duas as situações possíveis de uma Comissão de PAD ou de sindicância se defrontarem com esquemas ilícitos contra a Administração Pública:

a) quando o grupo organizado para a prática de ilícitos tem sua atuação investigada no âmbito da persecução criminal;

b) quando o grupo organizado para a prática de ilícitos tem sua atuação investigada no âmbito da apuração administrativa de responsabilização disciplinar.

Serão brevemente tratadas cada uma das situações acima.

a) quando o grupo organizado para a prática de ilícitos tem sua atuação investigada no âmbito da persecução criminal

No âmbito da persecução criminal, quando a organização criminosa, assim definida na Lei n.º 12.850/2013, pratica atos contra a Administração Pública e há a participação de servidores públicos no seio da organização, é possível o compartilhamento das provas produzidas no processo penal com a Administração Pública, mormente quando se vislumbra a prática de ilícitos administrativos por esses servidores públicos.

Nesses casos, a Administração Pública instaurará procedimento disciplinar e a comissão disciplinar irá aprofundar a investigação. Mas nem sempre é possível à Comissão de PAD ou de sindicância contar com a colaboração do servidor investigado, ainda que ele tenha sido colaborador na seara penal, pois o seu acordo de colaboração premiada no âmbito penal somente tem efeitos lá.

Assim, não é incomum ocorrer a inusitada situação de o servidor confessar o crime e delatar os partícipes da organização criminosa na esfera penal e silenciar e se negar a prestar mais informações e elementos na esfera disciplinar. A razão é uma só: ainda que o acusado celebre na esfera penal acordo

de colaboração premiada e consiga benefícios como a isenção da pena, caso ofereça informações que levem ao desbaratamento do esquema, na seara administrativa ele não terá quaisquer benefícios.

A tendência é que no âmbito disciplinar o acusado silencie e imponha obstáculos ao andamento do processo, pois sabe que a Administração detém as provas do seu envolvimento no esquema criminoso, tendo em vista o compartilhamento das provas produzidas na esfera penal.

O quadro seria diferente se a Lei das Organizações Criminosas, Lei n.º 12.850/2013, para os casos de crimes contra a Administração Pública, quando o colaborador fosse servidor público, impusesse-lhe o dever também de colaborar com a apuração no âmbito disciplinar, concedendo-lhe benefícios, tais como a possibilidade de comutação da pena de demissão por uma menos gravosa, desde que, no âmbito disciplinar, continuasse com o espírito de colaborar com a autoridade pública e fornecesse mais elementos de informação capazes de desvelar por completo o esquema ilícito, obrigando o servidor ao compromisso de dizer a verdade, sob pena de perder os benefícios obtidos inclusive na esfera penal.

b) quando o grupo organizado para a prática de ilícitos tem sua atuação investigada no âmbito da apuração administrativa de responsabilização disciplinar

A obtenção de provas, quando não escritas e documentadas, torna dificultosa a atividade das comissões disciplinares e de sindicâncias, pois, em geral, os servidores envolvidos no esquema ilícito negam os fatos que lhes são atribuídos, silenciando ou até mesmo mentindo em seus depoimentos no interrogatório.

Como se sabe, o silêncio e a mentira não trazem quaisquer prejuízos adicionais aos acusados em PAD. Os acusados não podem ser penalizados ou terem suas penas agravadas por mentirem ou silenciarem nos processos, haja vista o direito de não produzir provas contra si mesmos (CONTROLDORIA-GERAL DA UNIÃO, 2021; TEIXEIRA, 2020). Ainda assim, com muito empenho, as Comissões, em alguns casos, conseguem produzir provas suficientes para penalizar o servidor acusado, mas, quase nunca conseguem ter a visão completa do esquema, deixando de penalizar outros eventuais partícipes, cúmplices do servidor penalizado.

Ainda que o acusado saiba da participação de outros servidores e de pessoas jurídicas envolvidas no esquema ilícito, ele não possui qualquer interesse jurídico em colaborar com o desvelamento do esquema, pois a Lei não lhe concede quaisquer

benefícios nesse sentido. Caso colaborasse com o oferecimento de provas e informações, as vantagens para a Administração seriam inúmeras, entre elas: mais celeridade na investigação e menos dispêndio de recursos; a abertura de processos disciplinares para outros servidores participantes do esquema; e a abertura de processos de responsabilidade de entes privados, para as pessoas jurídicas envolvidas.

4.2. PROPOSTA DE INSTITUIÇÃO LEGISLATIVA DA COLABORAÇÃO PREMIADA DISCIPLINAR

Caso o legislador tome a decisão política de instituir a Colaboração Premiada Disciplinar, algumas questões terão que ser enfrentadas:

- 1) Quais seriam as vantagens e desvantagens da instituição da Colaboração Premiada Disciplinar?
- 2) Como estabelecer medidas para mitigar a evidente problemática de se manter no serviço público o colaborador disciplinar que, confessadamente, praticou atos de corrupção?
- 3) Seria juridicamente possível?
- 4) Em quais casos ela seria aplicável?
- 5) Quais seriam os direitos e deveres do colaborador disciplinar?
- 6) Quais seriam os benefícios para o colaborador disciplinar?
- 7) A colaboração premiada disciplinar traria obrigações ao colaborador também em relação a outras esferas de apuração de responsabilidades?
- 8) A Colaboração Premiada Disciplinar seria instituída em Lei Penal ou nos Estatutos de Servidores Públicos?
- 9) Como se daria a instituição da Colaboração Premiada Disciplinar?

Com o objetivo de fomentar o debate acerca do tema, serão esboçadas possíveis respostas às indagações acima.

4.2.1. Vantagens e desvantagens para a Administração Pública

As vantagens da instituição da Colaboração Premiada em sede disciplinar já foram elencadas acima: maior efetividade no desvelamento de esquemas ilícitos contra a Administração Pública, mediante confissão da prática do ilícito e fornecimento, por parte do colaborador disciplinar, de elementos de informação ainda não conhecidos pela Administração e cuja busca seria muito dificultosa pelos meios tradicionais de apuração; menos dispêndio de recursos por parte da Administração; apuração em

menor tempo; maior alcance do universo de pessoas físicas e jurídicas penalizadas, afastando sua indesejável atuação perante a Administração Pública.

Como desvantagem, vislumbra-se, unicamente, a permanência nos quadros da Administração de um servidor que, confessadamente, praticou atos ilícitos. Quanto a isso, é necessário reconhecer que as vantagens superam em muito essa desvantagem pontual. Evidentemente, o colaborador disciplinar somente poderá ser isento da penalidade de demissão se a colaboração for efetiva no sentido do fornecimento de elementos de informação que permitam desvelar o esquema.

4.2.2. Permanência do colaborador disciplinar nos quadros da Administração

Como medidas para mitigar a problemática permanência de um servidor que, reconhecidamente, praticou atos ilícitos, pode-se estabelecer: o compromisso de não voltar a cometer ilícitos contra a Administração, sob pena de descumprimento dos termos do acordo de colaboração disciplinar por parte do colaborador e a consequente retomada do processo disciplinar contra ele; o impedimento de o colaborador exercer cargos e funções comissionadas durante determinado período; entre outras medidas. Além dessas, a demissão poderia ser comutada para a penalidade de suspensão por 90 dias.

4.2.3. Possibilidade jurídica

Entende-se que a instituição da Colaboração Premiada na seara disciplinar não encontra óbices jurídicos, desde que sejam realizadas alterações legislativas harmonizadas com os princípios constitucionais que garantam ao colaborador o pleno exercício dos seus direitos como investigado ou acusado num devido processo legal, como ocorre com a colaboração premiada no âmbito da persecução penal.

4.2.4. Aplicabilidade

A Colaboração Disciplinar premiada seria aplicável aos casos de envolvimento do servidor investigado ou acusado, em qualquer fase do processo, desde que fornecesse elementos de informação e provas suficientes para o desvelamento de esquemas ilícitos contra a Administração Pública, praticado por uma pluralidade de servidores e/ou pessoas jurídicas. As provas contra as pessoas jurídicas serviriam à instauração de processos de responsabilização de entes privados.

4.2.5. Direitos, deveres e benefícios para o colaborador disciplinar

Os direitos do colaborador disciplinar seriam os correlatos na seara disciplinar àqueles dispostos no art. 5º, da Lei nº 12.850/2013. Quanto às obrigações do colaborador disciplinar, as mais relevantes seriam a renúncia ao direito ao silêncio e a sujeição ao compromisso de dizer a verdade, sob pena de descumprimento dos termos da Colaboração Premiada Disciplinar, como dispõe o § 14, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013.

O benefício evidente para o colaborador disciplinar seria a garantia de não demissão, nas condições estabelecidas nas cláusulas pactuadas do termo de Colaboração Premiada Disciplinar.

4.2.6. Colaboração Premiada Penal, Colaboração Premiada Disciplinar e repercussão recíproca entre as esferas de responsabilização penal e disciplinar

Questão de grande relevância diz respeito aos efeitos ultra disciplinares da colaboração premiada disciplinar. Propõe-se que a renúncia ao direito ao silêncio e o compromisso de dizer a verdade assumidos pelo colaborador disciplinar valham também para a investigação e o processo penal. A medida objetiva garantir coerência entre as investigações criminais e disciplinares, ao evitar posturas distintas e contraditórias do colaborador perante diferentes autoridades investigativas da mesma Administração Pública. Aqui, deve preponderar a utilidade, o interesse público, a unicidade do Direito e a harmonia de tratamento dispensado ao colaborador pelos processos disciplinares e penais.

Necessário também que, a par da obrigatoriedade de renunciar ao silêncio e dizer a verdade nas esferas disciplinar e penal, devem ser igualmente conferidos ao colaborador os benefícios correspondentes em ambas as esferas de responsabilização. Essa medida tem o potencial de incrementar o estímulo à colaboração, pois o colaborador poderá ter benefícios também na esfera penal, livrando-se, desse modo, da demissão do servidor público e, eventualmente, conforme o caso, até mesmo da pena no processo criminal.

Do mesmo modo, para garantir a coerência entre as esferas de responsabilização e o alcance maior do interesse público, necessário se torna instituir que, o descumprimento das cláusulas do termo de colaboração premiada disciplinar também terá efeitos na esfera penal.

Por fim, para os casos de crimes contra a Administração Pública, quando a investigação criminal ocorrer antes da apuração disciplinar e o servidor

celebrar Acordo de Colaboração Premiada da esfera penal, deve-se estabelecer a extensão da renúncia ao silêncio e do compromisso de dizer a verdade relativamente às investigações e processos disciplinares, sob pena de descumprimento do acordo.

4.2.7. Instituição da Colaboração Premiada Disciplinar em Lei Penal ou nos Estatutos de Servidores Públicos?

Uma primeira e superficial análise poderia conduzir ao entendimento de que a instituição da Colaboração Premiada Disciplinar no ordenamento jurídico brasileiro seria melhor acolhida no Estatuto dos Servidores Públicos, já que é lá que se encontra regulamentado o regime disciplinar dos servidores. Contudo, necessário reconhecer que, caso esse entendimento prepondera, nem todos os servidores públicos brasileiros seriam alcançados. A razão é de fácil entendimento.

A Federação brasileira é composta por 5.568 municípios, 26 estados e o Distrito Federal. Cada um desses entes federativos possui estatuto próprio para os seus servidores. A União também tem o seu, a já citada Lei nº 8.112/1990. Considere-se, ainda, a existência de inúmeros estatutos e regulamentos referentes a empregados públicos, seja de empresas estatais ou fundações públicas. Assim, seria muito difícil, quase impossível, que todos esses mais de 5.500 estatutos fossem alterados para instituir a colaboração premiada disciplinar, o que deixaria em condições desiguais uma grande quantidade de servidores, além de provocar a existência de uma grande quantidade de institutos distintos de colaboração premiada disciplinar.

Reconhecendo essa característica da federação brasileira, o que ora se propõe é uma simples alteração normativa na própria Lei de Organizações Criminosas, de modo a garantir efetividade relativamente a todo o serviço público brasileiro, possibilitando um combate mais efetivo à corrupção.

4.2.8. O que alterar na Lei

A alteração legislativa proposta é a simples inclusão do Art. 7º-A, na Lei nº 12.850/2013, com a redação que se sugere a seguir, concatenando tudo o que foi abordado.

Art. 7º-A. Nos casos de apuração de Crimes Contra a Administração Pública em que o colaborador seja servidor ou empregado público, a renúncia ao direito ao silêncio e o compromisso legal de dizer a verdade, nos termos do § 14, do art. 4º, serão estendidos aos procedimentos disciplinares, investigativos ou acusatórios, instaurados ou

que venham a ser instaurados, desde que guardem relação com os fatos apurados.

§ 1º. No âmbito da apuração de ilícitos disciplinares, a autoridade administrativa poderá celebrar acordo de Colaboração Premiada Disciplinar com o servidor ou empregado público envolvido em esquema ilícito de atos contra a Administração Pública, de forma correlata ao estabelecido nesta Seção, de acordo com as peculiaridades do órgão ou entidade.

§ 2º. A Colaboração Premiada Disciplinar referida no parágrafo antecedente resultará, a requerimento do interessado, em substituição da penalidade de demissão por uma penalidade menos gravosa, não maior que suspensão por 90 (noventa dias), além do impedimento para assunção de cargo ou função comissionada por período não superior a 5 (cinco) anos e do compromisso de não voltar a cometer grave ilícito administrativo, sob pena de descumprimento do termo de Colaboração Premiada Disciplinar.

§ 3º. A celebração do termo de Colaboração Premiada Disciplinar independe da existência de apuração na esfera criminal, mas, caso haja, impõe ao colaborador disciplinar, perante a apuração criminal, a renúncia ao direito ao silêncio e o compromisso legal de dizer a verdade, nos termos do § 14, do art. 4º, caso em que poderá fazer jus aos benefícios constantes do Art. 4º, caput.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Colaboração Premiada, instituída legalmente como meio de obtenção de prova em processos criminais para o enfrentamento de organizações criminosas, é consequência de um longo processo histórico. Passando-se pela Inquisição, na Idade Média, observa-se maior valorização da confissão obtida por meio de tortura do que aquela apresentada espontaneamente. No Brasil, a Inconfidência Mineira traz o exemplo da traição de Joaquim Silvério dos Reis, favorecido pela política das mercês, instituída pelas Ordenações Filipinas, a qual possibilitava ao delator demonstrar sua lealdade ao Rei, enquanto

nutria expectativa, não garantida, de obtenção de algum benefício por parte de sua majestade. Na ditadura militar, entre os anos de 1964 e 1985, sobretudo após a edição do Ato Institucional nº 5, a tortura, acompanhada ou não de coação física e moral, foi amplamente utilizada com fim de se defender o poder constituído.

Atualmente, na vigência do Estado Democrático de Direito, a Colaboração Premiada é estabelecida como uma espécie de contrato, com obrigações recíprocas para o Estado e o colaborador, sempre de modo a respeitar, quanto a este, o pleno exercício de suas garantias constitucionais, permitindo que as autoridades públicas possam obter elementos de informação para o desbaratamento de organizações criminosas, assim definidas em Lei.

No quadro atual da legislação no Brasil, só há previsão legal da Colaboração Premiada para fins de investigação e instrução criminal. Assim, torna-se necessária a instituição, mediante alteração legislativa, da Colaboração Premiada Disciplinar, com o objetivo de permitir que Administração Pública, por meio de procedimentos disciplinares, alcance melhores resultados no desvelamento de esquemas ilícitos, contribuindo assim para maior efetividade no combate à corrupção no Brasil.

Recomenda-se que a alteração legislativa seja feita na própria Lei de Organizações Criminosas, Lei nº 12.850/2013, medida que alcançaria servidores de toda a Administração Pública brasileira. Vê-se como inviável a instituição da Colaboração Premiada Disciplinar por meio de alteração legislativa em cada um dos estatutos de servidores públicos dos mais de 5000 entes federados brasileiros.

Por fim, a alteração legislativa proposta é a simples inclusão do Art. 7º-A, na Lei nº 12.850/2013, de modo a instituir a Colaboração Premiada Disciplinar de forma correlata à Colaboração Premiada já existente, respeitando-se as peculiaridades de cada órgão ou entidade. O outro aspecto importante da proposta apresentada diz respeito ao colaborador criminal que também é servidor ou empregado público, estendendo, obrigatoriamente, a renúncia ao direito ao silêncio e o compromisso legal de dizer a verdade, nos termos do § 14, do art. 4º, aos procedimentos disciplinares, investigativos ou acusatórios, instaurados ou que venham a ser instaurados, desde que guardem relação com os fatos apurados.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Luiz Alcântara Costa. **Corrupção E Colaboração Premiada**. Orientador: Francisco Horácio da Silva Frota. 2018. 325 f. Dissertação (Mestrado) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual do Ceará, 2018. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=6627848. Acesso em 4 abr. 2022
- BRASIL. **Decreto Nº 5.015, de 12 de março De 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.
- CGU - CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual De Processo Administrativo Disciplinar**. Atualizado até janeiro de 2021. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/64869>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Corregedoria-Geral da União. **Instrução Normativa nº 4, de 21 de fevereiro de 2020**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, ano 2020, n. 38, p. 155, 26 fev. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-4-de-21-de-fevereiro-de-2020-244805929>. Acesso em: 24 abr. 2022.
- CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- DALLA, Humberto; WUNDER, Paulo. **Os Benefícios Legais da Colaboração Premiada**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 1. janeiro a abril de 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2018.33460>. Acesso em 12 abr. 2022
- MELO, Caio Vanuti Marinho de. **Parâmetros Constitucionais Da Colaboração Premiada**. Orientador: Walter Nunes da Silva Júnior. 2020. 204 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Federal Do Rio Grande Do Norte, 2020. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=10659674. Acesso em 4 abr. 2022
- MENDES, Soraia R. **Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”**: novos e múltiplos olhares. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 31–38, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.56>. Acesso em 12/04/2022.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVA, Aricio Vieira Da; BORGES, Danilo Marques. **Enfrentamento do crime organizado por meio da delação premiada**. Revista de Criminologias e Políticas Criminais, Porto Alegre, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/4862>. Acesso em 12 abr. 2022.

SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017

SONTAG, Ricardo. **Para uma história da delação premiada no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, ed. Vol. 5, ano 2019, n. 1, p. 441-468, 26 mar. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1>. Acesso em: 4 fev. 2022.

TEIXEIRA, Marcos Salles. **Anotações sobre Processo Administrativo Disciplinar**. 13 ago. 2020. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/46836>. Acesso em 4 abr. 2022.

A inserção da lei anticorrupção (LAC), Lei nº 12.846/2013, na legislação antilavagem de dinheiro brasileira

The insertion of the anticorruption act, Law nr. 12.846/2013, in the brazilian anti money laundering legislation

Monique Orind Pessoa¹ e Carlos Maurício Ruivo Machado²

Resumo: Em seu Relatório de Monitoramento do Brasil, emitido em 2014, e posterior Relatório de Acompanhamento (Follow-up), em 2017, acerca da implementação da Convenção Antissuborno de Funcionários Públicos Estrangeiros (1997), o Grupo de Trabalho Sobre Suborno em Transações Comerciais (WGB – Working Group on Bribery), criado no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ressaltou a suposta ausência de um regime de responsabilidade de pessoas jurídicas por lavagem de dinheiro (LD) no país. A hipótese examinada é de que tal afirmação não corresponde à realidade, existindo uma explícita correlação entre a Lei nº 12.846/2013 (LAC) e o combate a esse delito. Com base no estudo comparativo das condutas descritas nos atos lesivos da LAC com aquelas descritas nos tipos penais da Lei nº 9.613/98, além de outros parâmetros, demonstrou-se que condutas típicas de LD, quando praticadas por pessoas jurídicas, observadas determinadas ressalvas, possibilitam o enquadramento nos incisos II e/ou III do artigo 5º da LAC. A conclusão, ratificada pelo caso concreto que testou a hipótese examinada, é que a LAC proporciona instrumento para a punição efetiva de entes privados por LD, destacando-se a contribuição da Controladoria-Geral da União como agente do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro.

Palavras-chave: Responsabilidade de pessoas jurídicas. Lavagem de Dinheiro. Lei anticorrupção.

Abstract: At its Monitoring Report for Brazil, issued in 2014, and subsequent Follow-Up Report, in 2017, on the implementation of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials, the Working Group on Bribery (WGB) in Business Transactions, created within the scope of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), highlighted the alleged absence of a corporate liability regime for money laundering (ML) in Brazil. The hypothesis examined is that such a statement does not correspond to reality, since there is an explicit correlation between Law nr. 12.846/2013 (corporate liability law – CLL) and the combat to this offense. Based on the comparative study of the conduct described in the administrative types of CLL with those described in the criminal types of Law nr 9.683/98, besides other parameters, it was demonstrated that ML typologies committed by legal persons, considered some reservations, can be related to Law nr. 12.846/2013, 5th article, items I and/or III. The conclusion, ratified by the case that tested the examined hypothesis, is that CLL provides an instrument for effective punishment of private entities for ML, highlighting the contribution of the Comptroller General of the Union as an agent of the National System for Prevention and Combat of Money Laundering.

Keywords: Corporate liability. Money laundering. Anti-corruption Law.

1. Auditora Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União, atuando na Corregedoria-Geral da União. Bacharel em Direito (Universidade Estácio de Sá – 2005), possui Certificação Profissional em Compliance Anticorrupção (CPC-A) e em Investigações Internas Corporativas (CPIIC) (Legal and Ethics Compliance – LEC, em 2022); monique.orind@cgu.gov.br.

2. Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União, Coordenador do Núcleo de Ações de Correição da GU-Regional/RJ, especialista em Orçamento Público (Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União - 2012), especialista em Ouvidoria Pública (Organização dos Estados Inter-Americanos em parceria com a faculdade Verbo Jurídico - 2021), bacharel em Administração (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - 2004); carlos.ruivo@cgu.gov.br

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.846/2013, Lei Anticorrupção (BRASIL, 2013), configura esforço brasileiro no sentido de combater a corrupção. Dentre outras motivações, pode-se dizer que a edição desse normativo decorreu do compromisso assumido em diferentes convenções internacionais, sendo uma delas a Convenção Antissuborno de Funcionários Públicos Estrangeiros (OCDE, 1997), concluída em Paris em 1997 e ratificada por intermédio do Decreto nº 3.678/2000 (BRASIL, 2000).

Por força das obrigações assumidas pelo Brasil perante a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o país se submete a um rígido processo de avaliação. O trabalho de supervisão da implementação da mencionada convenção é realizado pelo Grupo de Trabalho Sobre Suborno em Transações Comerciais (WGB – *Working Group on Bribery*)³.

Da análise de seus relatórios de monitoramento, mais especificamente os de 2014 (OECD, 2014, p.47), e de 2017 (OECD, 2017), observaram-se críticas sobre a suposta ausência de um regime de responsabilidade de pessoas jurídicas por lavagem de dinheiro. Essa situação foi verificada durante a Fase 2 do monitoramento, em 2010, e em tese permaneceria inalterada na atual Fase 3 (2014-2022), pois o Brasil não teria aproveitado a oportunidade da promulgação da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013), denominada pela OCDE de *Corporate liability law* (CLL) para incluir a lavagem de dinheiro na lista de atos ilícitos pelos quais uma pessoa jurídica poderia ser responsabilizada.

Assim, considerando a afirmação do organismo multilateral mencionado, entende-se oportuna a verificação, por meio da metodologia indicada em tópico subsequente, da sua veracidade frente ao Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro (SNPCLD), aprofundando-se a análise notadamente quanto à LAC, seu escopo e abrangência no que concerne à lavagem de ativos.

A hipótese a ser examinada é de que não corresponde à realidade nacional a suposta ausência de um regime de responsabilidade de pessoas jurídicas por condutas de lavagem de dinheiro, existindo uma explícita correlação entre a Lei 12.846/2013 (BRASIL, 2013) e o combate a esse delito no Brasil, inclusive na vertente punitiva. Pretende-se, por meio dessa pesquisa, averiguar se a LAC, já em sua redação atual, proporciona o instrumento necessário à efe-

tiva punição de entes privados na seara administrativa, contribuindo para subsidiar a melhor hermenêutica da Lei, e consolidando a CGU como agente do SNPCLD.

Dessa forma, espera-se contribuir para a elucidação do alcance atual do regime normativo brasileiro quanto à responsabilização de entes privados por lavagem de dinheiro, especificamente sobre a contribuição da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013) para o combate a esse tipo de delito.

2. METODOLOGIA

A metodologia contemplou a revisão doutrinária e a revisão legislativa. A revisão doutrinária visa a identificar estudos que trataram sobre a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas especificamente quanto a lavagem de dinheiro (LD), capitais, ativos, por atos lesivos contra a Administração Pública.

Por sua vez, com a revisão legislativa se objetiva identificar as previsões normativas atinentes à citada espécie de responsabilização.

Para alcançar o objetivo proposto, isto é, analisar a contribuição da LAC para o combate à LD por entes privados, o presente trabalho será organizado em cinco partes. Na primeira e segunda partes serão tratados os principais conceitos e doutrinas relativos à lavagem de dinheiro, correlacionando sua base penal às origens do SNPCLD

Em uma terceira parte, tomando como modelo a tipicidade penal, dissecaremos os diversos critérios classicamente utilizados para configurar uma conduta como lavagem ou branqueamento de dinheiro.

Na quarta parte, iremos discorrer sobre a prevenção à LD e as obrigações de compliance, após o que (quinta parte) buscaremos realizar um estudo comparativo dos tipos penais previstos na Lei nº 9.613/98, e os incisos II e III da Lei nº 12.846/2013, com base na análise contida na terceira parte, de modo a averiguar a possível correspondência das condutas descritas nesses atos lesivos com aquelas descritas na Lei de Lavagem de dinheiro. Além disso, será realizado o teste da hipótese, contemplando o exame do precedente de um caso concreto.

Por fim, será elaborada a conclusão, com os resultados das análises.

3. O WGB é um organismo intergovernamental composto por representantes dos Estados aderentes à Convenção, o qual monitora o cumprimento das recomendações que edita, visando o saneamento de não conformidades. Tal sistema de monitoramento por pares, em que pese não ser passível de imposição, consiste em verdadeira *soft law*, posto que é efetivo em proporcionar o aperfeiçoamento dos Estados Parte por meio de incentivos e desincentivos reputacionais (Paris, 2022).

3. DISCUSSÕES (DESENVOLVIMENTO)

3.1. DA LAVAGEM DE DINHEIRO

Segundo Souza e Coelho (2020, p.42), lavagem de dinheiro pode ser conceituada como “a conduta fraudulenta de legitimação de capital sujo, realizada com o objetivo de torná-lo apto para uso. Objetiva-se, por esse expediente, tanto disfarçar a origem ilícita dos proveitos de atividade criminosa como reinseri-los na economia formal”.

De fato, os doutrinadores brasileiros convergem no sentido de definir esse delito como o processo consistente no conjunto de operações por meio das quais se objetiva disfarçar a origem de bens, direitos e valores obtidos com a prática de crimes, os quais são integrados ao sistema econômico-financeiro com a aparência de terem sido obtidos de maneira lícita.

Dito processo de lavagem é dividido em 03 (três) fases ou estágios:

Na fase inicial - ou de **colocação** - da lavagem de dinheiro, o lavador introduz seus lucros ilegais no sistema financeiro. [...]. Após a entrada dos fundos no sistema financeiro, ocorre a segunda etapa - ou **estratificação**. Nessa fase, o lavador realiza uma série de conversões ou movimentações dos fundos para distanciá-los de sua origem. [...]. Tendo processado com sucesso seus lucros criminosos nas duas primeiras fases, o lavador os move para a terceira etapa - **integração** - na qual os fundos voltam a entrar na economia legítima. (GAFI, 2022, grifo nosso)

No entanto, deve-se ter em mente que tal divisão em fases tem utilidade meramente didática, sendo que não necessariamente as três ocorrerão para todos os casos concretos, ou não ocorrerão na ordem cronológica clássica. Além disso, a prática de qualquer dos estágios é suficiente para a consumação da conduta criminosa.

Ao aprofundarmos a análise acerca da configuração de uma conduta como lavagem ou branqueamento de dinheiro, verificamos que no Brasil o conceito é em grande parte baseado na tipicidade penal, fato este reflexo da origem e do desenvolvimento do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro (SNPCLD).

3.2. DO SISTEMA NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO (SNPCLD)

A instituição e desenvolvimento do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro (SNPCLD) foram em grande parte influenciados pelos compromissos firmados perante a comunidade internacional.

Dentre os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, aquele que constituiu o marco inicial quanto ao controle da lavagem de dinheiro foi a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (UNODC, 1988), internalizada pelo Decreto nº 154/1991 (BRASIL, 1991).

Essa Convenção instou as Partes a caracterizarem como delitos penais, em seu Direito interno, determinadas condutas como a ocultação da verdadeira origem, movimentação ou propriedade de bens sabidamente procedentes do tráfico internacional de drogas e, por esse motivo, foi classificada doutrinariamente como legislação de primeira geração, ou seja, apenas o tráfico de drogas seria considerado crime antecedente da lavagem.

Tal movimento global resultou na promulgação da Lei nº 9.613/98 (BRASIL, 1998), normativo que disciplinou aspectos materiais, processuais e administrativos ao tipificar o crime de lavagem de ativos, instituir o SNPCLD, criando o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e estabelecendo regras de conformidade para prevenção de setores da sociedade mais propensos a utilização por lavadores de dinheiro (artigos 9 a 12).

Poucos anos após, no ano 2000, realizou-se a Conferência das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional, em Palermo, originando-se desse evento a Convenção de mesmo nome (UNODC, 2004), a qual entrou em vigor no Brasil por meio do Decreto nº 5.015/2004 (BRASIL, 2004).

O documento impôs aos Estados signatários que adotassem medidas para caracterizar como infração penal a lavagem de produtos de origem ilícita (artigo 6), ressaltando que pessoas jurídicas deveriam também ser passíveis de responsabilização por essa conduta, nas esferas penal, civil ou administrativa (art. 10), diligenciando-se para que as sanções sejam eficazes e proporcionais, incluindo sanções pecuniárias (art.10, item 4).

Paralelamente, em 2003, surgiu a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA (ENCCLA, 2022), uma ampla rede de articulação composta por órgãos de todos os Poderes das esferas federal, estadual e municipal, Ministério Público e associações da sociedade civil.

Seu objetivo é auxiliar a formulação de políticas públicas voltadas a esse tema, e propor melhorias relativamente a práticas ou legislações.

Além disso, o Brasil foi admitido em 2000 como membro efetivo do Grupo de Ação Financeira Internacional contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo – GAFI, organização intergovernamental criada em 1989 no âmbito da OCDE, e responsável pelo desenvolvimento da estratégia global de prevenção e combate ao delito em tela.

O GAFI, já em 1990 editou 40 recomendações, as quais vêm sendo atualizadas desde então (GAFI, 2012). Além de monitorar o cumprimento das recomendações, o Grupo municia a comunidade internacional de relatórios sobre novas técnicas de lavagem de dinheiro detectadas.

Em julho de 2012, editou-se a Lei nº 12.683/2012, que reformou a Lei nº 9.613/98, tornando-a uma legislação de terceira geração, ou seja, qualquer “infração penal” - crimes e contravenções penais - passou a ser considerada possível antecedente de lavagem, deixando de existir apenas um rol taxativo de crimes antecedentes a ser considerado para esse fim (legislação de segunda geração).

3.3. DA RESPONSABILIDADE PENAL POR LAVAGEM DE DINHEIRO

A Lei nº 9.613/98 (BRASIL, 1998) tipificou o crime de lavagem de ativos em seu artigo 1º, caput (tipo principal), § 1º e § 2º (tipos derivados ou secundários):

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

[...]

§ 1o Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III- importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2o Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

Conforme se depreende da leitura do artigo 1º, caput, existe uma relação de acessoriedade entre o crime de lavagem de dinheiro e as infrações penais antecedentes, ou seja, somente se configurará a “lavagem” daqueles bens, direitos ou valores cuja natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade foi oculta ou dissimulada, caso tenha ocorrido outro ilícito penal anterior, do qual eles tenham se originado.

Apesar disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴ (STF) e do Superior Tribunal de Justiça⁵ (STJ) é pacífica em afirmar que, apesar de tal relação de acessoriedade, para que uma denúncia por lavagem seja considerada apta não se exige condenação prévia pelo ilícito antecedente e nem sequer que já tenha sido proposta uma ação penal com esse objetivo. A própria Lei nº 9.613/98, em seu artigo 2º, § 1º, estipula que bastam indícios de que o capital lavado tenha origem ilícita para a caracterização, processamento e julgamento do delito:

Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

[...]

§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.

Retomando a análise do tipo objetivo, verificamos tratar-se de crime plurinuclear, que possui dois verbos-tipo: “ocultar” e “dissimular”, sendo que basta a prática de qualquer um deles para que o crime seja consumado. Por outro lado, caso mais de um verbo (ação típica) seja praticado pelo agente, apenas um crime terá ocorrido. André Luis Callegari faz a seguinte distinção:

O termo ‘dissimular’ significa ‘ocultar ou encobrir com astúcia’, ‘disfarçar’, ‘fingir’, ‘simular’. Assim, a ocultação seria o simples encobrimento, e a dissimulação seria

4. HC 93368, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 09/08/2011, DJe-163 DIVULG 24-08-2011 PUBLIC 25-08-2011 EMENT VOL-02573-01 PP-00030.

5. RHC 115171/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 05/12/2019; APn 923/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 23/09/2019, DJe 26/09/2019; RHC 106107/BA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019 e HC 150729/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 02/02/2012.

a ocultação adjetivada, ou seja, sempre mediante o emprego do engano, do disfarce, da utilização de uma técnica que permite esconder com astúcia os bens provenientes de delitos prévios. (Callegari apud Badaró in: Bottini e Borges, 2021. p.93, 2010)

Ainda quanto aos verbos nucleares do tipo penal, deve-se ter sempre em mente que:

[...]o que se tipifica não é a ocultação ou a dissimulação da coisa em si, mas o ocultar ou dissimular características ou estados da coisa. Ou seja, oculta-se ou dissimula-se a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ilícitos. (Badaró in: Bottini e Borges, p.97, 2021).

No que se refere ao tipo secundário estabelecido no § 1º do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, observe-se que se trata de crime formal, pois descreve uma conduta que possibilita um resultado naturalístico (ocultar ou dissimular), mas tal resultado não precisa ocorrer para que o delito se consuma.

Sob a ótica da sujeição ativa do crime de Lavagem de Dinheiro, o sistema normativo brasileiro não permite a responsabilização penal de pessoas jurídicas por esse tipo de conduta, mas apenas de pessoas físicas. Serão responsabilizáveis tanto os indivíduos que propiciarem o branqueamento de ativos em benefício de terceiros, como os que praticarem a autolavagem.

O sistema normativo nacional, também não permite a responsabilização objetiva no âmbito penal, e impõe, portanto, que a responsabilização criminal seja subjetiva. O elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro é o dolo, considerado como a vontade consciente de realizar o tipo objetivo, não sendo admitida a modalidade culposa.

3.4. DA PREVENÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO E AS OBRIGAÇÕES DE COMPLIANCE

Um dos pilares essenciais para que o Estado obtenha sucesso em minorar a prática de lavagem de capitais, que em grande parte dos casos deriva do desvio de vultosas somas do Erário, é a prevenção. Com esse objetivo, e atendendo a uma estratégia global internacional, a Lei nº 9.613/98 (BRASIL, 1998) estabeleceu, nos seus Capítulos V a VIII, um regime administrativo de caráter preventivo.

Assim, a referida norma conferiu a um extenso rol taxativo de pessoas físicas e jurídicas relacionadas a atividades e profissões financeiras (bancárias ou não) ou não-financeiras (artigo 9º, caput, e parágrafo único), ainda que exercidas em caráter

eventual e de forma acessória, uma série de regras de conformidade (*compliance*) tais como a identificação de clientes, manutenção de registros de operações e comunicação de operações suspeitas (artigos 10 e 11), sujeitando-as a sanções administrativas pelo seu descumprimento (artigo 12).

Tais “sujeitos obrigados” integram setores da sociedade mais propensos à utilização por “lavadores de dinheiro” e, portanto, são monitorados por órgãos supervisores e reguladores, ou em última instância pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF.

A respeito da modalidade de responsabilização abordada neste tópico, deve-se ter em mente que, em que pese ser um mecanismo de grande importância para o SNPCLD, consiste em responsabilização de pessoas jurídicas (além das pessoas físicas) pela não prevenção, pelo descumprimento de dever de *compliance*, e não se trata de tipificação administrativa por conduta de lavagem de dinheiro em si.

3.5. DA LEI Nº 12.846/2013 E O COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO

3.5.1. Uma visão geral da LAC

Em 29 de janeiro de 2014 iniciou-se a vigência no Brasil da Lei nacional nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013), normativo que dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

A par de sua vertente de incentivo para que os entes corporativos se tornem mais íntegros por meio da criação de programas de integridade (motivo pelo qual também é denominada “Lei da Empresa Limpa”) a LAC tem um forte acento punitivo e tem sido considerada desde sua promulgação, como um instrumento de repressão especialmente a atos de corrupção com o envolvimento de pessoas jurídicas.

De fato, a edição da LAC supriu lacuna então existente quanto à falta de instrumentos para atingir o patrimônio das pessoas jurídicas que se beneficiaram de atos corruptos permitindo, assim, aumentar a capacidade do Estado de proteger o erário.

Além disso, conforme explícito na Exposição de Motivos nº 00011/ 2009 – CGU/MJ/AGU (BRASIL, 2009), que justificou a submissão da proposta legislativa pelo Poder Executivo, a lei teve o intuito de criar um sistema uniforme de combate à corrupção em todo o território nacional, considerando as características do federalismo brasileiro.

Pelo texto legal, os enquadramentos legais passíveis de responsabilização são intitulados de “atos lesivos”. Tais condutas constituem um rol taxativo

e estão dispostos no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013), a seguir transcrito de forma a facilitar seu exame:

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 [...] o caráter competitivo [...];

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de [...] procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante [...];

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.

Conforme mencionado anteriormente, a Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013) popularizou-se sob o apelido de “Lei Anticorrupção” (LAC). Em sua origem, ainda na Exposição de Motivos nº 00011/2009, o tema “corrupção” teve grande destaque, vinculando-se desde aí a futura edição do diploma legal ao combate especificamente a esse delito.

No entanto, é preciso ter em conta que o objeto da Lei não se restringe a essa concepção de corrupção *stricto sensu*, definida no Código Penal Brasileiro, mas sim é relacionado a uma perspectiva mais abrangente, “*lato sensu*”, de corrupção. Vale a pena lembrar que, segundo Fortini e Motta, a OCDE define corrupção como o “abuso de agentes públicos e privados para obtenção de vantagens pessoais, aludindo não apenas ao recebimento de propina, mas incluindo a menção ao nepotismo, à fraude e à captura estatal” e a Transparência Internacional (TI), por sua vez, “entende que a corrupção relaciona-se genericamente ao abuso de poder visando benefícios pessoais” (2016, p.02).

3.5.2. Interlocução da LAC com o combate à lavagem de dinheiro

Por ocasião do lançamento dos Relatórios de Monitoramento do Brasil de 2014 (OECD, 2014, p.47), e de Acompanhamento, de 2017 (OECD, 2017), o Grupo de Trabalho Sobre Suborno em Transações Comerciais (WGB – *Working Group on Bribery*), da OCDE pontuou que teríamos perpetuado a suposta situação de ausência de regime de responsabilidade de pessoas jurídicas (PJs) por lavagem de dinheiro no País, pois não teria sido aproveitada a oportunidade da promulgação da Lei 12.846/2013 (BRASIL, 2013) para incluir um dispositivo antilavagem na lista de atos lesivos pelos quais uma empresa pode ser responsabilizada.

Um olhar atento acerca desse acontecimento demonstra que, ao fazer tal colocação, o citado Grupo de Trabalho em última instância afirmou que: (a) A Lei poderia abarcar um dispositivo antilavagem de dinheiro e que (b) o legislador decidiu não introduzir tal dispositivo na LAC.

Mas está correta a afirmação de que a redação atual da LAC não proporciona a punição de entes privados por lavagem de dinheiro?

Como se pretende demonstrar, notadamente em relação ao artigo 5º, incisos II e III, as condutas ali descritas, a depender do caso concreto, podem configurar conduta que se insere no conceito de lavagem de dinheiro,

Nos tópicos anteriores, tomando como modelo a tipicidade penal, dissecamos os diversos critérios classicamente utilizados para configurar uma conduta como lavagem ou branqueamento de dinheiro.

Com base em tais parâmetros, portanto, buscaremos traçar um paralelo entre o tipo penal previsto na Lei nº 9.613/98, e os incisos II e III da

Lei nº 12.846/2013, com vistas a averiguar a correspondência das condutas descritas nesses atos lesivos com aquelas descritas na Lei de Lavagem de dinheiro. A tabela 1 apresenta quadro comparativo que permite comparar os dispositivos citados.

TABELA 1 – QUADRO COMPARATIVO

LEI Nº 9.613/98 - CRIME		LEI Nº 12.648/2013 – ATO LESIVO	
	Artigo 1º	Art. 5º, caput - Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles [...] que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos	
	caput - Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal	§1º - Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III- importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.	art.5º, II - Comprovadamente financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei
			art. 5º, 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
Verbos-tipo	Ocultar ou dissimular	Ocultar ou dissimular por meio das condutas dos incisos I a III	Financiar, custear, patrocinar ou subvencionar
Objeto do Verbo	natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores	a utilização de bens, direitos ou valores	a prática dos atos ilícitos
Acessoriedade	O que é oculto ou dissimulado provém de infração penal	O que se pretende ocultar ou dissimular provém de infração penal	Os que é financiado, custeado, patrocinado ou subvencionado é ato ilícito previsto nesta lei (incisos I a V do artigo 5º, notadamente o III)
			A identidade ou interesses ocultos ou dissimulados por meio de interposta pessoa é de beneficiários de atos lesivos previstos nesta Lei (Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas [...] pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício [...]).

Classificação quanto ao resultado	Crime material – se consuma com o resultado naturalístico	Crime formal – prescinde de resultado para se consumir	Ato lesivo material	Ato lesivo formal
Sujeito Ativo	Pessoas físicas	Pessoas físicas	Pessoas Jurídicas/ Entes Privados que subvencionam, patrocinam, a lavagem de dinheiro em benefício de terceiros	Pessoas Jurídicas/ Entes Privados praticantes de autolavagem por meio de interposta pessoa
Tipo Subjetivo	Dolo	Dolo	Responsabilidade objetiva (art. 2º)	Responsabilidade objetiva (art.2º)
Amolda-se ao conceito doutrinário	Sim	Sim	Sim	Sim
Amolda-se a pelo menos uma fase clássica de LD	Sim	Sim	Sim	Sim

Fonte: Elaborado pelos autores

Todos os dispositivos legais analisados tratam de condutas plurinucleares, sendo que basta a prática de qualquer um dos verbos nucleares para que o tipo seja consumado.

O texto expresso no artigo 5º, inciso III, da LAC (BRASIL, 2013), ao estipular a lesividade do ato de ocultar ou dissimular os reais interesses ou identidade de beneficiários de outros atos lesivos, segue o mesmo espírito do tipo penal para lavagem de ativos, posto que:

[...] no crime do art. 1º, caput, da Lei nº 9.613/98 (BRASIL, 1998), o que se tipifica não é a ocultação ou a dissimulação da coisa em si, mas o ocultar, dissimular características ou estados da coisa. Ou seja, oculta-se ou dissimula-se a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ilícitos (2021, Badaró in: Bottini e Borges, p.97).

Ainda sobre a redação desse inciso, o Manual de Responsabilização de Entes Privados da CGU acrescenta que, relativamente às pessoas interpostas (físicas ou jurídicas):

[...] Vale acrescentar que a intenção legislativa foi abarcar os mais variados tipos de contratação de pessoas interpostas, quais sejam: advogados, prepostos, consultores, contadores, dentre outros.

Com isso, torna-se inconcebível qualquer tipo de argumentação que recaia sobre o desconhecimento da pessoa jurídica em relação aos atos praticados por terceiros que a representavam. (2020,p.53)

Quanto ao ato lesivo descrito no artigo 5º, inciso II, da LAC (BRASIL, 2013), ao subvencionar a prática de um ato ilícito previsto nessa mesma Lei, uma empresa pode atuar como a pessoa jurídica interposta descrita no inciso III, a qual subvencionou a ocultação ou dissimulação dos interesses ou da identidade dos reais beneficiários de outros atos lesivos.

Nesse sentido, o Manual da CGU vem esclarecer que:

“[...] o tipo normativo não exige que o ato da pessoa jurídica seja exclusivamente de natureza financeira. Percebe-se que a adoção do verbo **subvencionar** amplia o rol de condutas proibidas pela norma. Inserem-se aqui, por exemplo, as condutas de servir de intermediária de pagamentos ilícitos ou simplesmente para ocultar os atos de outra pessoa jurídica. É o caso das empresas tipicamente identificadas como “laranjas”. [...] este inciso visa justamente complementar o inciso III, punindo não somente a empresa que se vale de intermediário para a prática de ato lesivo, mas também aquela que serviu de intermediário” (2020, p.53, grifo do original)

Com efeito, com base nessas considerações, podemos afirmar que, para determinadas condutas presentes em casos concretos, enquanto o ato lesivo previsto no inciso II busca punir a pessoa jurídica

que comete lavagem de dinheiro em benefício de um terceiro, o inciso III reprime a conduta da autolavagem, por intermédio de interposta pessoa, ou a conduta de lavagem em benefício de um terceiro beneficiário de ato lesivo.

É sabido que esquemas de corrupção implicam na existência de sistemáticas de lavagem de dinheiro, sem as quais não é possível o usufruto do produto desse crime ou ato lesivo. Assinala-se que o referido produto a ser usufruído, pelo corrupto ou pelo corruptor, é tanto a propina recebida pelo corruptor, como a vantagem indevida recebida pelo corruptor, como contraprestação.

Essas sistemáticas, ou métodos, de lavagem são comumente denominados “tipologias” e estão organizados em materiais de referência, como o documento “Casos e Casos Coletânea de Tipologias de LD/FTP, Edição Especial, Avaliação Nacional de Riscos 2021 (GTANR, 2021a), publicação do Grupo de Trabalho de Avaliação Nacional de Riscos de Lavagem de Dinheiro, de Financiamento do Terrorismo e de Financiamento da Proliferação das Armas de Destrução em Massa (GTANR), grupo integrado pelo Coaf, Banco Central do Brasil e Ministério da Justiça e Segurança Pública.

O referido documento foi produzido como anexo da Análise Nacional de Riscos (ANR) para lavagem de dinheiro em 2021 (GTANR, 2021b; GTANR, 2021c) e apresenta 87 (oitenta e sete) tipologias previamente identificadas no Brasil, ou seja, “modos” de lavagem ocorridos na prática.

Da leitura dessa e de outras coletâneas de tipologias, como a do Grupo de Ação Financeira da América Latina – GAFILAT (2018, p. 33-53) e do Ministério Público Federal (MPF) (2017, p. 101-103), verifica-se a existência diversos exemplos de condutas criminosas que são também enquadráveis nos incisos II ou III do artigo 5º da LAC.

Corroborando esse fato, fazemos referência à recente aplicação de penalidades pelo Ministro da CGU à empresa Aratec Engenharia, Consultoria & Representações Ltda (CNPJ nº 04.068.632/0001-48) pela prática dos atos lesivos contidos no artigo 5º, incisos II e III, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL - CGU, 2022), com fundamento no Relatório Final da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) nº 00190.102172/2020-89, de 22/02/2021 (CPAR, 2021).

A Aratec, cuja sócia administradora era a filha do Presidente da Eletronuclear à época, foi responsabilizada por subvencionar o pagamento de propina das empresas Andrade Gutierrez e Engevix destinada a esse gestor, mediante uso de interpostas pessoas jurídicas, utilizando-se de contratos simu-

lados com as outras empresas interpostas Deutschebras Comercial E Engenharia Ltda e Link Projetos e Participações Ltda para ocultar a origem ilícita do dinheiro, incidindo, a um só tempo, nos atos lesivos tipificados nos incisos II e III do art. 5º, da Lei 12.846/2013 (BRASIL, 2013).

Pela mesma conduta, a sócia gerente da Aratec, foi condenada em primeira instância no bojo da Ação Penal nº 0510926-86.2015.4.02.5101 (Operação Radioatividade) (BRASIL - TRF2, 2016) pelo crime de lavagem de dinheiro, dentre outros, por sua atuação à frente da empresa.

Frise-se, por fim, que a Lei Anticorrupção proporciona sanções administrativas e civis a pessoas jurídicas, o que implica em ser possível a responsabilização objetiva desses entes, diferentemente do âmbito penal.

A responsabilidade objetiva de entes privados estabelecida pela LAC importa tanto na imputação do ato lesivo independente de culpa, elemento subjetivo, como na imputação por condutas de terceiros, em função das quais o ente privado se beneficiou.

4. CONCLUSÃO

Em vista do exposto, tem-se que a lavagem de dinheiro é um tema interdisciplinar, e não apenas de natureza penal, ou atinente às obrigações de prevenção e *compliance*, uma vez que pessoas jurídicas podem ser sancionadas administrativamente por esse tipo de conduta.

Devido ao fato de no Brasil o conceito do delito em análise ter sido baseado na tipicidade penal, como reflexo do histórico da origem e desenvolvimento do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro (SNPCLD), nos dias de hoje nos vemos atrelados a esse paradigma, ainda que concretamente a punição de entes privados pelo ato lesivo de lavagem de dinheiro já esteja efetivamente acontecendo, tal como no caso concreto envolvendo a empresa ARATEC.

Nessa esteira, mesmo a recente Avaliação Nacional de Riscos para Lavagem de Dinheiro (ANR), estudo datado de novembro de 2021, por meio do qual foram identificadas as ameaças, vulnerabilidades e capacidade de prevenção e de combate de LD a que o Brasil está exposto, apresentou lacuna ao não identificar a possibilidade de apenação administrativa de pessoas jurídicas por esse delito no país.

Ocorre que, em que pese o reconhecimento da efetividade da atuação do sistema de controle interno e correição, personificado pela Controladoria-Geral da União (CGU), no combate à corrupção (maior ameaça identificada na ANR), por outro lado,

o grupo de trabalho identificou o aumento progressivo de procedimentos não criminais, mas atribuiu tal incremento apenas à competência institucional da Procuradoria-Geral da República (PGR) e da Advocacia-Geral da União (AGU) para atuar no âmbito civil (GTANR, 2021b, p. 75-76, 79).

Com base no estudo comparativo das condutas descritas nos atos lesivos da LAC com aquelas descritas nos tipos penais da Lei nº 9.613/98, além de outros parâmetros, demonstramos que há correspondência entre as tipologias previstas nos dois normativos. Ressalva-se, no entanto, que a responsabilização de empresas por ato lesivo enquadrável também em LD é restrita àquelas condutas que foram praticadas contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, e aos casos em que se fez uso de interposta pessoa.

Assim, a depender do caso concreto, condutas típicas de lavagem de dinheiro, quando praticadas por pessoas jurídicas e observadas as ressalvas acima de-

talhadas, possibilitam o enquadramento nos incisos II e/ou III do artigo 5º da Lei nº 12.846/2013. Nesse sentido, pode-se afirmar que a edição da LAC supre, ainda que parcialmente, a ausência de uma norma específica de responsabilização das pessoas jurídicas envolvidas em casos de lavagem de dinheiro.

A responsabilização administrativa se traduz em incremento da eficiência do combate à LD, graças ao seu processamento mais célere que o judicial e à utilização da responsabilização objetiva.

Evidencia-se, assim, o atingimento dos objetivos do presente trabalho, com a demonstração sobre o verdadeiro alcance atual do SNPCLD quanto responsabilização de entes privados por LD, com destaque para a contribuição da Lei nº 12.846/2013 e da CGU, como agente do sistema nacional de PCLD. Tal constatação vai ao encontro das cobranças da OCDE (WGB e GAFI), que já vêm sendo atendidas, em que pese a atuação da CGU nesse sentido não ter sido contabilizada até o momento.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, G.H.; O momento consumativo dos crimes do caput e do inciso I do § 1º do Art. 1º da Lei nº 9.613/1998: Lavagem de dinheiro como “crime de Estado”. In: **Lavagem de dinheiro: pareceres jurídicos: jurisprudência selecionada e comentada**. Coordenação Pierpaolo Cruz Bottini e Ademar Borges. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 97.

BRASIL. **Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991**. Promulga a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena, em 20 de dezembro de 1998. Brasília, DF: Presidência da República [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 15 mar. 2022

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000**. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Brasília, DF: Presidência da República [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm Acesso em: 14 mar. 2022

BRASIL. **Decreto nº 5015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000. Brasília, DF: Presidência da República [2004]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 15 mar. 2022

BRASIL. **Exposição de Motivos Interministerial nº 00011 2009 – CGU/MJ/AGU**. Brasília, DF: Controladoria-Geral da União, Ministério da Justiça, Advocacia-Geral da União. [2009]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm Acesso em 17 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (2. Vara Federal Criminal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro). **Ação Penal nº 0510926-86.2015.4.02.5101. Sentença**, 03 de agosto de 2016. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2018/04/Radioatividade-Sentenca.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma) **Habeas corpus 150729/SP**. Lavagem de dinheiro. Inciso VII do art. 1.º da Lei nº 9.613/98. Aplicabilidade. Organização criminosa. Convenção de Palermo aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Ação penal. Trancamento. Impossibilidade. Existência de elementos suficientes para a persecução penal. Ordem denegada. Relatora: Min. Laurita Vaz, 13/12/2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200902026249&dt_publicacao=02/02/2012. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma) **Recurso ordinario em habeas corpus 106107/BA**. Crime de lavagem de dinheiro. Inépcia da inicial acusatória. Requisitos do art. 41 do CPP. Justa causa duplicada. Não demonstração da conduta antecedente e de lastro probatório mínimo. Recurso provido. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 25/06/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803227826&dt_publicacao=01/07/2019. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Corte Especial) **Ação Penal 923/DF**. Membro de Tribunal de Contas Estadual. Preliminar. Delação anônima. Nulidade. Inocorrência. Tema 990 de repercussão geral. Controvérsia jurídica. Distinção. Sobrestamento do processo. Indeferimento. Denúncia. Requisitos. Art. 41 do CPP. Lavagem de dinheiro. Art. 1º da lei 9.613/98. Crime antecedente. Peculato. Art. 312 do CP. Aptidão. Justa causa. Art. 395, iii, do CPP. Lastro probatório mínimo. Presença. Absolvição sumária. Art. 397 do CPP. Inviabilidade. Recebimento. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 23/09/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502127164&dt_publicacao=26/09/2019. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma) **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 115171/RJ**. Organização criminosa. Lavagem de dinheiro. Estelionato. Falsidade ideológica. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Ausência de justa causa. Lastro probatório mínimo. Recurso ordinário improvido. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 26/11/2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%27115171%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%27115171%27\).suc.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%27115171%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%27115171%27).suc.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 93.368/PR**. Crimes contra o sistema financeiro. Lei nº 7.492/86, arts. 4º, 16 e 22, parágrafo único. Crimes de lavagem de dinheiro. Lei nº 9.613/98, art. 1º, § 4º. Conexão hábil a fixar a competência do juízo prevento. Ausência de justa causa não verificada. Superveniência da sentença que prejudica a análise da ausência de justa causa. Inocorrência da inépcia da denúncia. Compatibilidade entre os crimes dos artigos 4º e 16 da Lei nº 7.492/86. Inadmissibilidade de reexame de prova na via estreita do habeas corpus. Precedentes. Ordem denegada. Relator: Min. Luiz Fux, 25 de agosto de 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=HC%2093.368&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. **Manual de Responsabilização de Entes Privados, p. 53** Brasília, DF: Controladoria-Geral da União [2020]. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45545/18/Manual_responsabilizacao_entes_privados.pdf Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Decisão nº 267, de 4/01/2022**. Publicada no Diário Oficial da União em 05/01/2022 e 13/01/2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/decisao-n-267-de-4-de-janeiro-de-2022-372216150>). Acesso em: 10 mar. 2022.

CALLEGARI, André Luis, Marçal. Lavagem de Dinheiro. 14. ed. Curitiba: Livraria do Advogado, 2010. p. 109. apud BADARÓ, G.H.; O momento consumativo dos crimes do caput e do inciso I do § 1º do Art. 1º da Lei nº 9.613/1998: Lavagem de dinheiro como “crime de Estado”. In: **Lavagem de dinheiro: pareceres jurídicos: jurisprudência selecionada e comentada**. Coordenação Pierpaolo Cruz Bottini e Ademar Borges. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 93.

COMISSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO (CPAR) DESIGNADA PELA PORTARIA Nº 758, DE 20 MAR. 2020, PUBLICADA NO DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO Nº 56, DE 23 MAR. 2020. **Relatório Final**. Brasília, DF: Controladoria-Geral da União [2021]. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/67609/7/Relatorio_Final_Arateg.pdf Acesso em: 10 mar. 2022.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO (ENCCLA) **Homepage**, 2022 Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla> Acesso em: 07 mar. 2022.

FORTINI, C.; MOTTA, F.. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. In: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, n. 64. Belo Horizonte. 2016, p. 93-113. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/07/corruptao-licitacoes.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2022.

GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA CONTRA A LAVAGEM DE DINHEIRO E O FINANCIAMENTO DO TERRORISMO (GAFI/FATF), 2012. Disponível em: [FATF Recommendations 2012.pdf \(fatf-gafi.org\)](https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/FATF_Recommendations_2012.pdf). Acesso em: 07 mar. 2022.

GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL CONTRA A LAVAGEM DE DINHEIRO E O FINANCIAMENTO DO TERRORISMO (GAFI/FATF), 2022. **Frequently Asked Questions**. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/>. Acesso em: 09 mar. 2022.

GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA DA AMÉRICA LATINA CONTRA A LAVAGEM DE DINHEIRO E O FINANCIAMENTO DO TERRORISMO (GAFILAT). “**Casos y tipologias regionales del Gafilat 2017-2018**”, 2018, p. 33-53. Disponível em: <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/tipologias17/3126-informe-tipologias-regionales-gafilat-2018/file>). Acesso em 30/03/2022.

GRUPO DE TRABALHO DE AVALIAÇÃO NACIONAL DE RISCOS DE LAVAGEM DE DINHEIRO, FINANCIAMENTO DO TERRORISMO E FINANCIAMENTO DA PROLIFERAÇÃO DE ARMAS DE DESTRUIÇÃO EM MASSA (GTANR). **Casos e Casos: Coletânea de Tipologias de LD/FTP – Edição Especial Avaliação Nacional de Risco 2021. Brasília, DF: 2021**. Disponível em: Casos e Casos, Tipologias - Edição Especial Avaliação Nacional de Risco 2021 – Português (Brasil) (www.gov.br). Acesso em: 29 mar. 2022

GRUPO DE TRABALHO DE AVALIAÇÃO NACIONAL DE RISCOS DE LAVAGEM DE DINHEIRO, FINANCIAMENTO DO TERRORISMO E FINANCIAMENTO DA PROLIFERAÇÃO DE ARMAS DE DESTRUIÇÃO EM MASSA (GTANR). **Avaliação Nacional de Riscos, p.18**. Brasil: 2021. Disponível em: https://www.gov.br/coaf/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/avaliacao-nacional-de-riscos/3-2_relatorio-avaliacao-nacional-de-risco.pdf. Acesso em 29 mar. 2022.

GRUPO DE TRABALHO DE AVALIAÇÃO NACIONAL DE RISCOS DE LAVAGEM DE DINHEIRO, FINANCIAMENTO DO TERRORISMO E FINANCIAMENTO DA PROLIFERAÇÃO DE ARMAS DE DESTRUIÇÃO EM MASSA (GTANR). **Sumário Executivo - Avaliação Nacional de Riscos**. Brasil: 2021. Disponível em: [Sumario executivo - Avaliação Nacional de Riscos – Português \(Brasil\) \(www.gov.br\)](http://www.gov.br/coaf/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/avaliacao-nacional-de-riscos/3-2_relatorio-avaliacao-nacional-de-risco.pdf). Acesso em 29 mar. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF) - 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal – 2CCR, e 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – 5CCR, Combate à corrupção, 2017. **Roteiro de Atuação: Persecução Patrimonial e Administração de Bens**, 2017, p. 101-103. Disponível em <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/111167>, acesso em 30/03/22.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais**. Paris, 1997. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional-1/convencao-da-ocde/arquivos/convencao-ocde> Acesso em: 14 mar. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-bribery Convention in Brazil**. Paris, 2014. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Report-EN.pdf> Acesso em: 14 mar. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Brazil: Follow-up to the Phase 3 Report and Recommendations**. Paris, 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Written-Follow-Up-Report-ENG.pdf> Acesso em: 14 mar. 2022.

OECD WORKING GROUP ON BRIBERY IN INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS. Paris, 2022. Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/anti-briberyconvention/oecdworkinggrouponbriberyininternationalbusinesstransactions.htm> Acesso em: 10 mar. 2022.

SOUZA, A.de B.G.; COELHO, C.C.da S. Questões atuais na prevenção da lavagem de dinheiro. In: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: Ano 28, vol. 165. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 41-69.

TEIXEIRA, T.; BATISTI, B.; SALES, M. de. **Lei Anticorrupção: comentada Dispositivo por Dispositivo**. São Paulo: Almedina, 2016.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Convención de Las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes Y Sustancias Sicotrópicas, 1988**. Viena, 1988. Disponível em: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf. Acesso em 09 mar. 2022.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **United Nations Convention Against Transnational Organized Crime And The Protocols Thereto, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime**. Nova York, 2004. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2022.

Os elementos da responsabilidade objetiva prevista na lei anticorrupção

Felipe Barbosa Brandt¹ e Renata Ferreira da Rocha²

Resumo: A Lei nº 12.846/2013 materializa diversos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, ao prever a responsabilização objetiva, administrativa e civil, das pessoas jurídicas que cometam atos lesivos previstos no mesmo diploma. É possível verificar que não há, ainda, uma definição precisa de quais são os elementos dessa responsabilidade objetiva, o que, porém, é essencial para a segurança jurídica e previsibilidade por parte de todos os envolvidos nas questões afetas à lei, seja o Estado, enquanto detentor do poder de punir, sejam as pessoas jurídicas, que podem ser responsabilizadas administrativamente, nos termos da lei. Assim, partindo do referencial teórico do direito civil e do direito penal, o artigo busca construir um modelo aplicável ao regime estabelecido pela Lei Anticorrupção. Os elementos identificados pelo artigo podem ser listados como: conduta ilícita e nexos causal, com o requisito especial de que a conduta ilícita tenha sido praticada no interesse ou benefício, exclusivo ou não, da pessoa jurídica processada. Chegou-se a essa conclusão a partir do entendimento de não ser possível, dadas as peculiaridades do direito administrativo sancionador, importar, de modo integral, as construções prévias, seja do direito civil, seja do direito penal, sendo imperioso aprofundar o debate e fazer a construção teórica própria do direito administrativo sancionador, alinhada com a intenção legislativa ao criar o modo de responsabilização previsto na Lei Anticorrupção.

Palavras-chave: responsabilidade objetiva; lei anticorrupção.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.846/13, denominada Lei Anticorrupção - LAC, se apresenta como grande inovação no ordenamento jurídico brasileiro, ao instituir a responsabilização das pessoas jurídicas de forma objetiva, na esfera administrativa e civil (cf. Art. 2º), pelos atos lesivos previstos no seu Art. 5º.

Trata-se de marco de superação da lacuna na responsabilização de pessoas jurídicas envolvidas em casos de corrupção, fraudes às licitações e outros atos lesivos, optando-se pelos regimes administrativo e civil. Vale lembrar que, no Brasil, a Constituição Federal menciona a responsabilização penal das pessoas jurídicas apenas em virtude de ilícitos ambientais (Art. 225, §3º) e contra a ordem econômica e financeira (Art. 173, §5º), sendo que, apenas em relação à primeira, existe legislação ordinária prevendo os tipos penais e as respectivas sanções (Lei nº 9.605/98).

Todavia, as inovações no campo da responsabilidade administrativa não vieram acompanhadas de embasamento teórico que pudesse trazer balizas mais seguras para os operadores do direito, em especial, no âmbito do Processo Administrativo de Responsabilização - PAR, por meio do qual há a apuração de responsabilidade, com possível aplicação das sanções de multa e de publicação extraordinária.

Diante da ausência de referencial teórico específico, o presente trabalho tem por motivação debater um dos principais conceitos introduzidos pela Lei nº 12.846/13, o da responsabilidade objetiva.

Nesse esforço, o ponto de partida será a doutrina já estabelecida sobre o conceito da responsabilidade cível, buscando avaliar a pertinência de transposição dos ensinamentos ali consolidados para a aplicação da LAC, sem ignorar, contudo, as peculiaridades do direito administrativo sancionador.

Essas peculiaridades podem ser percebidas, por exemplo, quando se admite a possibilidade de utilizar construções próprias da responsabilidade objetiva da esfera cível, considerando a teoria do

1. Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União; felipe.brandt@cgu.gov.br.
2. Auditora Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União; renata.rocha@cgu.gov.br.

risco da atividade (risco da empresa), bem como a exclusão da necessidade de perquirir culpa e dolo, sem, contudo, absorver por completo essas teorias no âmbito da LAC, ou mesmo colocar esse diploma como normal especial em relação à responsabilidade cível prevista no Art. 927 do Código Civil.

Ao contrário do Código Civil, a LAC não prevê a responsabilidade como forma de reparação de dano, sustentada no tripé clássico da responsabilidade subjetiva (conduta com dolo ou culpa, nexos causal e dano). A LAC estabeleceu modalidade de responsabilidade objetiva pela prática de ato ilícito, dispensando a comprovação da existência de dano material, sendo que, mesmo nos casos em que haja ocorrido o dano, sequer há a obrigação, no âmbito do PAR, de identificação do quantum de prejuízo, o qual será apurado em processo apartado (vide Art. 6º, §3º c/c Art. 13, ambos da LAC).

Noutro giro, quando se traz à tona a ideia de sanção, costuma-se tentar importar os institutos do direito penal. Há aproximação entre as matérias no que diz respeito, por exemplo, à desnecessidade de dupla imputação, prevista no Art. 3º, §1º, da LAC, e reconhecida em julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF), no RE 548181/PR, que versa sobre responsabilidade penal da pessoa jurídica, em matéria ambiental. Há também essa aproximação com a doutrina, quando afasta a ideia de perquirição da culpabilidade da pessoa jurídica. Todavia, principalmente porque os debates sobre a responsabilização da pessoa jurídica no âmbito penal apresentam-se focados, em grande parte, na matéria ambiental, há distinções do ponto de vista da lógica do direito penal, que limitam a importação integral de seus institutos para a operação da LAC, dadas as especificidades da esfera administrativa.

Desse modo, nos parece que há peculiaridades e fundamentos a serem pautados quando se trata do direito administrativo sancionador, não sendo possível, na aplicação da LAC, simplesmente, transportar, de forma integral, os institutos, sejam cíveis, sejam penais. Nessa linha da necessidade de diferenciação, veja-se a lição de Alice Voronoff (2018, p. 311-314):

É preciso buscar segurança jurídica, congruência e eficácia. Daí a proposta do livro, de delimitação de um discurso de justificação, interpretação e aplicação voltado a orientar as diferentes etapas do ciclo sancionatório em âmbito administrativo: desde a construção de modelos punitivos, passando pela interpretação e aplicação de seu regime jurídico, até a fundamentação das decisões nessa matéria. Um discurso de legitimação que promova a coerência e integridade, ao considerar as distinções

existentes entre os campos penal e administrativo (ainda que de grau, e não absolutas) e a necessidade de se levar a sério aquilo que faz da sanção administrativa uma resposta estatal peculiar, aplicada segundo finalidades próprias, por meio de corpos orgânicos submetidos a exigências funcionais peculiares. (...) O discurso de justificação, interpretação e aplicação proposta busca responder a essa pergunta. Não pela transposição de princípios e garantias penais à seara administrativa, mas a partir de um modelo teórico sensível às particularidades do direito administrativo sancionador e de suas ferramentas. A comunicação contínua e dinâmica que se estabelece entre esses ramos do direito é um fato, mas não permite afirmar que seus institutos sejam fungíveis. Há vocações e papéis distintos em cada caso. Aspectos finalísticos e funcionais próprios que precisam ser valorados, em busca de consistência e coerência.

Por tudo isso, passa-se a analisar os elementos e fundamentos que compõem a responsabilização objetiva no âmbito administrativo da LAC, como decorrência das especificidades do direito administrativo sancionador, sem ignorar a teoria do diálogo das fontes e os alicerces já construídos no direito.

Nesse sentido, este artigo tem por objetivo suscitar o debate em torno dos elementos da responsabilização objetiva prevista na LAC, partindo das teorias e doutrinas já existentes, em especial, na seara cível.

Para tanto, este trabalho está dividido em três partes. Na primeira, será apresentada a metodologia usada no estudo. Na segunda, será apresentado o referencial teórico, considerando os seguintes temas: a evolução da responsabilidade jurídica, destacando a dualidade atual da responsabilidade subjetiva e objetiva e suas nuances; a teoria do risco, que fundamenta a responsabilidade objetiva e tem enorme importância na responsabilidade por fato próprio das pessoas jurídicas; o ato ilícito objetivo, instituto do direito civil que é semelhante à responsabilidade prevista na LAC, e reforça a ideia da fundamentação deste diploma advir da seara cível; e a ideia do tripé de elementos da responsabilidade objetiva prevista na LAC. Por fim, a terceira parte traz as considerações finais sobre o estudo, com o intuito de fomentar e desenvolver o debate e a sistematização do tema.

METODOLOGIA

Para possibilitar a revisão bibliográfica aqui apresentada, foram feitas pesquisas, sendo que, contudo, não se localizou material específico sobre

o tema da responsabilidade objetiva na LAC e, por isso, o referencial teórico foi construído a partir dos insumos de teorias de outros ramos do Direito.

Os verbetes utilizados foram “responsabilidade objetiva lei anticorrupção” e “responsabilidade objetiva lei 12846. A pesquisa não retornou resultados nas Plataformas Scielo e Sucupira. Foi consultado, ainda, o Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES, tendo sido feito o recorte temporal dos anos de 2019 e 2020. A pesquisa retornou 79 resultados; destes, 2 teses teriam relação mais próxima com os temas aqui tratados, porém, haja vista terem sido divulgadas apenas parcialmente, não foi possível conhecer e analisar todos os fundamentos que subsidiaram as conclusões dos autores.

1. A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE JURÍDICA

A ideia de responsabilidade existe no Direito desde os primórdios, sendo um consectário lógico das ações e omissões dos indivíduos e, por isso, apresenta-se indissociável ao direito e ao seu objetivo de paz social.

Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2021, p. 31-32), afirmam que:

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais[...].

A acepção que se faz de responsabilidade, portanto, está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo³, em função da ocorrência de um fato jurídico *lato sensu*[...].

O respaldo de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da “proibição de ofender”, ou seja, a ideia de que a ninguém se deve lesar – a máxima *neminem laedere*, de Ulpiano – limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada.

Como sabemos, o Direito Positivo congrega as regras necessárias para a convi-

vência social, punindo todo aquele que, infringindo-as, cause lesão aos interesses jurídicos por si tutelados. (grifo do autor)

As implicações da responsabilidade podem ser notadas nas diferentes esferas há vários séculos, seja na remota ideia embrionária de direito penal, com o código de Hamurabi (lembrada pela frase: “olho por olho, dente por dente”), seja na ideia de responsabilidade civil do direito romano ou até mesmo na negativa total dessa responsabilidade por atos da Administração, como se pode depreender da teoria da irresponsabilidade administrativa, há muito superada, muito bem resumida na frase: “o rei não pode errar” (“The King can do no wrong”).

A noção de responsabilidade jurídica é muito bem sintetiza por Pablo Stolze e Pamplona Filho (2021, p. 39), como se lê:

[...] a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). (grifo do autor)

Na seara cível, a responsabilidade é um dos temas mais centrais e densos, trazendo repercussão sobre todo o Código Civil. As discussões doutrinárias e as previsões legais foram intensas ao longo de décadas, e propiciaram a evolução do tema. Consideradas as diversas nuances dos tipos de responsabilidade, se pode perceber que houve uma evolução entre o entendimento de serem antagônicas, excluídas, até o atual estágio de compreensão da dualidade dessas responsabilidades, subjetiva e objetiva, com aparente preponderância desta.

Sobre essa evolução, Pablo Stolze e Pamplona Filho (2021, p. 40-42), pontuam:

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido.

[...]

Sintetizando essa visão da Responsabili-

3. Embora não seja comum nos autores, é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se comprometer a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. E, sendo a responsabilidade uma espécie de sombra da obrigação (a imagem é de Larenz), sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos de observar a quem a lei imputou a obrigação ou dever originário” (Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 2. Ed., 3ª tir., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 20).

dade Civil no Direito da Antiguidade, ensina o genial ALVINO LIMA:

“Partimos, como diz Ihering, do período em que o sentimento de paixão predomina no direito; a reação violenta perde de vista a culpabilidade, para alcançar tão somente a satisfação do dano e infligir um castigo ao autor do ato lesivo. Pena e reparação se confundem; responsabilidade penal e civil não se distinguem. A evolução operou-se, conseqüentemente, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal. E muito embora não tivesse conseguido o direito romano libertar-se inteiramente da ideia da pena, no fixar a responsabilidade aquiliana, a verdade é que a ideia de delito privado, engendrando uma ação penal, viu o domínio da sua aplicação diminuir, à vista da admissão, cada vez mais crescente, de obrigações delituais, criando uma ação mista ou simplesmente reipersecutória. A função da pena transformou-se, tendo por fim indenizar, como nas ações reipersecutórias, embora o modo de calcular a pena ainda fosse inspirado na função primitiva da vingança; o caráter penal da ação da lei Aquília, no direito clássico, não passa de uma sobrevivência” [...]

Permitindo-se um salto histórico, observe-se que a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana – contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena para substituí-la, paulatinamente, pela ideia de reparação do dano sofrido – foi incorporada no grande monumento legislativo da ideia moderna, a saber, o Código Civil de Napoleão, que influenciou diversas legislações do mundo, inclusive, o Código Civil brasileiro de 1916.

No direito pátrio, o denominado Código de Beviláqua foi o primeiro Código Civil (Código Civil de 1916), tendo sido de fundamental importância para consolidar e sistematizar as normas que regem o direito privado. Desse modo, certo de que o tema de responsabilidade tinha enorme importância, foi nele consignado o Art. 159, ponto fundante da ideia de responsabilização:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, [arts. 1.518 a 1.532](#) e [1.537 a 1.553](#).

Como se pode observar, tal dispositivo consagra, claramente, o que denominamos responsabilidade subjetiva, pautada pela existência de três elementos identificadores: 1) conduta (comissiva ou omissiva) com dolo ou culpa (negligência ou imprudência); 2) dano (prejuízo); e 3) nexos de causalidade (liame que une a conduta e a consequência danosa desta).

A previsão legal expôs a ideia central da responsabilidade no âmbito privado, qual seja, restaurar o status quo ante. Para tanto, estipulou a obrigação de reparação do dano causado.

A precisão do referido dispositivo legal pode ser demonstrada ao ser praticamente reeditado quase um século depois, no Art. 186 do Código Civil de 2002, não obstante toda a evolução doutrinária e as rupturas de paradigmas do mundo moderno:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Em leitura ao referido dispositivo, constata-se que a cláusula geral de responsabilidade do atual Código Civil continua a expor a teoria da responsabilidade subjetiva. Nesse sentido, muito bem decompõe essa explicação Sérgio Cavalieri Filho (2022, p. 28):

[...] Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como *pressupostos da responsabilidade civil subjetiva*, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber:

- a) **conduta culposa do agente**, o que fica patente pela expressão “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia*”;
- b) **nexo causal**, que vem expresso no verbo causar; e
- c) **dano**, revelado nas expressões “*violar direito ou causar dano a outrem*”. (grifo do autor)

Em que pese toda a evolução que representa a teoria da responsabilidade subjetiva para o Direito, a implantação da indústria, a produção em cadeia e em larga escala, além das grandes corporações que abandonaram a ideia de produção manufaturada e familiar (decorrente da Revolução Industrial), bem como o crescimento das cidades e da população trouxe também a multiplicação de acidentes e de incidentes privados que precisavam ser dirimidos de uma maneira que pudesse representar também os ideais de justiça social (retributiva e distributiva) e

de bem-estar dos cidadãos. Um modo pelo qual os riscos e os lucros desse novo modelo industrial e social pudessem ser distribuídos de forma a proporcionar equilíbrio nas relações sociais. Nesse sentido, surge a teoria do risco da atividade, exposta a seguir.

2. TEORIA DO RISCO

Em linhas gerais, pode-se dizer que a teoria do risco da atividade estabelece que, os responsáveis pelo exercício de atividades que ensejem riscos aos demais integrantes da sociedade, responderão, independentemente de culpa, pelos danos que causarem. Tal teoria encontra-se positivada no parágrafo único, do art. 927 do Código Civil, in verbis:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Sérgio Cavalieri Filho (2022, p. 27), assim explica a origem histórica que fundamentou a construção da teoria do risco da atividade:

[...] O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.

Importantes trabalhos vieram, então, à luz na Itália, na Bélgica e, principalmente, na França sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada pela lei brasileira em certos casos, e agora amplamente pelo Código Civil no parágrafo único do seu Art. 927, art. 931 e outros, como haveremos de ver.

Grosso modo, a teoria do risco retirou o elemento culpa (dolo e culpa) e o substituiu pelo elemento risco, sendo o fundamento para a teoria da responsabilidade objetiva. Nesta, não se perquire sobre a existência de dolo ou culpa, restando, portanto, os elementos da conduta do agente, o dano e o nexo de causalidade entre estes.

Nesse sentido, Pablo Stolze e Pamplona Filho (2021, p. 46), entendem que:

Assim, a nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vige uma regra dual de responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva, regra

geral inquestionável, do sistema anterior, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvido pelo autor do dano (conceito jurídico indeterminado a ser verificado no caso concreto, pela atuação judicial), ex vi do disposto no art. 927, parágrafo único.

Consoante mencionado, a teoria do risco tem por objetivo basilar distribuir os riscos e eventuais proveitos desses de forma mais equânime na sociedade. A doutrina, usualmente, aponta quatro vertentes desta teoria, quais sejam:

- Risco proveito: quem auferir proveito com a atividade de risco a que expõe os demais, deve o ônus da sua atividade. Assim, já que socializa os riscos, deve também socializar os lucros.
- Risco criado: quem produz a atividade de risco deve socializar os lucros advindos dessa atividade, assumindo perante a sociedade um grau de responsabilidade maior, independente da noção de proveito ou lucro com a atividade.
- Risco excepcional: o exercício de atividades com perigos que destoam do comum, enseja a necessidade de assunção do prejuízo pelo agente.
- Risco profissional: o prejuízo advém diretamente da atividade ou profissão exercida pelo agente, pelo que este deve assumir a responsabilidade.

No ordenamento pátrio, a doutrina tem se inclinado a apontar a teoria do risco criado para fundamentar a previsão contida no parágrafo único do art. 927. Nesse sentido, Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo (2015, p. 786-787) trazem excelente digressão sobre o assunto:

Como podemos observar da interpretação dada pelo Enunciado 38 da I Jornada de Direito Civil do CJF, no sentido de que a **responsabilidade objetiva** configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade, adotou-se a chamada **teoria do risco criado**, ampliando-se, portanto, os limites da chamada **teoria do risco-proveito**.

Com efeito, a teoria do risco-proveito baseia-se no fato de que, para responder objetivamente, o agente deve se beneficiar, economicamente, da atividade de risco que desenvolve, já para a teoria do risco criado, basta que o agente crie o risco com a sua atividade, independentemente de ter

auferido vantagem econômica. É o que nos ensina Caio Mário da Silva Pereira:

[...] aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas e evitá-lo, [...] A teoria do risco criado importa em ampliação do conceito do risco proveito. Aumenta os encargos do agente, é, porém, mais equitativa para a vítima, que não tem de provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano (1992, p.24)

É também o que podemos inferir do seguinte acórdão do TJSP, que entendeu pela responsabilidade civil objetiva amparada no risco criado em caso de atingimento de pessoa por cabos de rede de energia elétrica instalada em área particular, impondo-se o dever de indenizar não só à empresa, mas também aos proprietários do imóvel:

Responsabilidade civil. Marido e pai das autoras vítima fatal de eletroplessão dos proprietários, usufrutuário e arrendatários do imóvel rural. Adequação. Incumbia a esses corréus zelar pela manutenção da rede elétrica. Responsabilidade da concessionária de energia elétrica. Ocorrência. CF 37, §6º e CC 927, parágrafo único. Inteligência. Denúnciação da lide. [...] Como bem entendeu a juíza, os proprietários, usufrutuários e arrendatários do terreno devem ser responsabilizados pelo acidente. A Empresa de Eletricidade Vale Paranapanema S/A é concessionária de serviço público, razão pela qual é objetiva sua responsabilidade pela morte por eletroplessão da vítima. Ademais, há de se ressaltar que a prestação de serviço de energia elétrica caracteriza-se como serviço perigoso, devendo responder de forma objetiva pelo risco criado. É irrelevante o fato de que a rede de energia elétrica estava localizada em terreno particular e de que o proprietário tivesse se responsabilizado por contrato pelos danos (Apelação 9150011-49.2004.8.26.0000. Relator(a): Jesus Lofrano. Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 07/12/2010. Data de registro: 13/12/2000)

Importante mencionar, no entanto, **significa exceção** à teoria do risco criado na Súmula 145 do STJ, pela qual “*no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por*

danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”. De fato, ao excluir a responsabilidade civil em caso de transporte de cortesia (carona), configura-se indisfarçável **adoção da teoria do risco proveito**, donde resulta concluir que, não sendo o transporte de cortesia acompanhado de vantagem econômica para o transportador, sua responsabilidade será subjetiva, independentemente de se tratar de atividade de risco.

Outras teorias são mencionadas para explicar a *atividade de risco*, como as teorias do risco profissional e do risco excepcional. A primeira (**teoria do risco profissional**) postula que a responsabilidade objetiva surge quando a atividade de risco decorre de atividade profissional desenvolvida pelo agente; já a segunda (**teoria do risco excepcional**) preconiza que a prescindibilidade da análise da culpa presuppõe o exercício de atividades excepcionalmente perigosas, como o manejo de materiais radioativos ou de dispositivos elétricos de alta tensão.

Ambas se tratam de teorias que restringem a aplicação da responsabilidade objetiva, razão por que pedimos vênias para **filiarmos-nos** irrestritamente à teoria do risco criado, que se descortina em fator da ampliação da reparabilidade dos danos em favor da vítimas.

Enfim, mencione-se também, a chamada **teoria do risco integral**, a qual, pelo contrário, amplia ainda mais os horizontes da *responsabilidade objetiva* e impõe o dever de indenizar em qualquer caso, independentemente da presença de excludentes como o caso fortuito, a força maior ou mesmo a culpa exclusiva da vítima.

A teoria do risco integral deve ser admitida somente em **hipóteses excepcionais**, como vem sendo exposto pela doutrina, que acolhe para o caso de **danos decorrentes de atividades nucleares** e para os **danos ambientais**. (grifo do autor)

Noutro giro, Sérgio Cavalieri Filho (2022, p. 246), resume com precisão a ideia prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil:

Em nosso entender, enquadra-se no parágrafo único do art. 927 do Código Civil **toda atividade que contenha risco inerente**, excepcional ou não, desde que intrínseco, atado à sua própria natureza. E assim nos parece porque pela *teoria do risco criado*, que também pode ser chamada de *risco*

da atividade, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade empresarial ou profissional tem o dever de responder pelos riscos que ela possa expor à segurança e à incolumidade de terceiros, independentemente de culpa. (grifo do autor)

Desse modo, vislumbra-se que as teorias do risco criado e do risco proveito são baluartes da responsabilidade objetiva atual e perfeitamente legitimam o legislador pátrio na escolha dessa modalidade para responsabilização das pessoas jurídicas que cometem ilícitos previstos na Lei nº 12.846/13 e se beneficiam, direta ou indiretamente, ainda que potencialmente, das suas condutas ilícitas.

2.1. A TEORIA DO RISCO AFASTANDO A RESPONSABILIDADE POR FATO DE OUTREM

A teoria do risco possui dois pontos centrais traduzidos na responsabilização das pessoas jurídicas. Em primeiro lugar, a ideia de socialização de risco e lucros traz à guisa a utilização da responsabilidade objetiva, na qual a análise da culpa é substituída pelo risco da atividade. Em segundo lugar, ela afasta a teoria da substituição, a qual possuía enraizada a ideia de que a pessoa jurídica responde por fato de outrem (preposto, empregado ou outrem a ela vinculado).

O segundo ponto tem especial relevância, pois permite considerarmos haver uma responsabilidade objetiva pura, na medida em que é desnecessária a análise da culpa, seja da pessoa jurídica, seja do seu representante que cometeu o ilícito diretamente.

Nesse sentido, afasta-se também por completo a ideia de diferenciação entre responsabilidade direta e indireta da pessoa jurídica. A responsabilidade direta somente decorreria de ato lesivo emanado dos órgãos internos das empresas ou praticados pelos denominados representantes (aqueles que detêm o poder de representação da pessoa jurídica). De seu lado, a responsabilidade por fato de outrem (indireta) decorreria de ato praticado pelos demais empregados e prepostos. No entanto, considerando a teoria do risco, em ambas as hipóteses haverá a responsabilidade direta da pessoa jurídica, sendo desnecessária a demonstração de culpa pelo agente que cometeu o ilícito (empregado, p.e.).

Sobre esse tema, apresenta-se esborçada a explanação de Sérgio Cavalieri Filho (2022, p. 264-266) sobre a evolução do tema:

A responsabilidade indireta do empregador percorreu um longo caminho. Partiu-se da culpa *in eligendo*, com o quê se queria dizer que o patrão tinha que responder pelos atos do empregado porque o havia escolhido mal. Cedo, entretanto,

esse fundamento revelou-se inadequado em face das transformações da economia e da organização do trabalho.

[...]

Entre as teorias que justificavam essa responsabilidade indireta, a mais aceita era a da *substituição*, que pode ser assim resumida: ao recorrer aos serviços do preposto, o empregador está prolongando sua própria atividade. O empregado é apenas o instrumento, uma *longa manus* do patrão, alguém que o substitui no exercício das múltiplas funções empresariais, por lhe ser impossível desincumbir-se pessoalmente delas. Ora, o ato do substituto, no exercício de suas funções, é ato do próprio substituído, porque praticado no desempenho de tarefa que a ele interessa e aproveita, pelo que a culpa do preposto é como consequência da culpa do comitente. Além disso, o patrão ou preponente assume a posição de *garante* da indenização perante o terceiro lesado, dado que o preposto, em regra, não tem os meios necessários para indenizar.

Tantos foram os problemas em torno da prova liberatória do patrão, que parte da doutrina considerava o sistema de presunção de culpa como verdadeira variante da teoria da responsabilidade objetiva. Em alguns países, como Portugal, há muito se optou expressamente pela responsabilidade fundada no risco.

Na verdade, a responsabilidade do empregador é muito mais facilmente justificada pela teoria do risco-proveito ou, mesmo, do risco da empresa do que com emprego da presunção de culpa. Por essas e outras razões, o Código de 2002, como já ressaltado, optou pela responsabilidade objetiva no seu art. 933.

[...]

Sobreveio, entretanto, a Constituição de 1988, que no seu art. 37, §6º, mudou a base jurídica dessa responsabilidade, ao estabelecer *responsabilidade direta e objetiva* para os prestadores de serviços públicos, tal como a do Estado. A partir daí, todos os prestadores de serviços públicos passaram a responder diretamente pelos atos dos seus agentes (empregados e prepostos), com base no risco administrativo, por fato próprio da empresa, e não mais pelo fato de outrem. Vale dizer, a responsabilidade do empregador deixou de ser indireta, passando a ser direta, por fato próprio e

não do preposto (de outrem). Seguiu-se o Código do Consumidor na mesma linha, só que com maior amplitude. Estabeleceu responsabilidade objetiva direta para todos os fornecedores de serviços (e não apenas serviços públicos) pelo fato do serviço, e não mais pelo fato de outrem ou do preposto. Tão amplo é o campo de incidência da norma do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor que o pouco que havia sobrado para o inciso III do art. 1.521 do Código de 1916 foi praticamente revogado.

Mas, não é só. O parágrafo único do art. 927 do Código de 2002 (já examinado) também estabeleceu responsabilidade objetiva direta para todos os que desenvolvem atividade de risco – vale dizer, responsabilidade direta, pelo fato do serviço, e não mais pelo fato do preposto. (grifo do autor)

A adoção da teoria do risco permite acompanhar a evolução da sociedade com a criação de grandes conglomerados, estruturados em vários níveis hierárquicos, a utilização de contratos de terceirização ao invés da contratação direta de empregados de diversos cargos nas empresas, dentre outras tantas situações que poderiam tornar inviável a identificação do preposto ou empregado que cometeu o ilícito e da sua culpa e, por consequência, tornaria inócua a previsão de responsabilização da pessoa jurídica.

2.2. NÃO ACOLHIMENTO DA TEORIA PENAL DA DUPLA IMPUTAÇÃO

As contribuições oriundas da seara cível, como exposto, apresentam-se fundamentais para o desenvolvimento e a compreensão da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas prevista na Lei nº 12.846/13.

A previsão do art. 1º da LAC, no sentido de que ela “dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas”, e a escolha da terminologia ‘responsabilização objetiva’, deixam claro que o diploma normativo previu um novo instituto administrativo de responsabilização, com fundamento no direito civil.

Assim, em que pese a relevância das construções doutrinárias do âmbito penal, ao que parece a opção do legislador foi criar uma responsabilidade mais próxima ao direito civil. Isto porque, ao menos em tese, seria possível ao legislador a criação de legislação ordinária prevendo tipos penais e sanções às pessoas jurídicas, ao invés da responsabilidade administrativa, mas não o fez.

Da seara penal, importante o debate sobre a não aplicação da teoria da dupla imputação, o que aparenta fortalecer a ideia já esposada de desnecessidade de análise de culpa ou a identificação de preposto para a responsabilização da pessoa jurídica, nos termos da teoria do risco do direito civil.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal já manifestou entendimento segundo o qual a responsabilização da pessoa física não é requisito para o sancionamento da pessoa jurídica por crime ambiental, conforme se lê:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.

2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta.

3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental.

4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde,

todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual.

5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (STF-RE: 548181 PR, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento 06/08/2013, Primeira Turma, Data de Publicação. ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014).

A referida tese, em sede de responsabilização administrativa e cível, restou absorvida de maneira expressa pela Lei nº 12.846/13 ao prever, em seu Art. 3º, §1º, que “a pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no *caput*”.

Portanto, considerando o diálogo das fontes, vislumbra-se robustecida a tese de que a teoria do risco permite retirar a necessidade de individualização da conduta do preposto, sua vinculação à empresa e sua responsabilização, visando possibilitar a eventual aplicação de sanção em desfavor da pessoa jurídica.

3. ATO ILÍCITO

Demonstrada a importância e os fundamentos da responsabilidade objetiva com sua teoria do risco no âmbito da responsabilidade administrativa, verifica-se necessário adentrar na especificidade do ato ilícito, haja vista que a responsabilização da Lei nº 12.846/13 ocorre em virtude do cometimento de ato lesivo nela especificado.

Ato ilícito apresenta-se como a conduta contrária a um dever jurídico (decorrente de norma jurídica, obrigação, dentre outras). Muito bem sintetiza o conceito de ato ilícito San Tiago Dantas, citado por Sérgio Cavalieri Filho (2022, p. 18), ao afirmar que “O ilícito é a transgressão de um dever jurídico. Não há tradução mais satisfatória para o ilícito civil”.

Escorreita é a explanação de Humberto Theodoro Junior, citado por Sérgio Cavalieri Filho (2022, p. 20):

o direito se constitui como um projeto de convivência, dentro de uma comunidade civilizada (o Estado), no qual se estabelecem os padrões de comportamento necessários. A ilicitude ocorre quando in concreto a pessoa se comporta fora desses padrões. Em sentido lato, sempre que alguém se afasta do programa de comportamento idealizado pelo direito positivo,

seus atos voluntários correspondem, genericamente, a atos ilícitos. (grifo do autor)

Os atos ilícitos podem estar em qualquer ramo do direito, com consequências diferenciadas nas três diferentes esferas: cível, administrativa ou penal.

Conforme já apresentado neste artigo, a responsabilidade civil trazida pelo Código Civil encontra-se exposta em seu art 186. De seu lado, o Art. 927 traz a ideia de reparação integral do dano, por quem cometeu o ato ilícito. Vale ressaltar, porém, que, de acordo com Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo (2015, p. 455), “*não se pode confundir, entretanto, o ato ilícito com a responsabilidade civil, pois aquele é um dos elementos desta.*”

Nesse sentido, o ato ilícito, como ensejador da responsabilidade, precisa ser analisado com a acuidade que permita distanciar seus elementos dos referentes à própria responsabilidade e propiciar a adequada construção da ideia de ato ilícito ensejador da responsabilidade objetiva. Como muito bem pontua Sérgio Cavalieri Filho (2022, p. 16-17):

[...] Assinala Caio Mário que [...] Embora sustente que o caráter antijurídico da conduta e o seu resultado danoso constituem o perfil do ato ilícito – violação de uma obrigação preexistente -, reconhece o notável civilista que a noção de culpa está presente na composição do esquema legal do ato ilícito. Adverte, entretanto, que a palavra “culpa” traz aqui um sentido amplo, abrangente de toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional ou não, porém imputável por qualquer razão ao causador do dano.

[...] Antunes Varela faz perfeita colocação desta questão, ao dizer: “O elemento básico da responsabilidade é o fato do agente – um fato *dominável* ou *controlável* pela vontade, um *comportamento* ou uma *forma de conduta* humana – pois só quanto a fatos dessa índole têm cabimento a ideia da ilicitude, o requisito da culpa e a obrigação de reparar o dano nos termos em que a lei impõe.”

Todas as definições dadas ao ato ilícito, sobretudo entre os clássicos, seguem essa mesma linha – íntima ligação entre o seu conceito e o de culpa. Tal critério, entretanto, cria enorme dificuldade em sede de responsabilidade objetiva, na qual não se cogita de culpa.

Com efeito, se a culpa é elemento integrante do ato ilícito, então, onde não houver culpa também não haverá ilícito. Nesse caso, qual seria o fato gerador da

responsabilidade objetiva? Em face dessa dificuldade, Colin e Capitant, citados por Alvinho Lima, afirmam configurar uma tautologia dizer ser a culpa um ato ilícito. Há também os que sustentam que a obrigação de reparar sem culpa não é caso de responsabilidade, e sim de uma simples garantia – o que *data vênia*, se me afigura navegar de costas para o futuro, remando contra a maré. Estando universalmente reconhecida e consagrada a responsabilidade objetiva, cujos domínios cada vez mais se expandem, não há mais espaço para se contestar a existência de responsabilidade nos casos de indenização sem culpa. (grifo do autor)

Nesse sentido, deve-se frisar que a ideia tradicional de responsabilidade subjetiva por ato ilícito apresentaria quatro elementos para a sua configuração, quais sejam: conduta ilícita, culpa, dano e o nexo causal. De seu lado, a evolução para a responsabilidade objetiva demandaria a exclusão do elemento culpa, haja vista que não se perquire sobre o dolo ou a culpa na conduta. Esta é a grande e tradicional diferenciação entre os dois tipos de responsabilidade.

Essa evolução apresentou-se no Art. 187 do Código Civil, o qual previu outro ato ilícito, o abuso do direito. Segue trecho:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Observa-se que nesse artigo não há a utilização de qualquer expressão que denote o elemento subjetivo da culpa, nem em relação à ocorrência do dano (diferentemente do Art. 186 do CC), motivo pelo qual a previsão do abuso de direito como ato ilícito permite trazer à tona a ideia de ato ilícito objetivo, em relação ao qual não haveria necessidade de demonstração do dano, culpa ou dolo. Nesse sentido, seguem os enunciados do Conselho da Justiça Federal:

A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico. (I Jornada de Direito Civil - Enunciado 37)

O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano. (VI Jornada de Direito Civil - Enunciado 539)

A responsabilidade civil tem ligação umbilical com a existência do dano, sendo este que traz a ideia de necessidade de reparação integral. Nesse sentido, Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo (2015, p. 460 e p. 475) entendem que:

O dano, ou prejuízo é o elemento decisivo para a fixação da responsabilidade civil. Assim, se não houver dano, não há responsabilidade civil.

[...]

Em havendo ato contrário ao direito que não cause, no entanto, prejuízo, a hipótese poderá resultar em imposição de sanções penais ou administrativas, no entanto, não será relevante para o critério da fixação do direito de indenização.

[...]

O abuso do direito conduz a consequências diversas, independente da ocorrência de prejuízo, como nas práticas e cláusulas abusivas referidas pelos arts. 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, bem como na possibilidade de perda de determinados direitos reconhecidos, mas que em virtude da situação em concreto, podem ser suprimidos.

Contudo, apresentam-se cristalinas as ponderações de Sérgio Cavalieri Filho (2022, p. 20), no sentido da evolução do Direito pátrio, ao prever o abuso do direito – Art. 187, CC – sem requerer a demonstração de dano. É o que se depreende da leitura:

“Deste modo”, pondera Judith Martins Costa, “o novo art. 187 do CC/2002 rompe com antiga noção civilista de ilicitude, falando-se agora em ato ilícito objetivo (ilicitude situada derivada dos meios ou modo de exercer um direito ou uma posição jurídica), desprendido da necessidade de comprovação tanto de culpa quanto de dano.”

Outra diferença entre o ato ilícito previsto no art. 186 e do art. 187 é que apenas o primeiro faz alusão ao dano. Isso importa dizer que a ilicitude configuradora do abuso de direito pode ocorrer sem que o comportamento do agente cause dano a outrem. Nem por isso essa ilicitude será desprovida de sanção. O ordenamento jurídico muitas vezes admite sanções distintas da obrigação de indenizar. Ora a sanção será a nulidade do ato, ora a perda de um direito processual ou material, e assim por diante.

Desse modo, os atos lesivos previstos na Lei nº 12.846/13, parecem já incorporar a evolução construída no direito civil (no âmbito do abuso do direito previsto no Art. 187, CC), ao trazer previsão similar de ato ilícito objetivo, que independe da demonstração de dano, dolo ou culpa.

A demonstração desses debates doutrinários fortalece a ideia de que o legislador, ao construir a LAC, parece ter optado por uma responsabilidade administrativa fundamentada no direito cível, mas com peculiaridades inerentes ao direito administrativo sancionador. Do mesmo modo, não parece ser adequada uma confusão do direito administrativo sancionador com o direito penal, a ensejar a importação das teorias, princípios e dispositivos legais de maneira automática e sem uma análise da adequação ao que se pretende na LAC, que tem autonomia e estrutura própria.

4. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA PREVISTA NA LAC

A partir da fundamentação exposta, em especial do direito cível, lança-se o debate sobre os elementos e pressupostos para a aplicação da responsabilidade objetiva prevista na Lei Anticorrupção.

É importante esclarecer que, embora existam manifestações doutrinárias que pincelam a construção da responsabilidade objetiva da LAC com base, quase que integralmente, na doutrina penal, ao que parece a norma, em seus artigos iniciais, foi clara ao adotar a responsabilização objetiva, que, conforme já exposto, parece estar mais próxima das construções do direito cível, não se confundindo com a teoria da imputação objetiva do direito penal.

Feita esta consideração, volta-se à questão central de identificar os elementos da responsabilização objetiva no âmbito administrativo para as pessoas jurídicas que cometerem os ilícitos previstos de modo taxativo no art. 5º da Lei Anticorrupção.

Entendemos que se trata de responsabilidade oriunda de ato ilícito, sem que haja a necessidade de demonstração de culpa (análise de culpa ou dolo) ou dano, demonstrando similaridade com o 'ato ilícito objetivo', instituto do direito civil exposto anteriormente.

A desnecessidade de perquirir a existência de dano ou identificar o quantum deste para responsabilização objetiva da pessoa jurídica, na esfera administrativa, resta evidenciada no Art. 6º, §3º, da Lei nº 12.846/13, conforme se lê:

[...]

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipó-

tese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

Desse modo, se pode entender que os elementos necessários para essa responsabilização administrativa seriam a conduta ilícita e o nexo de causalidade.

Todavia, o Art. 2º da LAC traz uma previsão peculiar ao prever que a pessoa jurídica será responsabilizada pelos atos lesivos (conduta ilícita) praticados em seu interesse ou benefício, *in verbis*:

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Essa previsão, ao que parece, pretende expor o fundamento da responsabilidade objetiva, qual seja a teoria do risco, na espécie risco-proveito, a demonstrar que, se a pessoa jurídica usufruiu direta ou indiretamente de benefício, ainda que potencial ou futuro, decorrente de ato ilícito, há de arcar com as consequências desse e ser responsabilizada, socializando seus lucros, ainda que pela via transversa da sanção. Ao final, a LAC promove o instituto da função social da pessoa jurídica, materializando-a.

Portanto, razoável pressupor que exista um terceiro elemento a ser agregado, qual seja, o proveito ou benefício. Nesta linha, a responsabilização administrativa da LAC possuiria, então, três elementos: conduta ilícita, proveito/benefício e nexo de causalidade, os quais se passa a analisar.

4.1. CONDUTA ILÍCITA

A conduta ilícita pode ser entendida como o comportamento que se exterioriza por meio de ação ou omissão e que esteja tipificado no rol taxativo previsto nos incisos do Art. 5º da Lei nº 12.846/13. A conduta, da perspectiva de uma pessoa jurídica, pode ser praticada pelos prepostos da pessoa jurídica ou por algum de seus agentes, ainda que sem poderes específicos ou autorização expressa para a prática do ilícito.

Destaca-se que a Lei nº 12.846/13 tem por ideário promover o fortalecimento do *compliance* no ambiente corporativo privado e tornar as relações desse com o setor público mais transparentes e íntegras. Neste sentido, vale considerar a opinião de Márcio de Aguiar Ribeiro (2017, p.45):

O que se almeja com a formalização desse novo sistema de responsabilização objetiva de pessoas jurídicas proposto pela Lei Anticorrupção Empresarial, aqui denominado de *responsabilidade objetiva corporativa*, é a instituição de um novo paradigma de atu-

ação dos entes empresariais, exigindo-se deles uma atuação proativa no combate ao nefasto problema da corrupção. [...] O que a LAC propõe é o estabelecimento de uma nova conjuntura em que ambos os setores estejam harmonizados no combate efetivo ao aludido problema social, afinal de contas a responsabilidade objetiva induz mudança comportamental das empresas, que devem passar a adotar rígidos padrões de conduta empresarial e assim minorar riscos de responsabilização, inaugurando, portanto, uma cultura de valorização de empresas que se pautam pela integridade corporativa e lisura empresarial.

Essa mudança de ambiente passa justamente por cobrar uma postura mais proativa e ativa das empresas privadas no combate à corrupção e demais atos lesivos perpetrados em face da administração, pelo que se sanciona, como modo de indução do comportamento, tanto quem age de maneira ilícita, quanto quem tem ciência dos ilícitos e não toma as medidas preventivas e adequadas para evitar os ilícitos, seja interrompendo as condutas ilícitas em andamento, seja avisando as autoridades públicas pertinentes para adoção das medidas cabíveis.

Em relação à conduta omissiva, verifica-se que a ciência dos ilícitos, com ausência de adoção de medidas para impedir a continuidade do ato lesivo, por força própria ou por comunicação das autoridades, é omissão relevante para ensejar responsabilização. Nesse sentido, cita-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que, *mutatis mutandis*, aplica-se ao diploma em comento:

A conduta omissiva não deve ser tida como irrelevante para o crime ambiental, devendo da mesma forma ser penalizado aquele que, na condição de diretor, administrador, membro do conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário da pessoa jurídica, tenha conhecimento da conduta criminosa e, tendo poder para impedi-la, não o fez.

(HC 92.822/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Rel. p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 13/10/2008)

Outrossim, consoante exposto, pode-se defender que a teoria do risco, aplicável no regime civil de responsabilização, traz arcabouço jurídico útil para tratarmos da responsabilização da pessoa jurídica no âmbito da LAC. Tal como ocorre na teoria do risco, ao que parece a LAC exclui a necessidade de perquirir sobre a culpa/dolo da pessoa jurídica, bem

como torna a reponsabilidade por fato próprio. Isto é, a LAC não está a responsabilizar a pessoa jurídica por fato de outrem, o que ensejaria a necessidade de identificar o agente e analisar a culpa desse.

Desse modo, identificada a conduta da pessoa jurídica, como, por exemplo, em licitação na qual é apresentado documento falso perante a Administração, não é necessário analisar qual representante ou representante da pessoa jurídica apresentou o documento perante a Administração, muito menos demonstrar sua culpa.

Lado outro, não se pode olvidar que, em determinadas situações, a necessidade de buscar elementos probatórios da conduta ilícita acaba por trazer à tona o debate sobre o vínculo do agente executor da conduta ilícita com a pessoa jurídica a ser responsabilizada. Toma-se como exemplo situação de flagrante de agente público recebendo mala de dinheiro de determinada pessoa; neste caso, identificar quem pagou a vantagem torna-se imprescindível para vislumbrar se há envolvimento de pessoa jurídica passível de responsabilização.

Em situações como a citada, demonstrado o vínculo do agente pagador de vantagem indevida com a pessoa jurídica, restará o debate sobre o exercício da conduta em razão ou em benefício ou interesse para a empresa, visando afastar a tese de que a conduta seria totalmente desvinculada da sua relação com a pessoa jurídica, ou seja, seria uma relação estritamente particular.

Na situação acima, imperiosa a demonstração de que existe um negócio jurídico celebrado entre o agente pagador da vantagem indevida e a pessoa jurídica, bem como que a conduta ilícita foi praticada no exercício ou em razão do trabalho que lhe compete.

Referido negócio jurídico abarcaria, por exemplo, contrato de trabalho, contrato de prestação de serviços, inclusive, a denominada pejetização (que ocorre quando uma pessoa natural é contratada por meio da constituição de pessoa jurídica para prestar serviços de maneira pessoal e subordinada), representantes comerciais e comissários, dentre outros. Rol amplo e aberto que permite acompanhar a evolução das relações modernas das empresas e seus conglomerados com os seus colaboradores.

A teoria da aparência também parece ter papel importante na demonstração de que esses negócios jurídicos seriam novos “envelopes jurídicos” para as usuais situações de pessoas físicas trabalhando em prol da pessoa jurídica sob outro manto que não o tradicional contrato de trabalho. Logo, nas situações em que o agente que comete o ato ilícito aparenta aos envolvidos que ele age em nome da pessoa jurí-

dica, seja qual for a natureza do negócio jurídico que eles possuem, vislumbra-se possível imputar diretamente à pessoa jurídica a conduta perpetrada.

Noutro giro, a teoria do risco também permite que as condutas ilícitas praticadas por menores de 18 anos como, por exemplo, os jovens aprendizes no exercício ou em razão do trabalho que lhes compete, possam ensejar a responsabilização da pessoa jurídica contratante, sem necessidade de adentrar no mérito da inimputabilidade prevista no direito penal ou na responsabilidade por fato de outrem.

Vale registrar, ainda, que parece razoável pressupor que a conduta ilícita passível de ensejar a responsabilização da pessoa jurídica deverá também ser dotada de antijuridicidade, no sentido de sua desconformidade com o ordenamento jurídico como um todo.

Feitas as considerações sobre este elemento, passa-se ao próximo tópico, que versa sobre exigência expressa da Lei Anticorrupção.

4.2. PROVEITO / BENEFÍCIO

Enquanto na responsabilidade civil o prejuízo ou dano apresenta-se pedra fundante, na responsabilidade administrativa prevista na Lei nº 12.846/13, se tem a sua substituição pelo “interesse” ou “benefício”, conforme previsão do seu Art. 2º, a respeito do qual assim se manifestou Flávio Rezende Dematté (2015, p. 113):

[...] Este artigo – que pode ser considerado a pedra angular normativa da Lei Anticorrupção – vincula a responsabilização das pessoas jurídicas ao fato de que os atos lesivos por elas praticados tenham gerado algum benefício ou satisfeito algum interesse de tais pessoas jurídicas, seja de forma exclusiva para a infratora, seja de forma compartilhada entre ela e outros beneficiados ou interessados. A ocorrência de algum dos atos elencados no artigo 5º, conjugado com a promoção de um benefício ou a satisfação de um interesse jurídico da pessoa jurídica a que se pretende imputar a ilicitude do ato, constituem as condições de possibilidade para a incidência da esfera de responsabilização objetiva estabelecida pela Lei 12.846/2013.

Todavia, “interesse” ou “benefício” da empresa não se restringe apenas à existência de lucro ou de receita de maneira direta, haja vista que esses termos não se circunscrevem apenas ao quesito material, podendo se dar, também, em aspectos mais abrangentes e fluidos como, por exemplo, o estreitamento de relacionamento com gestores públicos

em posições de relevo, agentes fiscalizadores ou, mesmo, com pessoas jurídicas concorrentes, dentre outros.

Em situações como as expostas, parece prevalecer a ideia de que há “interesse” da pessoa jurídica, na linha de tratar-se de potenciais ou reais benefícios, incluindo a possibilidade de evitar prejuízos decorrentes de sanções, evitar concorrências ferrenhas com outros licitantes ou, mesmo, evitar dificuldades na execução contratual ou no recebimento de pagamento devido pela Administração.

O conceito jurídico indeterminado de “interesse” conduz a uma gama mais larga de situações que teriam potencial, ainda que em abstrato, de favorecimento à pessoa jurídica infratora.

Nesse sentido, Aloísio Zimmer (2019, p. 105):

Os atos lesivos, salvo melhor juízo, só estarão sujeitos a este regime de responsabilização no caso de terem sido praticados “em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”. É peculiar o uso que é feito pela dicção do artigo da conjunção alternativa entre “interesse” e “benefício”, semelhante àquele encontrado no art. 3º da Lei nº 9.605/1998. Uma dessas hipóteses deve estar objetivamente presente para que haja responsabilização da pessoa jurídica.

“Benefício” parece corresponder, de forma mais genérica, ao conceito econômico atrelado à fórmula custo-benefício, resumindo-se, talvez grosseiramente, na existência de vantagem patrimonial, material ou não, à pessoa jurídica. [...]. Por sua vez, a ideia de “interesse”, também apreciada objetivamente, relaciona-se em específico ao objeto social da empresa seja ele próprio simulado, utilizado para “facilitar, encobrir, ou dissimular a prática dos atos ilícitos [...] ou provocar confusão patrimonial”.

Desse modo, vantagens indevidas para “abrir portas”, “manter negócios” e “estreitar relacionamentos”, bem como a apresentação de “propostas de cobertura”, em que pese não tenham a exata correspondência do que costumeiramente denominamos “toma lá, dá cá”, se encontram igualmente tipificados como ato lesivo, diante do benefício potencial de favorecimento (interesse), seja pelo agente público, no caso da vantagem indevida, seja por concorrente, no caso da proposta de cobertura.

Entretanto, se, por um lado, se observa um alto grau abstrato dos termos “interesse ou benefício”, por outro, não se cogita da aplicação de sanções de modo indiscriminado, pois esse elemento estará sempre atrelado à conduta ilícita, ou seja, ao rol ta-

xativo previsto no Art. 5º da LAC, que permite balizas seguras, e cujas hipóteses estreitam o escopo de responsabilização e trazem intrinsecamente alto grau de reprovabilidade da conduta.

Portanto, o elemento apresenta-se como interesse ou benefício, direto ou indireto, exclusivo ou não, cuja demonstração, nos casos práticos, é indispensável, ainda que se faça por meio da presunção lógica.

4.3. NEXO DE CAUSALIDADE

O último elemento é o nexo de causalidade, o liame entre a conduta ilícita e o interesse/benefício, ou seja, sem a conduta ilícita não haveria o interesse/benefício.

Consoante exposto, considerando-se o rol taxativo previsto no Art. 5º da LAC e as disposições dos incisos, constata-se que, na maioria dos casos, é possível vislumbrar que o enfoque do debate probatório estará na demonstração da conduta ilícita, sendo a demonstração do interesse ou benefício e do nexo de causalidade usualmente decorrente de presunções lógicas.

Nesse sentido, exemplifica-se a situação de dano de vantagem indevida ao gestor responsável pelas licitações do órgão público. Demonstrada a dano da vantagem indevida ao agente público, o benefício em favor da pessoa jurídica estará presumido (presunção *juris tantum*) em decorrência do potencial do gestor influenciar ou auxiliar em favor da pessoa jurídica em eventual licitação, sendo desnecessária a demonstração de atos irregulares e concretos do gestor em favor da pessoa jurídica.

Outrossim, a LAC não parece trazer consigo a teoria do risco integral, o que tornaria possível a incidência de causas excludentes de responsabilidade, em que pese não haver qualquer previsão nesse sentido no texto legal.

Vale lembrar, contudo, que as causas previstas no Art. 188 do Código Civil se referem apenas à responsabilidade subjetiva, eis que excluem a culpa, conforme se depreende da leitura:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Portanto, em relação à LAC, restariam as causas de exclusão da responsabilidade objetiva, quais sejam: caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro. Todas essas excluem o nexo de causalidade no âmbito da teoria do direito civil.

Entretanto, considerando-se o fato de se tratar de direito administrativo sancionador, a existência do elemento 'conduta ilícita', a responsabilização ser objetiva, bem como que a vítima da conduta ilícita é a Administração pública e os bens jurídicos protegidos a probidade administrativa e o patrimônio público nacional ou estrangeiro, não se vislumbra espaço para a compensação de culpas ou para a existência da excludente de culpa exclusiva da vítima.

A lição de Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo (2017, p. 236-237) expõe que "diversamente do campo civil, na esfera penal não é cabível a compensação de culpas". Depreende-se, assim, que, em situações como tal, seria possível a ocorrência de crime culposo ou o concurso de pessoas, no caso da existência de vínculo subjetivo.

Nesse sentido, transportando-se a situação para a esfera administrativa, ocorrendo a prática de ato lesivo pela pessoa jurídica e pelo agente público, os dois deverão ser responsabilizados em processo administrativo próprio (Processo Administrativo de Responsabilização e Processo Administrativo Disciplinar, respectivamente), sem prejuízo das demais esferas.

Em relação à força maior e o caso fortuito, desconsiderando todos os embates doutrinários que os unificam ou separam, têm-se como "todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente", conforme preceitua o Art. 501 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Desse modo, também no âmbito da LAC, seriam possíveis causas excludentes de conduta ilícita.

No âmbito do direito penal, caso fortuito e força maior apresentam-se como excludentes da conduta, ao lado da coação física irresistível e de outras situações na qual não há vontade do ato, sendo cabível a reflexão sobre a possível aplicação no âmbito da LAC.

Desse modo, em princípio, restam apenas três excludentes oriundas da teoria cível: caso fortuito, força maior e fato de terceiro. Adotada a sistemática do direito cível, essas causas somente ensejariam o rompimento do nexo de causalidade em situações extremas, nas quais sua ocorrência esteja totalmente dissociada das condutas, riscos e atividades perpetradas pela pessoa jurídica. Seguem entendimentos judiciais sobre o tema:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENA-TÓRIA POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E PATRIMONIAIS - INCÊNDIO INICIADO NA ÁREA DE PROPRIEDADE DO RÉU QUE ATINGIU O IMÓVEL RURAL DO AUTOR - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - CORTE LOCAL QUE, AO RECONHECER A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DO RÉU (ART. 3º, INC. IV E ART. 14, § 1º, DA LEI 6.938/81), CONDENA-O AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS, A SEREM QUANTIFICADOS EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - INSURGÊNCIA RECURSAL DA PARTE RÉ. DANOS AMBIENTAIS INDIVIDUAIS OU REFLEXOS (POR RICOCHETE) - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 14, § 1º, DA LEI Nº 9.938/81, E, OUTROSSIM, EM VIRTUDE DA VIOLAÇÃO A DIREITOS DE VIZINHANÇA - RECONHECIMENTO DO DEVER DE INDENIZAR IMPUTÁVEL AO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL.

Pretensão ressarcitória deduzida com escopo de serem indenizados os danos decorrentes de incêndio iniciado em propriedade vizinha, ocasionado pela prática de queimada.

[...]

2. O conceito de dano ambiental engloba, além dos prejuízos causados ao meio ambiente, em sentido amplo, os danos individuais, operados por intermédio deste, também denominados danos ambientais por ricochete - hipótese configurada nos autos, em que o patrimônio jurídico do autor foi atingido em virtude da prática de queimada em imóvel vizinho.

2.1 Às pretensões ressarcitórias relacionadas a esta segunda categoria, aplicam-se igualmente as disposições específicas do direito ambiental e, por conseguinte, da responsabilidade civil ambiental (objetiva) - consignadas na Lei nº 6.938/91 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), nos moldes em que preceituado no seu artigo 14, parágrafo 1º: "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. [...]"

2.2. A excludente de responsabilidade civil consistente no fato de terceiro, na seara ambiental, tem aplicação bastante restrita, dada a abrangência do disposto no artigo acima transcrito. Desse modo,

só poderá ser reconhecida quando o ato praticado pelo terceiro for completamente estranho à atividade desenvolvida pelo indigitado poluidor, e não se possa atribuir a este qualquer participação na consecução do dano - ato omissivo ou comissivo, o que não se verifica na hipótese, consoante se infere do acórdão recorrido, o qual expressamente consignou ser o recorrente/réu "conhecedor de que as pessoas que 'limpavam' sua propriedade se utilizavam do fogo para fazê-lo, e a prática era reiterada, freqüente, "todos os anos", conforme descrito na inicial.

E mesmo conhecedor do ilícito, nada fez para coibir a prática proscribida exercida em sua propriedade, tornando-se dessa forma responsável por ato de terceiro."

2.3 "Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem." (cf. REsp 650.728/SC, Rel. Ministro Antonio Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 02/12/2009)

3. Não obstante a análise do caso à luz dos ditames da responsabilidade civil ambiental, a conclusão encerrada na hipótese dos autos justifica-se, outrossim, sob a ótica do direito civil (em sentido estrito), notadamente porque aplicável a responsabilidade objetiva decorrente da violação de direitos de vizinhança, os quais coíbem o uso nocivo e lesivo da propriedade.

4. Nos termos do enunciado nº 318 deste Tribunal Superior, "formulado pedido certo e determinado, somente o autor tem interesse recursal em arguir o vício da sentença ilíquida".

5. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

(REsp 1381211/TO, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 19/09/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. CONTRATO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. FATO DE TERCEIRO CONEXO AOS RICOS DO TRANSPORTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA NÃO AFASTADA. SÚMULA 187/STF. INTERESSE PROCESSUAL. SÚMULA 07. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Esta Corte tem entendimento sólido segundo o qual, em se tratando de contrato de transporte oneroso, **o fato de terceiro apto a afastar a responsabilidade objetiva da empresa transportadora é somente aquele totalmente divorciado dos riscos inerentes ao transporte.**

2. O delineamento fático reconhecido pela justiça de origem sinaliza que os óbitos foram ocasionados por abalroamento no qual se envolveu o veículo pertencente à recorrente, circunstância que não tem o condão de afastar o enunciado sumular n. 187 do STF: a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

[...]

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 1083789/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/04/2009, DJe 27/04/2009)

No âmbito da LAC, a excludente do fato de terceiro deve ter escopo reduzido para não ensejar, justamente, o acobertamento das transações ilícitas para pagamento de vantagens indevidas, criação de empresas de fachadas para fraudes a licitações, dentre outras hipóteses, motivo pelo qual apenas em situações totalmente alheias pode ser admitida.

Noutro giro, a LAC pretende fomentar o *compliance* no setor privado, sendo certo que parte imprescindível desse é a adoção de medidas de *due diligence* de terceiros. Em suma, o ambiente corporativo requer que haja análise do perfil das contratações da empresa, incluindo medidas de compliance e anticorrupção dessas, para que possam ser aprovadas para contratação.

Sobre este elemento, estas são as considerações, feitas em atenção à limitação do escopo deste trabalho, sem olvidar a necessidade de aprofundamento da análise das causas excludentes previstas no direito penal e no direito cível, para melhor cotejamento e aferição da sua aplicabilidade ou não no direito administrativo sancionador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Anticorrupção inovou o ordenamento jurídico brasileiro, ao prever a responsabilização de pessoas jurídicas, nas esferas administrativa e civil, de modo objetivo.

Exatamente por esse caráter inovador, ainda não há um volume significativo de debates doutrinários e decisões judiciais específicas sobre o tema, que

permitam o delineamento de questões relevantes à aplicação da norma, sendo que, neste artigo, o foco foi identificar os elementos da responsabilidade objetiva prevista nessa Lei.

Para tanto, foi necessário buscar, sobretudo, o referencial do direito civil, sem parecer possível, contudo, simplesmente importar as teorias e construções doutrinárias, sem levar em consideração as peculiaridades da situação, tanto em razão das escolhas legislativas materializadas na LAC, quanto em razão da própria autonomia do direito administrativo sancionador.

Nesse percurso, se verificou que, no direito civil, houve uma evolução no conceito de responsabilização, sobretudo como forma de resposta à evolução das relações sociais, de trabalho, de consumo, bem como dos direitos em si, de modo que se caminhou de uma responsabilidade quase que exclusivamente subjetiva a casos em que o legislador entendeu que essa abordagem não permitiria a melhor solução e, assim, foram previstas hipóteses de responsabilidade objetiva, tais como a da LAC.

Analisando os fundamentos disponíveis, e confrontando-os com o contexto de promulgação da LAC, parece adequado entender que, dentre os elementos clássicos, são exigidos, na responsabilidade objetiva na LAC, a conduta ilícita e o nexo de causalidade. Adicionalmente, por expressa disposição legal, se identificou como elemento, também, o “interesse” ou “benefício”, que, na prática, atuam como uma condicionante para que determinada conduta ilícita enseje a responsabilização.

Rememora-se que este trabalho não objetiva uma análise exauriente dos elementos da responsabilidade objetiva prevista na LAC, mas promover a discussão sobre eles e enfatizar a necessidade de estruturação e sistematização, visando permitir aos operadores do direito maior clareza e profundidade de debates sobre o tema.

Cumprе assinalar, por fim, que esses debates serão tanto mais acertados, quanto mais levarem em consideração os fundamentos lançados na Exposição de Motivos da LAC, que destacam, para além da necessidade de o Brasil cumprir os compromissos internacionais até então assumidos, o proveito da lei para o contexto de combate e prevenção à corrupção, uma vez que a norma supre a lacuna do sistema jurídico pátrio, no que diz respeito à responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção, traz previsão de condutas que são mais condizentes com a realidade da Administração Pública e, sobretudo, pretende consolidar um sistema que induza a mudança de comportamentos, pois, ao reprimir de forma consistente mas, também, deixar claro o

peso positivo do *compliance* e demais boas práticas empresariais, o que se revela é que a intenção primordial não é punir e, sim, tornar mais lícito, crível e honesto o relacionamento público-privado. Para que seja possível alcançar, de fato, essa magnitude

intentada pelo legislador, o sistema de responsabilização há de ser arrojado e, ao mesmo tempo, simples, sem descuidar, jamais, das garantias essenciais do contraditório e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 37**. I Jornada de Direito Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/698>. Acesso em: 21 abr 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 539**. VI Jornada de Direito Civil. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/150>. Acesso em: 21 abr 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 92.822/SP**. Habeas Corpus. Processual Penal. Crime Ambiental. Alegação de inépcia da denúncia. Inocorrência. Responsabilização do Presidente do Conselho de Administração. Possibilidade. Ordem denegada. Impetrante: Luís Carlos Dias Torres. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Antônio Ângelo Faragone. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Relator para Acórdão: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 17 de junho de 2008. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1381211/TO**. Recurso Especial - ação condenatória por danos extrapatrimoniais e patrimoniais - incêndio iniciado na área de propriedade do réu que atingiu o imóvel rural do autor - sentença de improcedência - corte local que, ao reconhecer a responsabilidade civil ambiental do réu (art. 3º, inc. iv e art. 14, § 1º, da lei 6.938/81), condena-o ao pagamento de indenização por danos patrimoniais, a serem quantificados em liquidação de sentença - insurgência recursal da parte ré. Danos ambientais individuais ou reflexos (por ricochete) - responsabilidade civil objetiva - aplicação do disposto no artigo 14, § 1º, da lei nº 9.938/81, e, outrossim, em virtude da violação a direitos de vizinhança - reconhecimento do dever de indenizar imputável ao proprietário do imóvel. Recorrente: Jonas de Oliveira Barros. Recorrido: José Elias Barbosa Rodrigues. Relator: Min. Marco Buzzi, 15 de maio de 2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Regimental no Agravo 1083789/MG**. Agravo Regimental. Responsabilidade civil por acidente automobilístico. Contrato de transporte de passageiros. Fato de terceiro conexo aos riscos do transporte. Responsabilidade objetiva não afastada. Súmula 187/STF. Interesse processual. Súmula 07. Agravo improvido. Agravante: União Transporte Interestadual de Luxo S/A - UTIL. Agravado: Antônio Luiz Garcia e outros. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 14 de abril de 2009. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 548181/PR**. Recurso Extraordinário. Direito Penal. Crime Ambiental. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Condicionamento da Ação Penal à identificação e à persecução concomitante da pessoa física que não encontra amparo na Constituição da República. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Petróleo Brasileiro SA. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de outubro de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282384/false>.

Acesso em: 12 abr. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

DE ASSIS NETO, Sebastião; DE JESUS, Marcelo; DE MELO, Maria Izabel. **Manual de direito civil**. 3. ed. Bahia: JusPodivm, 2015.

DEMATTÉ, Flávio Rezende. **Responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção**: A Lei 12.846/2013 segundo o Direito de Intervenção. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

DE MEDEIROS, Alice Bernardo Voronoff. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum: 2018,

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 3.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da Lei Anticorrupção Empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SALIM, Alexandre; DE AZEVEDO, Marcelo André. **Direito Penal**: Parte Geral. 7. ed. Bahia: JusPodivm, 2017.

ZIMMER, Aloísio. **Lei Anticorrupção**: lei 12.846/2013. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, v. 9.

As competências da CGU e a sanção de declaração de inidoneidade à luz da lei anticorrupção, da lei das estatais e da nova lei de licitações

Lucio Furbino Villefort¹ e Rafael Oliveira Prado²

Resumo: O presente artigo enfrenta questões frequentemente arguidas relacionadas à competência da Controladoria-Geral da União (CGU) para apurar e julgar ilícitos administrativos praticados no âmbito de outros órgãos e entidades. Aborda a questão da abrangência da Nova Lei de Licitações em relação às estatais regidas pela Lei das Estatais. Trata das implicações resultantes das recentes e significativas alterações legislativas relacionadas a licitações e contratos, notadamente no que diz às sanções administrativas e seus respectivos efeitos. Analisa como leis que tratam basicamente do mesmo tema preveem a aplicação de sanções distintas em resposta a um mesmo tipo de conduta infracional. Pondera a respeito da possibilidade de a CGU aplicar à pessoa jurídica a sanção de declaração de inidoneidade em resposta a ato lesivo praticado em face de estatal regida pela Lei das Estatais.

Palavras-chave: inidoneidade; estatais; licitações; contratos; sanção; administrativa; anticorrupção; lei 14.133; lei 13.303; lei 12.846.

1. INTRODUÇÃO

Conhecida como a Nova Lei de Licitações, a Lei 14.133/2021 representa um marco no Direito Administrativo pátrio, uma vez que consubstancia – e revoga expressamente – a Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos), a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e parte da Lei 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações – RDC).

Normalmente, a junção de disposições normativas oriundas de diversos diplomas legais provoca reflexos e mudanças em vários aspectos, incluindo às disposições referentes aos aspectos sancionatórios decorrentes de comportamentos ilícitos no bojo de licitações e contratos, que constitui o tema de interesse deste trabalho.

Ocorre que, reduzindo o escopo à questão das sanções, ao contrário do que poderia se esperar de uma ampla reforma legislativa, percebe-se que estas, em si, não sofreram alterações significativas quando comparadas, por exemplo, com as Leis 8.666/1993 e 10.520/2002.

Com vistas a uma compreensão mais ampla do tema, impende consignar que a Lei 14.133/2021 não foi a única a tratar de questões relacionadas às infrações e respectivas sanções administrativas envolvendo licitações e contratos. Pode-se iniciar, por exemplo, com a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), passando pela Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), pela Nova Lei de Licitações e terminando com as muitas alterações que a Lei 14.230/2021 promoveu na Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Se por um lado não houve alterações significativas em relação às sanções, um olhar mais atento sobre as referidas leis observará que ocorreram mudanças importantes no que tange à progressão das sanções e seus respectivos efeitos, bem como aos procedimentos de apuração, que certamente produzirão reflexos nas instâncias administrativa e civil, no mínimo.

Como normas recentes que são (algumas recentíssimas), é necessária uma análise cuidadosa por parte dos órgãos de controle e de julgamento – seja administrativo ou judicial – a respeito dos impactos que poderão advir a partir da aplicação da nova legislação.

1. Auditor Federal de Finanças e Controle em exercício na Controladoria-Geral da União; lucio.villefort@cgu.gov.br
2. Auditor Federal de Finanças e Controle em exercício na Controladoria-Geral da União; rafael.prado@cgu.gov.br

Numa análise rápida, é razoável imaginar que com a edição da Lei das Estatais e da Nova Lei de Licitações grande parte das dúvidas e controvérsias hoje existentes sejam dirimidas sem grande esforço, em especial pelo fato de que a Lei 14.133/2021 é bastante objetiva no que diz respeito a sua abrangência.

No entanto, ainda que não restem dúvidas quanto à aplicabilidade da Lei 13.303/2016 no que se refere às licitações e contratações das empresas estatais, uma questão envolvendo a aplicação de sanções administrativas ganhou relevância no âmbito administrativo, sem que se tenha notícia de que a discussão já tenha sido objeto de análise por parte do Poder Judiciário.

Nesse sentido, a Controladoria-Geral da União (CGU) vem utilizando o entendimento de que mesmo após as estatais editarem e publicarem regulamentos próprios, a Lei 8.666/1993, como norma geral de licitações e contratos, pode ser aplicada subsidiariamente para fins de aplicação da sanção de declaração de inidoneidade, sanção esta que não está prevista na Lei das Estatais. O que, em regra, não tem sido aceito pelas partes contrárias diretamente interessadas, as quais têm apresentado teses e argumentos em sentido oposto.

A polêmica certamente ganhará novos contornos a partir de 1º de abril de 2023, data em que a Lei 8.666/1993 estará efetivamente revogada e será substituída pela Lei 14.133/2021, que embora já se encontre em vigor, ainda não produz todos os seus efeitos.

Assim, o presente artigo tem por objetivo a análise de aspectos práticos diretamente relacionados com a atuação da CGU no campo do Direito Administrativo sancionador, com foco nas pessoas jurídicas, a partir das alterações processadas na parte das infrações e sanções administrativas implementadas pelas citadas leis. Para tanto, realizou-se uma revisão normativa em conjunto com uma revisão bibliográfica, com breves incursões jurisprudenciais a respeito do tema.

2. A COMPETÊNCIA DA CGU

No âmbito do Direito Administrativo sancionador, questiona-se com relativa frequência a competência da CGU para apurar e julgar infrações administrativas relacionadas a licitações e contratos perante a Administração Pública indireta. Notadamente quando se trata de ilícitos pretéritos à edição da Lei 12.846/2013.

Cabe informar que as competências da CGU, outrora previstas na Lei 10.683/2003, encontram-se insculpidas no art. 51 da Lei 13.844/2019, com espe-

cial destaque para o fato de que os procedimentos e os processos administrativos de instauração e avocação facultados à CGU incluem aqueles de que tratam o Capítulo IV da Lei 12.846/2013 e outros a serem desenvolvidos ou já em curso em órgão ou entidade da Administração Pública federal, desde que relacionados a lesão ou a ameaça de lesão ao patrimônio público.

Em que pese haver posicionamentos em sentido contrário, é preciso que se esclareça que a CGU, na condição de órgão central do Sistema de Controle Interno e do Sistema de Correição, ambos do Poder Executivo federal, tem competência para não só instaurar processos administrativos disciplinares como também para avocar aqueles em tramitação, perante órgão ou entidade do Poder Executivo federal, “nos quais se pretenda investigar suposto comportamento ilícito praticado por fornecedores do Poder Público federal”, de acordo com os termos assentados no Parecer nº 110/2012/ASJUR-CGU-PR/CGU/AGU.

Inclusive, conforme revela o indigitado parecer, no julgamento do MS 14134/DF, o “Superior Tribunal de Justiça já se manifestou expressamente acerca da competência da CGU para declarar inidôneas empresas que mantiveram vínculo contratual com a Administração Pública federal”.

Com o advento da Lei Anticorrupção, a apuração da responsabilidade administrativa de pessoa jurídica que possa resultar na aplicação das sanções ali previstas se dá por meio de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) e sua instauração cabe à “autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário”, conforme dispõe o art. 8º da Lei 12.846/2013, o que se convencionou chamar de competência originária.

Na esfera do Poder Executivo federal, essa competência recai sobre o Ministro de Estado, quando se tratar de Administração Direta, ou sobre a autoridade máxima da entidade, como estatais, no caso da Administração indireta, em consonância com o disposto no art. 3º do Decreto nº 8.420/2015.

Ainda no que diz respeito às competências previstas na Lei Anticorrupção, tem-se também as competências concorrentes e exclusivas. Segundo o Manual de Responsabilização de Entes Privados elaborado pela CGU (2020, p. 67-68), e de acordo com a estrutura organizacional e operacional estabelecida nos diplomas normativos ali citados, a Lei 12.846/2013 e sua respectiva regulamentação colocaram “a CGU em uma posição de destaque dentro do sistema de responsabilização administrativa anticorrupção ali erigido.”

Nesse rumo, o legislador conferiu à CGU competência concorrente para instaurar e julgar PAR, bem como competência exclusiva para: i) avocar os processos instaurados com fundamento na referida lei, para exame de sua regularidade ou para correção do seu andamento; e ii) para apurar, processar e julgar os atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção praticados contra a administração pública estrangeira.

Essas competências da Lei 12.846/2013 são importantes para o contexto desse trabalho, pois a Nova Lei de Licitações dispõe em seu art. 159 que os atos previstos como infrações administrativas nas leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei Anticorrupção, “serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei”. O que harmoniza com o que já estabelecia o caput do art. 12 do Decreto 8.420/2015, o qual regulamentou a Lei 12.846/2013.

Aliás, o aludido decreto dispõe em seu art. 16 que caso os atos lesivos apurados no âmbito do PAR envolvam infrações administrativas às normas de licitações e contratos, “a pessoa jurídica também estará sujeita a sanções administrativas que tenham como efeito restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a administração pública”.

Importante abrir um parêntese para enfatizar que o fato de as empresas públicas e as sociedades de economia mista de que trata a Lei das Estatais possuírem personalidade jurídica própria e serem regidas, regra geral, por normas de direito privado, não faz com que estas deixem de integrar a Administração Pública indireta. O que implica dizer que podem ser atingidas pelos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção, inclusive aqueles relacionados a licitações e contratos.

Sob esse prisma, é possível concluir que no âmbito do Poder Executivo federal a CGU tem competência, seja ela concorrente ou exclusiva, para atuar na apuração de atos lesivos à Administração Pública previstos na Lei Anticorrupção, ainda que praticados em desfavor de entidades regidas pela Lei 13.303/2016.

3. A ABRANGÊNCIA DA LEI 14.133/2021

Como revelam Pereira Junior e Dotti (2018, p.84), “Dezoito anos após a publicação da Emenda Constitucional (EC) nº 19/98, sobreveio a Lei nº 13.303/16

prometida, dispondo sobre o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias” que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços e, dessa forma, cumpriu-se o estatuído no § 1º do art. 173 da Constituição Federal. Nascia, então, o que se convencionou chamar de Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, aqui tratada como Lei da Estatais.

Entre outras coisas, a Lei 13.303/2016 estabeleceu o regime de licitações e contratos específico para as empresas estatais, em atendimento ao disposto no art. 173, § 1º, III da Constituição Federal, segundo o qual a lei disciplinará o estatuto jurídico das empresas estatais, inclusive no tocante a “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

Nessa esteira, firmou-se o entendimento de que a Lei da Estatais³ contribuiu diretamente para o encerramento do debate existente a respeito do regime aplicável às licitações das empresas estatais ante a lacuna normativa prevista no § 1º do art. 173 da Constituição Federal.

Até a entrada em vigor da Lei 13.303/2016, o entendimento era pacificado no sentido de que as normas de licitações e contratos eram aplicáveis também às empresas estatais, com alguns questionamentos surgindo a partir da vigência da Lei 9.478/1997, arts. 67 e 68, a qual autorizou a Petrobras a editar regulamento de procedimento licitatório simplificado (Decreto 2.745/1998).

Sempre reconhecendo o mérito, a importância e a contribuição trazidos pela Lei das Estatais, a CGU e o Tribunal de Contas da União (TCU) mantêm entendimentos de que tanto a Lei 8.666/1993 quanto a Lei 10.520/2002 ainda podem ser aplicadas subsidiariamente no que se refere às sanções administrativas e/ou aos efeitos destas.

Nessa linha, há no TCU o entendimento de que mesmo após a entrada em vigor da Lei 13.303/2016 as citadas leis continuam a alcançar as estatais, como é possível observar no recente Acórdão 9.353/2020 – Primeira Câmara:

18) afasta-se a alegação [...] a respeito da aplicação limitada ao art. 38 da Lei 13.303/2016 e ao item 2.8 do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da INB, uma vez que a literalidade das referidas normas não tem o condão de afastar o espectro das sanções previstas nas Leis

3. “A edição da Lei 13.303/2016 pôs fim a uma ampla discussão acerca do regime aplicável às licitações das empresas estatais na ausência da lei prevista no art. 173, §1º, da Constituição Federal. O debate anterior resultou em autorização legislativa especial para que algumas empresas estatais adotassem regulamentos licitatórios próprios e no entendimento de que as demais empresas estatais estariam submetidas ao regime geral de licitações.” (PEREIRA, 2017, p. 327)

8.666/1993 e 10.520/2002. Nesse mesmo sentido, o Acórdão 269/2019-TCU-Plenário esposou o entendimento de que o art. 7º da Lei do Pregão continua atingindo as estatais depois do advento da Lei 13.303/2016;

19) o art. 38, II, da Lei 13.303/2016 deve ser considerado pelas empresas estatais para inabilitar as licitantes por elas sancionadas. Contudo, ele se refere somente às sanções aplicadas pela própria entidade, não àquelas imputadas por outro ente público, cujo fundamento decorre de legislações distintas (como as Leis 8.666/1993 e 10.520/2002) e cuja abrangência pode alcançar as estatais; (grifo nosso)

Ao mesmo tempo, a CGU, no bojo do Parecer nº 00320/2016/CONJUR-CGU/CGU/AGU, defende que o aludido Decreto 2.745/1998 (Petrobras) e a Lei das Estatais não têm o condão de impedir a aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993:

35. Segundo: por se tratar de uma Sociedade de Economia Mista, apesar de a contratação ser regida pelo sistema de licitações simplificado da Petrobras como sustenta o Ministro Gilmar e a própria AGU, o dano causado por fraudes a este processo atinge a Administração Indireta e, portanto, pode ser perseguido e punido com base na Lei 8.666/93, a qual **só não pode regular a forma de contratação**, a teor da liminar do Min. Gilmar Mendes no MS 29.123/DF, **mas as punições podem ser subsidiariamente reguladas pela Lei 8.666/93**, sem prejuízo de a Petrobras aplicar suas sanções internas com base em seus Manuais e Decretos (destaques do autor)

Argumenta-se, inclusive, que a Lei 10.520/2002 é mais específica que a Lei das Estatais no que diz respeito à modalidade pregão, o que seria razão suficiente para poder utilizar aquela em detrimento desta, ainda que seja apenas subsidiariamente.

A despeito de tudo isso, é de se supor que esses entendimentos sejam, no mínimo, revisitados a partir de 1º de abril de 2023, quando a Lei 14.133/2021 produzirá todos os seus efeitos.

Com efeito, do exame da Nova Lei de Licitações percebe-se de pronto a intenção do legislador de excluir as Administrações Públicas indiretas do caput do art. 1º da Lei 14.133/2021 e, simultaneamente, salientar em seu § 1º que as estatais regidas pela Lei 13.303/2016 “Não são abrangidas por esta Lei”, exceção feita aos crimes em licitação e contratos administrativos de que tratam os arts. 178 e 185⁴.

Nesse sentido, inclusive, firmou-se o entendimento dominante na doutrina administrativa:

Já, expressamente, não abrange as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, cujas licitações continuarão a ser regidas pela Lei nº 13.303/2016, salvo o disposto no art. 178, que trata da parte penal. (...) cedição que a Lei nº 14.133/2021 não se aplica às empresas estatais, sequer de forma subsidiária. (DAL POZZO; CAMMAROSANO, 2021, p. 30-31)

Em suma, as licitações e contratações realizadas por empresas estatais são regidas pela Lei 13.303/2016 e não pela Lei 8.666/1993 ou pela Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações). Aliás, a nova Lei de Licitações, em seu art. 1º, § 1º, prevê a sua inaplicabilidade às empresas estatais. (OLIVEIRA, 2021, p. 91)

Apesar de haver semelhanças e inspiração até da Nova Lei de Licitações em relação às licitações e contratos da Lei nº 13.303/2016, deve-se asseverar que a nova lei não se aplica sequer subsidiariamente ao diploma específico das estatais. (NOHARA, 2021, p. 39)

Na hipótese de sobrevir algum tipo de dúvida no que diz respeito a sua inaplicabilidade concernente às estatais, o art. 186 enumera taxativamente as leis que poderão aplicar subsidiariamente as suas disposições, entre as quais não se encontra a Lei 13.303/2016.

Ressalve-se que a opção legislativa por afastar a aplicação da Lei 14.133/2021 no âmbito das empresas estatais não é isenta de críticas na doutrina, ao tecer comentários acerca da abrangência definida no art. 1º, inciso II:

É contraditório submeter à nova lei as “**demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública**” e excluir de sua abrangência as **empresas subsidiárias de empresas públicas** e sociedades de economia mista, que são indiretamente controladas pela Administração Pública. A primeira expressão parece referir-se a outros tipos de entidades que não tenham a natureza de empresa estatal, mas que sejam controladas pela Administração Pública, sem dar qualquer tipo de indicação sobre a natureza jurídica dessas entidades (DI PIETRO; MARRARA, 2021, p. 14, destaque do autor).

4. “Significa dizer que os tipos penais que foram deslocados para o Código Penal continuarão a ser aplicados também à Lei das Estatais” (NOHARA, 2021, p. 575).

4. AS DIFERENÇAS ENTRE AS LEIS E SUAS RESPECTIVAS SANÇÕES

Importante consignar que a aprovação da Lei das Estatais, novamente nas palavras de Pereira Junior e Dotti (2018, p.84), foi “impulsionada pelos escândalos de corrupção envolvendo licitações e contratações realizadas por algumas” empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

Dado esse contexto, no tocante às infrações e sanções administrativas relativas a licitações e contratos, o legislador optou por praticamente copiar as disposições constantes da Lei 8.666/1993, exceção feita a não inclusão da sanção de declaração de inidoneidade, bem como ao alcance da sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar, a qual ficou restrita à entidade sancionadora na nova lei, ao passo que na Lei 8.666/1993 se estende à Administração como um todo.

É possível inferir que a opção foi no sentido de mitigar as penalidades tão somente em razão de o ilícito ser sido praticado em face de uma entidade da Administração indireta, se não, veja-se: determinado ato infracional que pode ser sancionado com suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração ou com declaração de inidoneidade, quando apurado com base na Lei 8.666/1993, passou a ser punível apenas com a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar somente com a entidade sancionadora, quando julgado com fulcro na Lei 13.303/2016.

Por oportuno, cumpre registrar que há divergência entre o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o TCU a respeito do alcance da sanção prevista no

art. 87, III da 8.666/1993, com este defendendo que a sanção “produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador” (Acórdão 269/2019 – Plenário). Por sua vez, o STJ entende que ela produz efeitos na Administração Pública como um todo, conforme assentado no julgamento do AgInt no REsp 1552078/DF, em 2019:

2. É certo que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça entende que a sanção prevista no art. 87, III da Lei 8.666/1993 produz efeitos não apenas no âmbito do ente que a aplicou, mas na Administração Pública como um todo (REsp. 520.553/RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 10.2.2011).

É bom que se diga que, ao menos em tese, essa divergência não tem lugar nas licitações conduzidas com base na Nova Lei de Licitações⁵, pois o § 4º do seu art. 156 dispõe que o impedimento de licitar e contratar (compatível com o art. 87, III da Lei 8.666/1993) será aplicado “no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos”, ressalvada a hipótese de a infração “justificar a imposição de penalidade mais grave”. Como é possível notar, a nova redação ficou no meio termo em relação à divergência posta, mas a sanção da Lei das Estatais permanece menos gravosa.

A questão da distinção das sanções não fica adstrita à Lei 8.666/1993. Aliás, fica mais evidente à medida que as principais leis a respeito da matéria são inseridas na comparação.

Assim, na tentativa de ilustrar a diferença de tratamento que tem sido dispensado a uma mesma infração administrativa, elaborou-se a Tabela 1 abaixo. Destaca-se que todos os dispositivos de leis ali inseridos se encontram em vigor.

TABELA 1 – DIVERSIDADE DE SANÇÕES

LEI	INFRAÇÃO	SANÇÃO
8.666/1993, art. 88, II	demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração	- suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 anos; ou - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública [...]
10.520/2002, art. 7º	comportar-se de modo inidôneo	ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no SicaF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos

5. “Com a nova Lei de Licitações, a polêmica supramencionada é resolvida em favor da distinção entre os efeitos espaciais ou territoriais das duas sanções” (OLIVEIRA, 2021, p. 447).

LEI	INFRAÇÃO	SANÇÃO
12.462/2011, art. 47, VI	comportar-se de modo inidôneo	ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos
13.303/2016, art. 84, III	demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a empresa pública ou a sociedade de economia mista	suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 anos
14.133/2021, art. 155, XI	comportar-se de modo inidôneo	declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, o que impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 anos e máximo de 6 anos.

Fonte: Legislação brasileira. Organização dos dados: autores do trabalho, 2022.

A primeira diferenciação que chama a atenção é a redação do enquadramento legal da infração nas Leis 8.666/1993 e 13.303/2016. Enquanto na lei de 1993 considera-se o fato de a empresa ou o profissional não possuir idoneidade para contratar com a Administração como um todo, a Lei das Estatais faz referência apenas à idoneidade para contratar com a própria estatal responsável pela licitação e/ou o contrato. Difícil fazer essa distinção na prática, uma vez que, ao menos em teoria, a empresa ou o profissional deve demonstrar ser idôneo ou não independentemente de qual seja o ente contratante.

Outro destaque é o fato de que a infração em tela teve a sanção agravada com a mudança da Lei 8.666/1993 para a 14.133/2021. O que hoje é punível com suspensão de até 2 anos, podendo chegar à declaração de inidoneidade “enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação”, passou a ser punível com declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, o que “impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.”

Depreende-se ainda da análise dos dados da Tabela 1 que no âmbito das Leis 10.520/2002 e 12.462/2011 o comportamento inidôneo já vinha sendo punido com o impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 anos.

Como é possível verificar, tanto nas leis que estão em vias de serem substituídas quanto na Nova Lei de Licitações, o “comportar-se de modo inidôneo” é sempre punível com sanções com efeito

de restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública, aqui considerada na sua acepção mais ampla.

Com base nisso, poderia se argumentar que a sanção prevista na Lei 13.303/2016, em resposta a essa mesma infração, na prática, possui o mesmo efeito de restrição, o que, em certa medida, não deixa de ser verdade. Entretanto, em meio a tantas alterações legislativas, que mantiveram ou agravaram as sanções⁶, a Lei das Estatais tem como sanção máxima a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 anos.

Ilude-se quem imagina que o cenário apresentaria mudanças significativas na hipótese de se substituir na Tabela 1 o “comportar-se de modo inidôneo” por “praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação”, infração também prevista em diferentes leis, mas com pequenas variações de redação. Na nova comparação, não haveria quaisquer alterações relativas às sanções das Leis 8.666/1993, 13.303/2016 e 14.133/2021. Sairiam da tabela as Leis 10.520/2002 e 12.462/2011, por não possuírem em seu texto dispositivo similar, porém, em contrapartida, poderia se acrescentar, por exemplo, a Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade Administrativa (com as muitas alterações promovidas pela Lei 14.230/2021).

Na primeira delas, além das sanções especificamente previstas na Lei 12.846/2013, a pessoa jurídica que frustrar o caráter competitivo de procedimento licitatório público (art. 5º, IV, “a”) também estará sujeita às sanções que tenham como efeito restrição

6. “A meu ver, o impedimento de contratar e licitar com o ente federativo que promove o pregão e fiscaliza o contrato (art. 7º da Lei 10.520/2002) seria pena mais rígida que a mera suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com um órgão da Administração (art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993) e mais branda que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com toda a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993).” (Acórdão 2.530/2015 – Plenário)

ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a administração pública, nos termos do art. 16 do Decreto 8.420/2015⁷.

No âmbito da Lei 8.429/1992, o ato de “frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial [...] de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros” impõe ao infrator, entre outras, a sanção de proibição de contratar com o poder público por prazo não superior a 4 anos (Lei 8.429/1992, art. 11, V c/c art. 12, III).

Mais uma vez, em comparação com as demais, a sanção prevista na Lei das Estatais é a mais branda. Sub censura, isso caracteriza uma espécie de desarrazoado ou injustificável benefício ao infrator. Convém frisar que, em suma, quem se aproveita da situação criada pelo legislador não é a estatal, como podem pensar alguns, mas sim o infrator, o qual, ainda que sofra restrição para participar de certames ou celebrar contratos, esta será exclusivamente em relação àquela estatal, e por um período inferior ao previsto por qualquer uma das outras leis aqui referidas.

Cabe reportar uma aparente contradição, a empresa pública ou a sociedade de economia mista pode sancionar as empresas ou os profissionais que, em virtude de atos ilícitos praticados, demonstrem não possuir idoneidade para contratar com aquelas. No entanto, essa sanção não pode ser a declaração de inidoneidade, ou seja, lhe é permitido punir pelo fato de não possuírem idoneidade, mas não pode declarar-las inidôneas.

Mello (2016, p. 219) considera óbvio que o “abrandamento do regime licitatório (previsto na Lei 8.666) – única razão para se atribuir um regime peculiar às licitações das estatais – em nada contribuirá para a moralidade administrativa”. Partindo desse pressuposto, seria o caso de se arguir em que medida o abrandamento das sanções promovido pela Lei 13.303/2016 poderia contribuir para a moralidade administrativa.

Tem-se que ao mesmo tempo que o mandamento constitucional (art. 173, § 1º, III) autoriza a lei a dispor sobre licitação e contrato relacionados às estatais, condiciona isso à observação dos princípios da Administração Pública, que, como é cediço, estão assentados no art. 37 da Constituição e entre os quais se encontra o princípio da moralidade administrativa.

Importante evidenciar que, tanto nos crimes como nas infrações administrativas contra licitações e contratos administrativos, o bem jurídico tutelado é a moralidade administrativa e o sujeito passivo é a Administração Pública direta e indireta, sem distinção entre estas. Assim, pode-se ponderar que a previsão de aplicação das sanções tem por objetivo principal a preservação da moralidade, mas sem se descuidar do patrimônio e do interesse públicos e da probidade, para ficar apenas em alguns.

Os ensinamentos de Di Pietro (2010, p. 425) consignam que as pessoas jurídicas de direito privado e integrantes da Administração Pública indireta não se sujeitam exclusivamente ao direito privado. “O seu regime jurídico é híbrido, porque, sob muitos aspectos, elas se submetem ao direito público, tendo em vista especialmente a necessidade de fazer prevalecer a vontade do ente estatal, que as criou **para atingir determinado fim de interesse público.**” (destaque do autor)

Dessa forma, sem perder de vista que as estatais regidas pela Lei 13.303/2016 integram, sim, a Administração Pública indireta, a agressão ao bem jurídico tutelado não deveria ser sancionada de forma diversa, a depender única e exclusivamente do integrante da Administração diretamente atingido. Não se pode olvidar que a Administração Pública deve ser considerada como um organismo único, sobretudo no aspecto ora discutido.

Ao prever uma sanção e posteriormente aplicá-la, almeja-se “tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade”, sem que isso represente, no entanto, a intenção “de ‘repressália’, de castigo, de purgação moral a quem agiu indevidamente.” (MELLO 2016, p. 878)

Analisada de forma estanque, é provável que se entenda que a sanção restritiva da Lei das Estatais atinja os objetivos expostos pelo professor Bandeira de Mello, mas restaria a dúvida, por exemplo, se a sociedade encararia essa sanção como irreprensível, quando informada de que o mesmo ato ilícito poderia ser sancionado de forma diferente se fosse praticado em face de outro órgão ou entidade também integrante da Administração Pública. Não custa lembrar que a Lei das Estatais foi concebida em meio a apuração de escândalo envolvendo a maior estatal do País.

Outro aspecto que soa contraditório na Lei das Estatais é o fato de que, embora as estatais não possam declarar a inidoneidade, elas são atingidas

7. Art. 16. Caso os atos lesivos apurados envolvam infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública e tenha ocorrido a apuração conjunta prevista no art. 12, a pessoa jurídica também estará sujeita a sanções administrativas que tenham como efeito restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a administração pública, a serem aplicadas no PAR.

pelos efeitos de tal sanção⁸. O seu art. 38 enumera as hipóteses de impedimento de licitar e de contratar com estatais, sendo que dos oito incisos do caput, seis fazem expressa menção à empresa declarada inidônea.

Conforme destacado anteriormente, as infrações e sanções administrativas previstas na Lei 13.303/2016 foram copiadas, quase em sua integralidade, das normas constantes da Lei 8.666/1993. Nesse sentido, uma possível explicação para o fato de a Lei das Estatais não reproduzir o dispositivo atinente à declaração de inidoneidade “é que a declaração de inidoneidade, segundo o art. 87, § 3º, da Lei 8.666, é de competência exclusiva do Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Secretário Municipal.” (PEREIRA, 2017, p. 542)

Ao seguir em sua análise, o autor pondera “se os motivos que levam à inidoneidade podem ser vinculados a fatos ocorridos no âmbito de uma empresa estatal” e conclui afirmando não vislumbrar qualquer incoerência entre entender-se que a inidoneidade não pode ser declarada por fato ocorrido no âmbito de empresa estatal e o fato de o próprio art. 38 da Lei 13.303/2016 considerá-la relevante. Para ele, trata-se de uma questão de “afirmação da autonomia estatal”. (PEREIRA, 2017, p. 542)

A propósito da não inclusão da sanção de declaração de inidoneidade, outra justificativa aparentemente plausível seria a de que, tal como disposto na atual redação da Lei de Improbidade, há uma preocupação com a preservação da “função social da pessoa jurídica” infratora e, dessa forma, na sua responsabilização “deverão ser considerados os efeitos econômicos e sociais das sanções, de modo a viabilizar a manutenção de suas atividades”, bem como devem ser “observados os impactos econômicos e sociais das sanções”. (§§ 3º e 4º do art. 12 da Lei 8.249/1992)

No entanto, diferentemente do que ocorre na Lei de Improbidade, que previu expressamente a pena, mas deixou para o juiz avaliar a extensão de seus efeitos no momento da aplicação, na Lei das Estatais a opção foi por não reproduzir a sanção, sem que haja indícios de que isso foi feito com os objetivos expressamente mencionados na Lei de Improbidade.

De todo exposto, em que pese haver essa aparente e injustificável discrepância entre as sanções relativas a um único comportamento ilícito, a Lei

das Estatais está próxima de completar 6 anos de vigência e não há notícias de que algum questionamento a esse aspecto específico da lei tenha chegado aos tribunais superiores.

5. A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Ao tratar de questões envolvendo licitações e os contratos administrativos delas decorrentes é preciso que se tenha em mente que o instrumento convocatório da licitação – não à toa conhecido como lei interna da licitação – vincula as partes e deve conter, dentre outros, as regras relativas às penalidades aplicáveis em razão daquele certame em específico, assim como deve fazer menção à base legal que regulará o processo de contratação como um todo. Ademais, a relação público-privado resultante desse processo precisa ser pautada, entre outras coisas, pela previsibilidade e coerência na aplicação das normas.

Em paralelo, o art. 40 da Lei das Estatais estabelece que as “empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei”, inclusive no que diz respeito à aplicação de penalidades.

Nessa linha, Lima (2018, p.65) adverte que, mesmo com a edição da Lei 13.303/2016, “o processo administrativo sancionatório a fornecedores não teve seu regramento completamente elucidado, cabendo aos regulamentos internos das empresas estatais observarem as legislações que regem a matéria”.

Baseado nessas premissas, e uma vez considerado tudo o que foi trazido sobre a abrangência da Nova Lei de Licitações, é factível cogitar que a Lei 13.303/2016 funciona como uma espécie de “norma geral”⁹ de licitações e contratos a ser aplicada subsidiariamente em casos de ausência de regulamento da estatal ou nos quais este for silente.

Isto posto, e sabendo-se de antemão que a única sanção com efeito restritivo prevista na “norma geral” das estatais é a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, pode-se argumentar com propriedade que uma infração cometida no âmbito de um processo de contratação que tem por fundamento o regulamento interno de licitações e contratos da estatal e, subsidiariamente, a Lei 13.303/2016, não pode ser sancionada com a decla-

8. “A norma em comento não prevê a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade às empresas contratadas por estatais. Contudo, as empresas declaradas inidôneas pelo respectivo ente federado não poderão participar de licitações e contratações das empresas estatais (art. 38, III, da Lei)” (OLIVEIRA, 2021, p. 555).

9. Em sentido contrário, “Em relação a licitação e contratos, tem-se que a Lei n. 14.133/2021 é geral e, por exemplo, as leis que tratam da licitação e contratações de serviços de publicidade (Lei n. 12.232/2010), as normas que tratam da licitação e das contratações das empresas estatais (Lei n. 13.303/2016) são especiais” (CAPAGIO; COUTO, 2021, p. 19).

ração de inidoneidade, sem que tal sanção esteja prevista no referido regulamento ou em outra lei que tenha abrangência sobre a estatal.

O descumprimento desse preceito normativo pode caracterizar, de certa forma, uma violação ao princípio da legalidade, remetendo-se, assim, ao art. 5º, II e XXXIX da Constituição Federal, os quais dispõem, respectivamente, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Em se tratando de infrações e sanções administrativas, não se vislumbraria óbices em se considerar que não pode haver sanção sem que haja específica e determinada previsão legal.

Sobre esse ponto em particular, Heinen (2021, p. 758) assim se manifesta:

No caso, as penas aplicadas pelas empresas estatais terão sua eficácia condicionada pela legislação específica mencionada (v.g. Estatuto das Empresas Estatais). Por exemplo: a Lei nº 13.303/16 não fez previsão expressa da última penalidade (v.g. declaração de inidoneidade), o que implica dizer que ela não pode ser aplicada – sob pena de se violar o princípio da legalidade.

Em contraponto, nesse caso específico, a aplicação do Direito com fulcro apenas na literalidade das Leis 13.303/2016 e 14.133/2021 e sem que se observe o contexto e o sistema como um todo, em certa medida, poderia resultar em ofensa ao princípio da isonomia, igualmente inculcado no art. 5º da Constituição, desta feita no *caput*, e segundo o qual “todos são iguais perante a lei”, consideradas suas desigualdades ou condições diferentes.

Ora, ao estabelecer um regime de licitação e contratação diferenciado¹⁰ e mais simplificado para as estatais, imagina-se que se tinha por objetivo torná-las mais ágeis, competitivas e, na medida do possível, livre de certas amarras inerentes à Administração Pública¹¹. Em suma, deixá-las diferentes, na medida de suas especificidades, que, ao fim, se traduziria em igualdade.

Não obstante, sobretudo no que se refere às sanções administrativas, o que se verifica é o tratamento diferenciado em favor de infratores que praticam ilícitos em face de estatais regidas pela

Lei 13.303/2016, na medida em que uma mesma infração tem potencial de ser sancionada de forma mais gravosa se cometida em face de um órgão da Administração do que se praticada em desfavor de uma estatal integrante da Administração indireta. A esse respeito, o referido Parecer nº 00320/2016 é esclarecedor:

63. Outro raciocínio levaria ao absurdo de tratarmos de forma diferente quem contrata com a Administração Direta e com as Autarquias, e quem contrata com as estatais. Como se o bem protegido merecesse uma proteção menor no âmbito das estatais. Isso não é possível! A interpretação jurídica não pode levar a absurdos nem afrontar princípios constitucionais. No caso estar-se-ia afrontando o princípio da isonomia. (destaque do autor)

Em meio a esse aparente conflito de princípios constitucionais é que se insere a questão objeto desse trabalho: a possibilidade de a CGU aplicar à pessoa jurídica a sanção de declaração de inidoneidade em resposta a ato lesivo praticado em face de estatal, à luz da Lei Anticorrupção, da Lei das Estatais e da Nova Lei de Licitações.

6. A POSSIBILIDADE DE A CGU DECLARAR A INIDONEIDADE

Elaborado sob a égide da Lei 8.666/1993 e antes da edição da Lei 14.133/2021, o multicitado Parecer nº 00320/2016 sustenta a possibilidade de aplicação da sanção de declarar a inidoneidade com base nos seguintes fundamentos: i) a Lei das Estatais não revogou expressamente tal sanção; ii) o art. 119 da Lei 8.666/1993 é claro ao dispor que as estatais “editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei”; e iii) a Lei 13.303/2016 deixou de prever a sanção de declaração de inidoneidade em razão de esta ser de competência de Ministro de Estado, no âmbito da Administração Pública federal (§ 3º do art. 87 da Lei 8.666/1993), não caberia, assim, a autoridade máxima de uma estatal aplicar sanção sem a competência devida e que, ao mesmo tempo, restringisse a participação perante toda a Administração.

10. “A norma representa uma tentativa de conferir às empresas estatais um tratamento normativo que se aproxime do aplicável às empresas privadas. Afinal, para que elas atinjam com eficiência os imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse público que justificaram sua criação, é preciso que elas disponham de um regime jurídico mais flexível, compatível com os desafios que lhe impõem. Essa, portanto, é a razão subjacente à edição da Lei nº 13.303/2016: fazer cumprir a regra estatuída no art. 173, inciso II, da Constituição e, assim, permitir que as empresas estatais estejam submetidas a um regime jurídico semelhante ao das empresas privadas, sem nenhum privilégio ou sujeição que atinja o núcleo essencial do princípio da livre iniciativa ou impeça o cumprimento de suas funções institucionais” (ZYMLER, 2018, p. 1).

11. “O comando do § 1º traz significativo avanço em relação à Lei n. 8.666/93, cujo regime é anacrônico para as empresas públicas e sociedades de economia mista, dada a dinâmica de mercado característica dessas entidades” (CAPAGIO; COUTO, 2021, p. 29-30).

Quanto ao primeiro fundamento, não há o que se discutir. De fato, não houve revogação da sanção, mas tão somente a opção de não a incluir na lei nova¹².

Em relação ao segundo fundamento esposado, conforme abordado, há aqueles que defendem a possibilidade de se utilizar de forma subsidiada não só a Lei 8.666/1993, mas também a Lei 10.520/2002. Entretanto, na Nova Lei de Licitações o legislador optou por excluir de sua abrangência as estatais regidas pela Lei 13.303/2016, impedindo, ao menos em tese, até mesmo a aplicação de forma subsidiada¹³.

No tocante ao terceiro fundamento, observa-se que coaduna com a possibilidade aventada pelo autor Cesar Pereira, mencionada no tópico anterior. A esse respeito, sem que se pretenda adentrar nas especificidades do caso concreto então analisado pela Consultoria Jurídica da CGU, e ressaltando que o foco desse trabalho são as possibilidades que sobrevirão com a vigência (e todos os seus efeitos) da Lei 14.133/2021, não se imagina a hipótese de se utilizar tal fundamento em casos futuros, com o devido respeito.

A uma, e mais importante: porque a redação da Nova Lei veio novamente para dirimir dúvidas. O disposto no § 6º do seu art. 156 mantém a competência estabelecida na Lei 8.666/1993 nos casos em que a sanção é aplicada por órgão do Poder Executivo, mas acrescenta que “quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade”. Como se pode notar, deixou de ser de competência exclusiva de Ministro de Estado.

Observe-se que as estatais não são citadas entre as entidades que podem aplicar a sanção, o que poderia dar a falsa impressão de que nada teria mudado. O fato de as estatais não terem sido relacionadas é óbvio. Ora, se o art. 1º da Lei 14.133/2021 é suficientemente claro ao excluir da abrangência desta as estatais regidas pela Lei 13.303/2016, não faria sentido dispor ou regular sobre algo que não lhe diz respeito.

A duas: porque, diferentemente do que ocorre na Lei das Estatais (art. 38, II e III), a Nova Lei de Licitações não distingue quem aplicou a sanção ao determinar aqueles que estarão impedidos de participar da licitação ou da execução do contrato. O art. 14, III da Nova Lei dispõe que não poderão disputar lici-

tação ou participar da execução de contrato “pessoa física ou jurídica que se encontre, ao tempo da licitação, impossibilitada de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta”. Não interessando, dessa forma, a autoridade que impôs a sanção, devendo ser observado, no entanto, o alcance porventura estabelecido pela própria sanção.

A três: porque, como visto, a estatal pode ser sujeito passivo dos atos lesivos previstos na Lei 12.846/2013 e a autoridade máxima de cada órgão ou entidade tem competência para instaurar e julgar o adequado PAR. Em complemento a isso, depreende-se da leitura do § 2º do art. 3º da Lei de Improbidade que eventual sanção aplicada por autoridade máxima de uma estatal em desfavor de pessoa jurídica, nos termos da Lei Anticorrupção, embarga que esta mesma pessoa jurídica seja sancionada no âmbito de ação civil de improbidade, ainda que, ao final desta, o juiz entenda restar comprovado tratar-se de ato de improbidade administrativa:

§ 2º As sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. (Parágrafo acrescido pela Lei nº 14.230, de 25/10/2021)

Além disso, o § 7º do art. 12 da Lei de Improbidade dispõe que as “sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846 [...] deverão observar o princípio constitucional do non bis in idem”. Importante consignar que a pessoa jurídica, mesmo não sendo agente público, está sujeita às disposições da Lei de Improbidade, desde que, para tanto, “induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade” (*caput* do art. 3º da Lei 8.429/1992).

Impende lembrar ainda que uma das sanções cabíveis em caso de “ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública” é a “proibição de contratar com o poder público [...] pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos” (art. 11 c/c art. 12, III da Lei de Improbidade).

Assim, considerando-se que decisão da autoridade máxima da estatal, em sede de julgamento de PAR, pode “substituir” penalidade restritiva de direito, com possibilidade (excepcional, diga-se) de extrapolar o ente lesado, e com até o dobro do prazo

12. “Sobre a temática das sanções administrativas, há inovações tanto no aspecto material quanto processual. Naquele sentido, pode-se lembrar a exclusão da sanção de declaração de inidoneidade” (CRISTÓVAM; PIOVESAN, 2017, p. 244).

13. Em sentido contrário: “A presente Lei, no entanto, mesmo nesses casos continua sendo aplicada de forma supletiva e subsidiária, uma vez que faz as vezes de uma Norma Geral. Dessa maneira, caso haja alguma lacuna no processo licitatório das empresas estatais, deve-se buscar a solução na Lei 14.133/2021, como se pode observar nos arts. 41 e 55 da Lei das empresas estatais” (CARVALHO; OLIVEIRA; ROCHA, 2021, p. 15); e “Consequentemente, a utilização da atual Lei n. 14.133/2021 pelas empresas estatais mencionadas é subsidiária” (CAPAGIO; COUTO, 2021, p. 20).

da sanção mais gravosa prevista na Lei das Estatais, é razoável inferir que tal autoridade também goze de competência para aplicar a sanção de declaração de inidoneidade.

Afastados os dois últimos fundamentos utilizados no Parecer nº 00320/2016, e sabendo-se que o primeiro deles não tem relevância na presente análise, cumpre tratar dos alicerces normativos a suportar a possibilidade de a CGU processar e, eventualmente, aplicar as sanções administrativas que tenham como efeito restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a administração pública.

Conforme esclarecido, a CGU tem competência para apurar e julgar atos previstos Lei da Estatais como sendo infrações administrativas relacionadas a licitações e contratos e que também sejam capitulados como atos lesivos na Lei Anticorrupção, bem como que esses atos devem ser apurados e julgados conjuntamente, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na Lei 12.846/2013.

Cumprido acrescentar ainda que as disposições da IN CGU 13/2019, que define os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas de que trata a Lei 12.846/2013, devem ser observados pelos órgãos e entidades do Poder Executivo federal, “ainda que se trate de empresa estatal que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços” (art. 2º, II da IN CGU 13/2019).

Igualmente já foi pontuado que a interpretação literal dos dispositivos das Leis 13.303/2016 e 14.133/2021 pode trazer alguns perigos na aplicação do Direito. A despeito disso, no estrito aspecto da abrangência de cada uma delas, esses mesmos dispositivos não deixam muita margem para justificar uma interpretação sistemática, que, ao final, pode resultar em conflito de normas.

Nesse sentido, de acordo com Mello (2016, p. 219), “entre alternativas hermenêuticas possíveis, o intérprete não pode jamais propender para aquela que desnecessariamente inculca à norma interpretanda um sentido conflitante com outra, maiormente se estouta for veiculadora de um princípio”.

Pois bem, o § 2º do art. 5º da IN CGU 13/2019 estabelece que o “PAR avocado poderá ter continuidade a partir da fase em que se encontra, com aproveitamento de todas as provas já carreadas aos autos, podendo ser designada nova comissão.” Como a CGU tem competência exclusiva para avocar um PAR e existindo a possibilidade de se dar continuidade a apuração já iniciada, pressupõe-se que, nesse caso, a CGU deve se guiar pelas bases normativas estabelecidas no início da apuração.

Em se tratando de estatal, e de acordo com o art. 40 da Lei 13.303/2016, entende-se que esses fundamentos são o “regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei” e, em casos de ausência de regulamento da estatal ou nos quais este for silente, a própria Lei da Estatais, de forma supletiva e subsidiária.

A propósito, tal como ocorre na apuração de responsabilidade de pessoa jurídica, no âmbito disciplinar, a CGU também possui competência concorrente para apurar e julgar faltas disciplinares praticadas por empregados das sociedades de economia mista e empresas públicas, mediante instauração de Processo Administrativo Sancionador (PAS).

Nos termos do Manual de Processo Administrativo Disciplinar editado pela CGU (2021, p. 64), o PAS deve “ser conduzido nos termos das normas internas das estatais, com observância do contraditório e da ampla defesa, ante a possibilidade de aplicação de penalidades” e caso não existam tais normas, “servirão como parâmetro os procedimentos acusatórios previstos na Lei nº 9.784/1999.”

É de se notar que a CGU não indica, por exemplo, a utilização da Lei 8.112/1990 (Regime Jurídico Único) para subsidiar a apuração e julgamento das faltas disciplinares cometidas por empregados públicos. Na hipótese, optou-se por indicar a Lei 9.784/1999, considerada a norma geral do processo administrativo.

Com base nisso, traçado um paralelo entre as duas situações teóricas, é razoável firmar entendimento no sentido de que o mais apropriado ou recomendado seja conduzir as apurações e julgar o processo com base nas normas internas das respectivas estatais, sem prejuízo de se socorrer supletiva e subsidiariamente da Lei da Estatais.

Ora, se nos casos de avocação de PAR a CGU deve, a priori, observar as normas internas e a Lei das Estatais, não há razão para que não o faça nos casos em que, valendo-se da competência concorrente, instaure PAR para apuração da responsabilidade administrativa atinente a ato lesivo praticado em face de estatal regida pela Lei 13.303/2016.

A despeito de não concordar com o tratamento diferenciado que tem sido dispensado em prol daquele que licita ou contrata com estatal regida pela Lei 13.303/2016, até por se entender que não há explicação ou justificativa plausíveis para isso, acredita-se que o mais coerente é adotar uma posição que possa ser interpretada como mais legalista ou até mesmo mais garantista.

Nesse sentido, no âmbito da apuração e julgamento de atos lesivos à Administração Pública previstos na Lei Anticorrupção e praticados em face de

entidades regidas pela Lei das Estatais, entende-se que as sanções eventualmente aplicadas pela CGU devem estar previstas nos normativos próprios das respectivas estatais ou, de forma suplementar e subsidiária, na Lei 13.303/2016.

Ante todo o exposto, a declaração de inidoneidade prevista no art. 155, IV, da Lei 14.133/2021 não deve ser utilizada para fins de sancionar atos praticados no curso de licitação ou contrato em desfavor de estatal sujeita à Lei das Estatais.

A tese da impossibilidade de aplicação da pena de declaração de inidoneidade no âmbito das empresas estatais tem encontrado guarida em manifestações doutrinárias e acadêmicas:

Na Lei 13.303/16, o legislador não previu a declaração de inidoneidade. Logo, as estatais já não podem mais aplicá-la (NIE-BUHR, 2018, p. 311).

De modo que, quando um contratado estabelecer negócio com empresa pública, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e violar as disposições contratuais, não estará impedido de contratar com outros entes, ainda que pratique falta gravíssima, porque não tem como ser declarado inidôneo (HEINEN, 2021, p. 758).

Se a Lei nº 13.303/16 quisesse ter impedido uma empresa sancionada de praticar toda e qualquer licitação no âmbito da Administração Pública em geral, não deveria ter retirado a sanção de inidoneidade do rol do art. 83 nem ter colocado a expressão 'impedimento de contratar com a entidade sancionadora' no seu inc. III (MESQUITA, 2017, p. 358).

Com exceção da previsão da sanção de declaração de inidoneidade, não prevista na LRE, a implicar não ser passível de aplicação pelas Empresas Estatais, as demais sanções (advertência, multa moratória, multa punitiva e suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar) estão expressamente disciplinadas (STROPPA, 2019, p. 116).

A própria CGU, especificamente por intermédio de unidade de uniformização de entendimentos da Corregedoria-Geral da União, ao abordar tangencialmente a temática, então à luz da Lei nº 8.666/93, já se expressou no sentido de que:

[...] findo o período de *vacatio legis* (art. 91, § 3º, da Lei n.13.303/2016), há impedimento legal para a declaração de inidoneidade, nos moldes do art. 87, IV, da Lei nº

8.666/1993, em relação a fatos ocorridos em licitação ou contrato de empresa estatal sujeita à Lei das Estatais, cabendo, nestas situações a aplicação da sanção de suspensão pela empresa estatal, dentro do seu próprio âmbito, por força do inciso III, do art. 83, desta norma. (Nota Informativa nº 103/2020)

7. CONCLUSÃO

Na esfera do Poder Executivo federal a CGU tem competência, seja ela concorrente ou exclusiva, para atuar na apuração de atos lesivos à Administração Pública previstos na Lei Anticorrupção, ainda que praticados em desfavor de entidades regidas pela Lei 13.303/2016. Esses atos devem ser apurados e julgados conjuntamente, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na Lei 12.846/2013.

Atualmente CGU e o TCU mantêm entendimentos de que tanto a Lei 8.666/1993 quanto a Lei 10.520/2002 ainda podem ser aplicadas subsidiariamente no que se refere às sanções administrativas e/ou aos efeitos destas, mesmo após a entrada em vigor da Lei 13.303/2016.

Nada obstante, do exame da Nova Lei de Licitações percebe-se a nítida intenção do legislador de excluir de sua abrangência as Administrações Públicas indiretas, entre as quais as estatais regidas pela Lei 13.303/2016, exceto no que diz respeito aos crimes em licitação e contratos administrativos.

Na edição da Lei das Estatais, o legislador optou por prever uma sanção mais branda em resposta a ato infracional praticado pelo licitante ou contratante em face de estatais, criando, por consequência, uma distinção entre as sanções a serem aplicadas, a depender única e exclusivamente do integrante da Administração Pública atingido.

Em se tratando de apuração envolvendo estatal, entende-se que as bases normativas a sustentar o procedimento são o regulamento interno de licitações e contratos, compatível com a Lei 13.303/2016 e, em casos de ausência de regulamento da estatal ou nos quais este for silente, essa própria Lei, de forma supletiva e subsidiária.

Nesse rumo, a menos que a doutrina ou a jurisprudência venham a assentar entendimento em sentido contrário ao que aqui foi exposto, e por mais que se questione o fato de que, nos termos atuais e por opção do legislador, a sanção restritiva ora prevista na Lei das Estatais se mostrar mais benéfica ao infrator, se comparada com sanções estabelecidas em normas que tratam do mesmo tema, entende-se

que a CGU deve se limitar a aplicar as sanções previstas nos normativos próprios das respectivas estatais e, de forma subsidiária, na Lei 13.303/2016.

De igual forma, por força dos mandamentos inseridos na Lei das Estatais e na Nova Lei de Licitações, a princípio e sub censura, não se vislumbra possibilidade de a CGU se valer de interpretações de dispositivos dessas leis para, nos termos da Lei Anticorrupção, aplicar a pena de declaração de inidoneidade à pessoa jurídica que tenha cometido ato lesivo à estatal regida pela Lei 13.303/2016.

Por fim, imperioso registrar que os entendimentos aqui expostos devem ser interpretados como sendo exclusivos dos autores e não refletem qualquer posicionamento institucional da CGU. Cabe ressaltar ainda que a intenção do artigo é fomentar discussões a respeito de tema, o qual, por certo, será objeto de questionamentos à medida que a Lei 14.133/2021 passe a ser utilizada como fundamento dos processos de licitação e contratação públicas.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Processo 00190.009832/2012-43**. Parecer nº 110/2012/ASJUR-CGU-PR/CGU/AGU. Brasília: CGU, 2012. Disponível em https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/acoes-investigativas/auditorias-especiais-cgu/auditorias-especiais/2012-06-12_parecer_inidoneidade-delta.pdf. Acesso em: 02/04/2022

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Processo 00190.004173/2015-00**. Parecer nº 00320/2016/CONJUR-CGU/CGU/AGU. Brasília: CGU, 2016. Disponível em <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/45936>. Acesso em 29/03/2022

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Corregedoria-Geral da União. **Processo Administrativo de Responsabilização / Manual de Responsabilização de Entes Privados**. Brasília: CGU, maio de 2020. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/45545>. Acesso em: 10/04/2022

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Corregedoria-Geral da União. Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos. **Nota Informativa nº 103/2020**. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/44050>. Acesso em: 22/04/2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Corregedoria-Geral da União. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília: CGU, janeiro de 2021. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/64869>. Acesso em: 14/04/2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 14134/DF**, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 04/09/2009 apud Parecer nº 110/2012/ASJUR-CGU-PR/CGU/AGU.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1552078/DF**, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 30/09/2019, DJe 08/10/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo 15.477/2020-7: acórdão 9353/2020**: Primeira Câmara. Rel. Min. Benjamin Zymler. Brasília: TCU, 2020. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2427531%22>. Acesso em: 31/03/2022

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo 373/2019-2: acórdão 269/2019**: Plenário. Rel. Min. Bruno Dantas. Brasília: TCU, 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/%22ACORDAO-COMPLETO-2427531%22. Acesso em 31/03/2022

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo 16.312/2015-5: acórdão 2530/2015**: Plenário. Rel. Min. Bruno Dantas. Brasília: TCU, 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2530%22F2015/%22ACORDAO-COMPLETO-2427531%22>. Acesso em: 31/03/2022

CAPAGIO, Álvaro do Canto; COUTO, Reinaldo. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**: Lei n. 14.133/2021. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

- CARVALHO, Matheus; OLIVEIRA, João Paulo; ROCHA, Paulo Germano. **Nova lei de licitações comentada**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; PIOVESAN, Filipe da Silva. A Nova Lei das Estatais e a aplicação de sanções nos contratos administrativos: uma análise comparativa com a Lei Geral de Licitações. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 223-248, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71653>. Acesso em 22/04/2022
- DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada**: Lei 14.133/21. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Thomson Reuters Brasil. 2021
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Estrutura geral da nova lei: abrangência, objetivos e princípios**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense. 2021
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Salvador: JusPodivm, 2021
- LIMA, Welder. **O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa na Lei das Estatais (Lei 13.303/2016)**. Revista do TCU, Brasília, n. 142, p. 65-72, maio/dezembro, 2018.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. ver. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MESQUITA, Daniel Augusto. **As sanções administrativas na Lei nº 13.303/16**. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coords.). Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Nova lei de licitações e contratos: comparada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **Processo licitatório das empresas estatais: finalidades, princípios e disposições gerais**. In: Justen Filho, Marçal (Org.) Estatuto jurídico das empresas estatais: lei nº 13.303/2016: Lei das estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 327-351
- PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **Sanções administrativas na Lei das empresas estatais**. In: Justen Filho, Marçal (Org.) Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016 - Lei das estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 525-564
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto: A Lei das Estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos? **Revista do TCU**, Brasília, n. 141, p. 84-104, janeiro/abril, 2018.
- STROPPA, Christianne de Carvalho. **O regime jurídico dos contratos das empresas estatais prestadoras de serviços públicos na Lei de Responsabilidade das Estatais – Lei Nº 13.303/2016**. 213 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/23044>. Acesso em 22/04/2022.
- ZYMLER, Benjamin [et al.]. **Novo regime jurídico de licitações e contratos das empresas estatais: análise da Lei nº 13.303/2016 segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Da distribuição do ônus probatório subjetivo no âmbito do processo administrativo disciplinar e do processo administrativo de responsabilização

Fabian Gilbert Saraiva Silva Maia¹ e Julia Rodrigues Lirio²

Resumo: A problemática da distribuição do ônus probatório na condução de processos administrativos disciplinares e de processos administrativos de responsabilização é pouco explorada pela doutrina. Nesse sentido, e a partir do tratamento dado ao tema pelo processo civil e pelo processo penal, o artigo traz os normativos próprios ao Direito Administrativo, interpretando-os segundo a lógica subjacente à distribuição do ônus da prova no âmbito processual em geral. No Código de Processo Civil, a distribuição do encargo probatório está prevista nos incisos I e II do art. 373, os quais, por expressa disposição legal, são aplicados às ações de improbidade. Já no Código de Processo Penal, o ônus da prova é tratado no caput do art. 156. Em ambos os ramos, a distribuição é tranquilamente aceita pela jurisprudência. Assim, e tendo como base legal o art. 36 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, sustenta-se que a distribuição do encargo probatório é igualmente aplicável na condução de processos administrativos disciplinares e processos administrativos de responsabilização.

Palavras-chave: distribuição do ônus da prova; processo administrativo disciplinar (PAD); processo administrativo de responsabilização (PAR).

1. INTRODUÇÃO

A partir da experiência na condução de processos correccionais, pode-se notar certa insegurança a respeito da lógica do ônus da prova no processo administrativo. Com efeito, diferentemente do que ocorre no processo civil e no processo penal, no campo administrativo são escassos os estudos sobre o tema, o que acaba deixando margem para a interpretação equivocada de que, ao desempenhar a atividade correccional, caberia à Administração o ônus total e unilateral sobre a produção de provas.

Nesse sentido, esse artigo busca contribuir para o debate acerca dos encargos probatórios atinentes à Administração e aos administrados, a fim de propiciar o aperfeiçoamento da dialética processual no âmbito dos processos administrativos disciplinares (PADs) e dos processos administrativos de responsabilização de entes privados (PARs).

Antes de passar ao tema do artigo propriamente dito, contudo, convém aclarar os principais conceitos para apresentação do raciocínio que ora

se expõe. Assim, primeiramente serão abordados os conceitos de prova e de ônus da prova, no sentido objetivo e subjetivo.

A seguir, será revisitado o tratamento dado ao ônus da prova no âmbito do processo civil – incluindo as peculiaridades quanto à ação de improbidade administrativa – e do processo penal, para então ser abordado o campo específico do Direito Administrativo Correccional.

Em síntese, o argumento ora defendido é o de que, se tanto no âmbito civil quanto no penal admite-se a distribuição do encargo probatório, no campo do Direito Administrativo não poderia ser diferente.

Por fim, cabe, desde já, um alerta sobre o escopo e sobre o singelo propósito deste artigo. Como se sabe, a distribuição do encargo probatório só terá influência no caso concreto caso as provas já juntadas aos autos não sejam suficientes para convicção da comissão processante e da autoridade julgadora, conforme o *standard* probatório aplicável. A definição da regra geral de tal *standard*, contudo, merece estudo próprio e aprofundado em outra oportunidade. Por enquanto, e apenas para facilitar

1. Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União; fabian.maia@cgu.gov.br
2. Auditora Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União; julia.lirio@cgu.gov.br

o desenvolvimento do raciocínio, adotaremos a concepção preliminar de que ao processo administrativo se aplicaria, como regra e sem olvidar das peculiaridades do direito material que podem demandar ajustes, o *standard* de prova além da dúvida razoável, a exemplo do direito processual penal.

2. DISCUSSÕES

2.1. DA PROVA

Há enorme controvérsia sobre o termo “prova” no âmbito do direito. Essa controvérsia abrange tanto o campo do direito material quanto a seara do direito processual.

Na esfera processual, o termo “prova” comporta inúmeras acepções³. Uma delas, a que terá mais relevância no âmbito deste artigo, compreende a expressão “prova” como sendo a produção de atos tendentes a formar o convencimento do agente responsável pelo julgamento de um dado processo sobre um fato ou um conjunto de fatos submetidos a sua apreciação (LIMA, 2021).

É inegável que toda pessoa (física ou jurídica) que participe de um processo judicial ou administrativo no contexto de um Estado Democrático de Direito tem a possibilidade de realizar atos destinados a convencer o julgador da causa a respeito da veracidade daquilo que alega.

Reconhece-se, portanto, o direito à prova, no sentido adotado neste artigo, como sendo um direito constitucional de todo cidadão, em que pese não haver previsão expressa na Constituição Federal (CF) sobre tal direito⁴.

Apesar de se reconhecer e de se afirmar a possibilidade de produção probatória no âmbito de um processo como um direito de toda e qualquer pessoa, é preciso observar que esse direito tanto não é absoluto⁵ como não pode ser exercido indiscriminadamente⁶.

O princípio do devido processo legal, dentre outros, impõe uma série de limitações ao direito à prova, bem como o condiciona aos regramentos previstos nos mais diversos procedimentos jurídicos.

2.2. DO ÔNUS DA PROVA

Por mais que se reconheça que a produção probatória é um direito (e, também, uma faculdade) de toda pessoa e uma conquista da cidadania, há que se observar que, no âmbito de qualquer processo, existe, numa perspectiva inversa, uma certa “provação” para que as pessoas nele envolvidas exerçam efetivamente o seu direito à produção probatória⁷.

O autor de uma ação cível, por exemplo, assim como leva a juízo um pedido e uma causa de pedir, também é, de certo modo, “provocado” (implicitamente) a exercer o seu direito de produzir as provas que respaldem a sua versão sobre os fatos constantes de sua causa de pedir, de modo a legitimar o seu pleito judicial.

Na hipótese de o autor da referida ação deixar de exercer o seu direito de produção probatória ou de exercê-lo de maneira insuficiente, o julgador da causa deverá rejeitar a demanda que lhe foi apresentada, julgando-a improcedente.

No geral, no entanto, a “provação” processual para o exercício do direito de produção probatória não recai apenas sobre o autor da demanda.

No comum das vezes, também aquele que vem a ser demandado é “provocado” a fazer uso do seu direito à prova, de maneira a legitimar, perante o julgador, a versão dos fatos que apresenta em contraposição àquela fornecida pelo demandante.

Nos dois casos, cabe observar que nem o demandante nem o demandado têm o dever jurídico de atender à provocação que (implicitamente) lhes é feita.

Nada obstante, caso deixem de atendê-la é, bem provável que vejam os seus interesses processuais serem – judicial ou administrativamente – fulminados.

3. Para CARNELUTTI (1982, p. 37-44, apud GARCIA, 2021, p.19), a prova é a demonstração da verdade de um fato, efetuada por meios legais (legítimos). O vocábulo verdade é empregado como verdade formal e não material. Já Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Arenhart entendem que a prova pode se resumir em um aspecto argumentativo-retórico, apto a justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo (MARINONI, 2015, apud GARCIA, 2021, p.126).

4. O direito a prova, enquanto direito fundamental, decorre do princípio do contraditório e ampla defesa, o qual é reconhecido no inciso LV, do art. 5º da CF, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Cabe salientar que o princípio do contraditório não está dirigido exclusivamente à Defesa, mas sim a todos os litigantes.

5. Um exemplo é a vedação à utilização de provas ilícitas.

6. Os regramentos processuais, de forma geral, estabelecem sistemas de preclusões de modo a tornar viável a lógica procedimental que impele o processo a sempre “caminhar para a frente”.

7. Para Simone Trento (2012, p. 67), “produzir prova em processo pode ser compreendido tanto como o exercício de um direito – inerente ao direito constitucional ao contraditório – quanto como a desincumbência de um ônus”.

Juridicamente, diz-se que os sujeitos parciais de um processo possuem o ônus (não o dever!) de exercer o seu direito à produção probatória, de modo a demonstrar – ao julgador do feito – a veracidade das alegações sobre os fatos levados à apreciação daquele.

Sob essa perspectiva, portanto, denomina-se ônus da prova o encargo que os sujeitos parciais de um processo – administrativo ou judicial – possuem de provar aquilo que alegam.

Repise-se, por oportuno, que a ideia de ônus é bem diferente da concepção de obrigação ou de dever.

Com efeito, na hipótese do descumprimento do ônus probatório, o sujeito responsável por ele, a princípio, não sofrerá, em função disso, qualquer punição; ao passo, que aquele que vem a descumprir uma obrigação ou um dever terminará por se submeter a algum tipo de sancionamento.

Renato Brasileiro de Lima (2021, p. 571 e 572), com propriedade, diseca a estrutura das obrigações e dos deveres, deixando claro a diferença existente em relação à formatação do ônus.

Diferencia-se o ônus, portanto, das obrigações e dos deveres. As obrigações devem ser compreendidas como imperativos do interesse do credor, gerando uma posição jurídica negativa para o devedor, em virtude da qual o credor, titular do direito subjetivo, pode demandar-lhe o adimplemento da obrigação. O indivíduo que não cumpre uma obrigação pratica um ato ilícito, por isso é possível a imposição de uma sanção para adimplemento da prestação não cumprida, sujeitando-o à execução forçada.

Os deveres, por sua vez, funcionam como um imperativo perante uma coletividade ou perante toda a sociedade. Também se trata de uma posição jurídica passiva, que acarreta uma desvantagem para aquele em relação a quem foi instituído o dever. (...) O descumprimento de um dever gera uma sanção com natureza de coação moral ou de intimidação.

Por se constituir o descumprimento de um ônus processual em uma mera inobservância de uma faculdade, situando-se, portanto, no campo da liberdade processual do agente, tem-se, por evidente, que o não exercício de um ônus estabelecido juridicamente não implica em qualquer ilicitude, podendo, no máximo, colocar o responsável por esse descumprimento em uma situação de risco ou, efetivamente, de desvantagem dentro do processo.

2.3. DO ÔNUS SUBJETIVO E DO ÔNUS OBJETIVO

A doutrina costuma dividir o ônus probatório sob duas perspectivas: uma subjetiva e outra objetiva.

Na perspectiva subjetiva (também denominada formal), o ônus corresponderia ao encargo explicitado acima. Ou seja: aquele que recai sobre as partes de um processo, “provocando-as” a apresentar elementos capazes de comprovar as alegações formuladas processualmente.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2003 apud LIMA, 2021, p. 573) explicita essa perspectiva:

O ônus da prova funciona como um estímulo para as partes, visando a produção de provas que possam levar ao conhecimento do juiz a verdade sobre os fatos. Em função dessa distribuição dos riscos sobre a não comprovação de um fato, em que se fundamenta a pretensão ou a defesa, é que as regras sobre ônus da prova funcionam como uma pressão psicológica para as partes(...).

A lição é semelhante à trazida por Simone Trento (2012, p.69):

Diz-se que o ônus da prova seria norma dirigida às partes quando lhes imputa a cada qual o ônus de provar determinados fatos, sob pena de serem considerados não provados, em prejuízo do onerado. Nesse sentido, tratar-se-ia de regra de conduta, dirigida às partes – a dimensão formal do ônus da prova.

Na perspectiva objetiva, entretanto, a ideia de ônus seria outra. Consistiria numa regra de julgamento a ser utilizada pelo julgador quando ele não obtiver a convicção necessária a respeito de um fato ou conjunto de fatos sobre o qual se controverte.

Nessa situação, para não se eximir de proferir uma decisão⁸, restaria ao julgador decidir a matéria em prejuízo daquele que, efetivamente, não foi capaz de comprovar as suas alegações, conforme o *standard* probatório exigido para o procedimento. É o que afirma, dentre outros, Daniel Amorim Assumpção Neves:

No aspecto objetivo, o ônus da prova afasta a possibilidade de o juiz declarar o *non liquet* diante de dúvidas a respeito das alegações de fato em razão da insuficiência ou inexistência da prova. Sendo obrigado a julgar e não estando convencido das alegações de fato, aplica a regra do ônus da prova.

8. Vedação ao *non liquet*.

Ocorre que, enquanto no processo civil e no processo penal a temática do ônus da prova é amplamente tratada na doutrina e na jurisprudência, no campo do Direito Administrativo, especificamente na condução de PADs e de PARs, o debate ainda é incipiente.

Assim, e a fim de bem apresentar a distribuição do encargo probatório em PADs e PARs, convém re-visitado o assunto sob a ótica de tais ramos do Direito, para em seguida abordá-lo sob o ponto de vista do Direito Administrativo.

2.4. DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

No processo civil, como não poderia deixar de ser, há regra expressa sobre a distribuição do ônus da prova.

Com efeito, o Código de Processo Civil (CPC), a princípio, distribui o ônus da prova entre o autor e o réu, conforme se trate de fato constitutivo ou de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Os incisos I e II do art. 373 tratam da denominada distribuição estática do ônus da prova, por constituírem a regra geral do processo civil, prevista de maneira abstrata.

CPC

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Fredie Didier Jr. (2017, p.7) conceitua o fato constitutivo da seguinte forma:

O fato constitutivo é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe o suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular. Como é o autor que pretende o reconhecimento desse seu direito, cabe a ele provar o fato que determinou seu nascimento. Por exemplo: um contrato de locação e seu inadimplemento são fatos constitutivos do direito de restituição da coisa locada (...).

Uma vez demonstrado o fato constitutivo pelo autor, ao réu caberiam duas opções: a negação do fato narrado pelo autor (defesa direta) ou a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado (defesa indireta).

Na defesa direta, caso, em momento inicial, o réu tenha se limitado a negar o fato constitutivo, e o autor, ao longo da instrução, tenha logrado efetivamente provar o quanto alegado, caberia ao réu apresentar a contraprova.

Já na defesa indireta, caberia ao réu fazer prova de fatos novos; impeditivos, modificativos ou extintivos, assim definidos por Fredie Didier Jr (2017, p. 8 e 9):

O fato extintivo é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito – tal como o pagamento, a compensação e a decadência legal.

(...)

O fato impeditivo é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça – tal como a incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual.

(...)

O fato modificativo, a seu turno, é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão somente, alterá-lo – tal como a moratória concedida ao devedor.

Um detalhe a ser observado é que o ônus da prova imposto ao réu pelo inciso II do *caput* do art. 373 do CPC só pode ser dele cobrado caso o autor tenha, efetivamente, conseguido se desincumbir do ônus que lhe cabe.

Sobre o assunto, Daniel Amorim Assumpção Neves (2015, p.493) afirma:

O ônus da prova carreado ao réu (...) só passa a ser exigido no caso concreto na hipótese de o autor ter se desincumbido do seu ônus probatório, porque o juiz só passa a ter interesse na existência ou não de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, após se convencer da existência do fato constitutivo desse direito do autor. Significa dizer que, se nenhuma das partes se desincumbir do seu ônus no caso concreto e o juiz tiver que decidir com fundamento na regra do ônus da prova, o pedido do autor será julgado improcedente.

Apesar de ser um bom ponto de partida, há casos em que a aplicação da regra geral pode conduzir a decisões injustas.

Simone Trento (2012, p. 103) observa, com propriedade, que na verdade os ônus processuais não dependem da posição pré-definida dos sujeitos, mas sim do direito material subjacente. Em dissertação escrita ainda sob a égide do CPC de 1973, a autora afirma:

Embora o processo seja o veículo para que o direito seja exigido em juízo, é o direito material que determina a distribuição do ônus da prova.

Com efeito, o modo pelo qual se tem de alocar os fatos na condição de constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos (para fins de distribuição do ônus da prova) é mais complexo do que simplesmente em termos de pressupostos fáticos da aplicação da norma aplicável conforme pretensão posta em juízo.

É preciso enquadrar os fatos, para fim de distribuição do ônus da prova, levando-se em conta o que o direito material diz a respeito das pretensões das partes, pois a repartição da carga da prova é feita antes mesmo da ocupação dos polos processuais, de modo que não importa a posição processual da parte, o que importa é a posição que a parte ocupa no direito material em relação à parte adversa e em relação às possíveis pretensões que o direito material admitiria (fazendo com que as partes antessem as provas com as quais teriam de se resguardar).

Dentre os vários exemplos fornecidos pela autora para demonstrar seu argumento, convém abordar, a título ilustrativo, o caso do “*exceptio non adimplenti contractus*”.

Previsto no art. 475 do Código Civil (CC)⁹, a exceção do contrato não cumprido permite que a parte lesada peça ao réu ou a resolução ou o adimplemento do contrato – art. 476 do CC¹⁰. A questão que se coloca nesses casos é a seguinte: além da comprovação da celebração do negócio jurídico, o fato constitutivo a ser provado pelo autor incluiria o inadimplemento da parte contrária?

O exame da jurisprudência sobre o tema revelou resultado curioso. Conforme levantamento realizado por Simone Trento, verificou-se que, nos casos de inadimplemento parcial, muitos julgados consideraram que caberia à parte autora demonstrar que o cumprimento do contrato foi inexato ou incompleto – ou seja, caberia ao autor demonstrar o inadimplemento do réu. Já nos casos de inadimplemento total, diversos julgados entenderam que o fato constitutivo a ser provado pelo autor seria apenas a celebração do contrato e o próprio adimplemento, cabendo ao réu a prova de ter adimplido com a sua parte.

Na doutrina, igualmente existem aqueles que consideram ser o inadimplemento da parte contrária fato constitutivo do direito do autor, em contraste com aqueles que pensam que o fato constitutivo seria o próprio adimplemento, cabendo ao réu a prova de fato extintivo.

Vê-se, portanto, que o mesmo fato “inadimplemento” pode, a depender da interpretação do julgador e das circunstâncias do caso concreto, ser alocado como fato constitutivo, a ser provado pelo autor da exceção de contrato não cumprido, ou fato extintivo, a ser provado pelo réu. Assim, a regra geral do CPC não seria suficiente para bem orientar os envolvidos no processo sobre os ônus probatórios.

E mais, não apenas a regra geral não seria clara, como também poderia conduzir a conclusões teratológicas. Isso porque, a depender das circunstâncias, pode ser demasiadamente árduo para uma parte a prova do inadimplemento da parte contrária, ainda mais se considerada a série indefinida de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos passíveis de alegação.

Para grande parte das controvérsias no campo civil, o problema da insuficiência da regra geral do ônus da prova foi razoavelmente endereçado com a inclusão expressa da distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC de 2015, expressa no § 1º do art. 373 do CPC, com a justa ponderação do § 2º:

CPC

Art. 373

(...)

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

No entanto, em razão dos princípios constitucionais aplicáveis aos diferentes bens jurídicos, a distribuição dinâmica do ônus da prova – que, para

9. Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

10. Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

diversos autores¹¹, consiste em hipótese de inversão judicial (*ope iudicis*) – não deve ser automaticamente aceita para todas as ações do campo cível. Assim ocorre com a ação de improbidade administrativa, conforme aprofundado nos tópicos seguintes.

Cumprir lembrar, ainda, que os dispositivos sobre o ônus da prova constantes do CPC, por força do seu art. 15, são de extrema importância para o PAD e para o PAR.

Com efeito, dispõe o referido artigo que, na falta de normas que regulem os processos administrativos, as disposições nele expostas serão aplicadas a esses processos (e a outros) de forma supletiva e subsidiária.

CPC

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

2.5 DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A CF, por meio do artigo 37, caput¹², consagrou a moralidade como um dos princípios a ser observado pela Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Além disso, no § 4º do mesmo artigo¹³, foram previstas as sanções de suspensão dos direitos políticos e de perda da função pública para os atos de improbidade administrativa, além da medida de indisponibilidade dos bens e de ressarcimento ao erário.

Quatro anos após a promulgação da CF, foi promulgada a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Além de definir os atos de improbidade administrativa, os sujeitos e parte das regras processuais apli-

cáveis, a Lei acrescentou às sanções já previstas no texto constitucional o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Recentemente, foi promulgada a Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, a qual promoveu alteração em 22 dos 23 artigos da LIA. Em razão da magnitude da mudança, muitos passaram a denominar o normativo de Nova Lei de Improbidade Administrativa.

As alterações, que de modo geral reduziram as penas e dificultaram a responsabilização dos agentes supostamente ímprobos, suscitaram reações enérgicas no meio especializando, com a argumentação de que a reforma violaria, dentre outros, os princípios da vedação ao retrocesso e da proibição de proteção deficiente.

Apesar das diversas ações declaratórias de inconstitucionalidade encampadas, até o presente momento – maio de 2022 – não houve decisão definitiva quanto às impugnações aos novos dispositivos da LIA.

Nesse sentido, cumpre destacar alguns pontos em comum entre a LIA, PADs e PARs, considerando a Nova Lei de Improbidade Administrativa.

A LIA tem como sujeito passivo mediato o Estado, e, imediato, a pessoa jurídica efetivamente afetada¹⁴. Igualmente, no caso de apuração de infrações disciplinares por meio de PAD, ou de atos lesivos e reveladores de inidoneidade, por meio de PAR, também é o Estado o sujeito passivo – com a observação de que a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, também protege a Administração estrangeira.

Já o sujeito ativo, conforme definido na LIA, é o agente público¹⁵, bem como aquele que, não sendo agente público, induz ou concorre dolosamente para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficia direta ou indiretamente¹⁶. Cumpre notar que

11. Inversão judicial (*ope iudicis*) é aquela que depende da apreciação subjetiva do magistrado. (...) é técnica processual, e parte do pressuposto de que o ônus pertenceria, à data da propositura da demanda, àquele em desfavor de quem foi feita a inversão. (...) Por depender da apreciação subjetiva do juiz, na análise de cada caso concreto, a aplicação da supracitada teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova também encerra hipótese de inversão judicial (ANDRADE, Adriano. p. 200-201)

12. 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:

13. § 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.

14. Os sujeitos passivos constam dos §§ 5º a 7º do art. 1º da LIA. São eles: a administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e do Distrito Federal; entidade privada que que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais; e entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual.

15. Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

16. Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

a Lei 14.230, de 2021, incluiu expressamente as pessoas jurídicas no rol dos sujeitos submetidos a suas sanções¹⁷¹⁸.

Dessa forma, vê-se que os sujeitos ativos no PAD (servidor público em regime estatutário) e no PAR (pessoas jurídicas que cometem atos lesivos ou que demonstrem inidoneidade) também são alcançáveis pela LIA, embora esta tenha um leque maior de agentes passíveis de responsabilização.

Quanto aos atos típicos, estes estão dispostos nos artigos 9º (enriquecimento ilícito); 10º (dano ao erário); e 11 (violação dos princípios da Administração Pública). Em razão da previsão expressa da improbidade administrativa no âmbito da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, como causa de demissão, é notório que os fatos punidos pela LIA, se praticados por servidor público, também ensejam apuração e punição por PAD. Da mesma forma, muitas das condutas da LIA passíveis de realização por pessoa jurídica enquadram-se, ao mesmo tempo, nos atos lesivos previstos pela Lei nº 12.846, de 2013, ou em condutas tidas como inidôneas pelas Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002, motivo pelo qual também são passíveis de apuração via PAR.

Em relação às sanções, verifica-se que, assim como nos processos disciplinares em face de servidores públicos pode haver aplicação de pena de demissão¹⁹, na LIA existe a sanção de perda da função pública.

Já no que tange às pessoas jurídicas, há coincidência na possibilidade de aplicação de multa. Ainda, cabe observar que os efeitos da declaração de inidoneidade prevista nas Leis nº 8.666, de 1993, e 10.520, de 2002, guardam semelhança com a sanção de proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, prevista na LIA²⁰.

Afora as semelhanças apontadas, a LIA ainda prevê a penalidade de suspensão de direitos políticos por até quatorze anos (após a reforma). Percebe-se, portanto, que o seu pacote de sanções é mais rigoroso do que o previsto em PADs e PARs.

De fato, o rigor das sanções previstas na LIA ensejou caloroso debate a respeito da natureza da ação.

Previamente à reforma, doutrina e jurisprudência majoritárias entendiam que a LIA (que abarca a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa) seria uma espécie de ação civil pública, por proteger interesse difuso.

Uma vez integrante do microsistema de ações coletivas, cabia a reflexão acerca da aplicação da inversão do ônus da prova à ação de improbidade administrativa, como resultado da extensão das regras do Código de Defesa de Consumidor (CDC) às ações coletivas *latu sensu*^{21 22}.

Apesar de os tribunais superiores negarem, como regra, a inversão do ônus da prova no âmbito das ações de improbidade administrativa, justamente em razão do caráter marcadamente repressivo que a distinguia das demais ações civis públicas, vez ou outra já se ouviam vozes pela possibilidade da distribuição dinâmica do ônus probatório.

O legislador, todavia, parece ter tido a intenção de afastar de uma vez por todas essa interpretação, ao dispor que deveriam ser aplicados à LIA os princípios do Direito Administrativo Sancionador, bem como ao vedar expressamente a distribuição dinâmica do ônus da prova prevista nos §§ 1º e 2º do art. 373 do CPC. Por outro lado, a aplicação dos incisos I e II do mesmo art. 373 do CPC, que preveem a distribuição estática do ônus da prova, foi reafirmada:

LIA

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado

17. Art. 2º.

Parágrafo único. No que se refere a recursos de origem pública, sujeita-se às sanções previstas nesta Lei o particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente.

18. Nesse ponto a reforma da LIA consagrou no texto legal o entendimento jurisprudencial já amplamente adotado - vide STJ, REsp 1.122.177/MT, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 03/08/2010, DJe 27/04/2011.

19. Vale lembrar que a cassação de aposentadoria, prevista no art. Xx, da Lei nº 8.112, não é admitida em ação de improbidade, por falta de previsão expressa na Lei.

20. No âmbito administrativo, a Lei nº 12.846, de 2013, prevê, além da multa, a publicação extraordinária da decisão condenatória.

21. Como se sabe, o CDC determinou tanto a inversão legal da prova (*ope legis*, prevista no art. 38) quanto a inversão judicial (*ope iudicis*), essa última a ser realizada a critério do juiz para facilitar a defesa dos direitos do consumidor, nos casos em que se apresentar alegação verossímil ou for hipossuficiente - art. 6º, inc. VIII. A Lei de Ação Civil Pública, por sua vez, em seu art. 21, determina a aplicação dos dispositivos do Título III do CDC na Defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais. Apesar de a regra da inversão judicial prevista no CDC estar topograficamente fora do título III, em razão de seu conteúdo, doutrina e jurisprudência têm admitido seu alcance ao microsistema de direito coletivo.

22. “Em uma acepção mais ampla, a locução ações coletivas é empregada para significar o gênero de ações onde se faz possível a tutela coletiva, seja dos direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos. Nesse sentido, pode-se dizer que são ações coletivas a ação popular, o mandado de segurança coletivo e as ações civis públicas (ou coletivas em sentido estrito, conforme o entendimento) (ANDRADE, 2017, p. 49)”.

e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 4º **Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.**

(...)

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e **seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.**

§ 19. **Não se aplicam** na ação de improbidade administrativa:

(...)

II - **a imposição de ônus da prova ao réu, na forma dos §§ 1º e 2º do art. 373 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);**

(...)

Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

(grifo nosso)

Assim, verifica-se que a opção do legislador deu razão à argumentação de Fábio Medina Osório, para quem as sanções impostas pela LIA pertenceriam ao campo do Direito Administrativo Sancionador, ainda que aplicáveis exclusivamente pela via judicial. Segundo o autor: “*são sanções geralmente mais graves, próximas não raras do Direito Penal, porém inegavelmente do Direito Administrativo, editadas pelo Estado como forma de tutelar específicos interesses públicos e sociais (OSÓRIO, 2020, e-book)*”.

No sentido de aproximar a ação de improbidade dos princípios do Direito Penal, Paulo Lucon (2013 apud GARCIA, 2021) afirma que a análise da prova deve seguir modelo similar ao do processo penal, devendo seguir o *standard* de prova além da dúvida razoável ou, no mínimo, o *standard* de “prova clara e

convicente” – isto é, o de que a verdade da proposição seja altamente provável, mais do que simplesmente mais provável do que não provável.

Segundo LUCON (2013), a regra clássica da distribuição do ônus da prova seria aplicável, devendo o autor da ação provar os fatos constitutivos de sua pretensão. Assim, o autor deveria provar o ilícito, o elemento subjetivo do agente e o nexo causal que ligue a conduta imputada aos resultados previstos nos tipos de atos de improbidade.

Existem diversas críticas ao entendimento acolhido, especialmente quanto à aplicação exacerbada do princípio da presunção de inocência e à falta da justa ponderação dos direitos em jogo na LIA: de um lado, o direito de liberdade em sentido amplo, e, de outro, o patrimônio público material e moral, vinculado a uma gama de direitos fundamentais, cuja proteção foi delineada constitucionalmente²³.

A tais críticas somam-se, ainda, todas as considerações acerca das limitações da distribuição estática do ônus da prova para a solução de determinados casos, conforme debatido no tópico anterior.

Sem desmerecer a complexidade e a relevância da controvérsia, para o ponto que se pretende demonstrar basta dizer que, a despeito da ressalva quanto à distribuição dinâmica do ônus da prova, a aplicação da regra geral de distribuição do encargo probatório entre as partes está amplamente pacificada.

Nesse sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO FIRMADO PELO SECRETÁRIO DE SAÚDE. LEGALIDADE. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.1. Na forma da jurisprudência desta Corte, "o art. 333, I e II, do CPC, estabelece que compete ao autor fazer prova constitutiva de seu direito e o réu, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor" (EDcl no AREsp 141.733/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 12/09/2012). Nesse mesmo sentido: EDcl no AgRg no AREsp 278.445/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA

Diante do exposto, e considerando que, além da similaridade no que tange aos sujeitos ativo e passivo, as sanções previstas em PADs e PARs são menos gravosas do que as previstas na LIA, não haveria qualquer lógica em estabelecer, para os acu-

23. Nesse sentido, sugere-se a leitura do artigo de PRADO, 2022.

sados em processos de natureza administrativa, situação mais favorável do que ao agente processado judicialmente com base na ação de improbidade.

2.6. DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Apresentada a estrutura básica do ônus da prova no processo civil e na ação de improbidade administrativa, cumpre analisar a forma como esse assunto é tratado no processo penal.

No âmbito do Código de Processo Penal (CPP), há norma própria acerca de ônus probatório, também estabelecendo regra de distribuição, a exemplo de CPC:

CPP

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Ademais, em sede doutrinária e jurisprudencial, também prevalece que, no processo penal, cada um dos sujeitos participantes do feito é responsável pelo encargo de provar os elementos específicos de sua imputação ou de uma eventual manifestação defensiva.

Nessa medida, sustenta-se que caberia à acusação penal provar a existência do fato típico; a autoria ou a participação; a relação de causalidade; e, por fim, o elemento subjetivo do agente: dolo ou culpa.

A defesa, por sua vez, teria o encargo probatório no que concerne às excludentes de ilicitude, de culpabilidade e das causas extintivas de punibilidade que venha a alegar. Também caberia à defesa fazer prova de eventual alibi que invocasse em sede processual.

Repare-se que, em última instância, as excludentes de ilicitude, de culpabilidade, as causas extintivas de punibilidade e o alibi mencionados correspondem – guardadas as devidas proporções – às

situações que, nos termos do CPC, podem se enquadrar como fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de um direito originariamente alegado.

Sabe-se que a divisão do encargo probatório entre os sujeitos processuais no âmbito penal não é uma questão pacífica e que muitos doutrinadores²⁴ sustentam que, diante do princípio do *in dubio pro reo*, o encargo probatório nesse tipo de processo seria atribuído com exclusividade ao acusador.

De acordo com esses doutrinadores, ao imputar a prática de um crime a alguém, o acusador teria o dever de provar todos os elementos do crime: o fato típico, ilícito e culpável; e que, a defesa, de fato, não poderia experimentar qualquer situação de desvantagem processual em função de sua eventual inércia ou negativa genérica.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima (2020)²⁵, afirma que, em havendo, por exemplo, alegação de legítima defesa, e considerando que tal alegação seja apta a gerar no julgador dúvida fundada, caberia à acusação comprovar a inocorrência da excludente de ilicitude.

Sob o ponto de vista teórico, não restam dúvidas quanto ao poder de sedução dessa argumentação; numa perspectiva prática, contudo, sabe-se que a defesa, no processo penal, assume inúmeros riscos quando opta por abrir mão de qualquer comportamento probatório ativo em relação a eventuais fatos que possa vir a alegar em seu próprio benefício. Afinal, tendo o processo penal acolhido a ideia do livre convencimento motivado – pelo menos em regra –, pode o julgador considerar que as provas apresentadas pela acusação são suficientes para proporcionar convicção além da dúvida razoável, tendo por consequência a condenação do réu.

No cenário mais conservador possível, não há como deixar de reconhecer que o julgador de uma determinada demanda pode vir a aceitar – em desfavor de uma defesa silente ou genérica – argumentações simplórias feita pela acusação sobre eventuais fatos negativos a respeito dos quais a defesa preferiu calar ou simplesmente falar de forma superficial.

A título de exemplo, cite-se a situação em que a defesa, podendo apresentar elementos sobre uma eventual situação de ato praticado em legítima defesa, optar por adotar uma postura passiva em relação ao assunto.

Em tal cenário, a acusação poderia – depois de comprovar o fato típico – ser mais econômica em relação aos elementos caracterizadores da excludente

24. Com esse entendimento, Antônio Magalhães Gomes Filho (1994) e Renato Brasileiro de Lima (2020).

25. “Isso não significa dizer, no entanto, que a acusação sempre deverá comprovar a inocorrência de causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade. Caso não tenha sido alegada qualquer excludente pela defesa, não tendo surgido dúvida fundada sobre sua ocorrência, torna-se desnecessária a prova de que o fato não fora praticado sob o manto de uma causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade (LIMA, 2020)

de ilicitude e o julgador da causa, eventualmente, aceitar a argumentação constante da denúncia ou da queixa.

A toda evidência, parece que seria mais prudente à defesa, caso possa, se esforçar, no exemplo dado, para comprovar a injustiça da agressão sofrida, a sua atualidade ou iminência, e mesmo que, ao agir em face do agressor, o fez com moderação, de modo a caracterizar satisfatoriamente a excluído de ilicitude que poderia lhe favorecer.

A questão que se impõe é saber se – ao se omitir e adotar uma postura passiva – a defesa experimentaria alguma situação de desvantagem.

Se sob o ponto de vista teórico, há que se reconhecer que a omissão da defesa não deveria lhe trazer, por si só, prejuízos automáticos, numa perspectiva prática a realidade parece indicar que o comportamento passivo da defesa pode fazer com que sobre ela recaia, quando menos, o risco de vir a sofrer uma condenação a partir de uma argumentação acusatória menos elaborada, o que, claramente, não lhe será vantajoso.

O fato é que, independente do confronto doutrinário existente, no plano jurisprudencial, prevalece que, também no processo penal, a defesa possui ônus probatórios a respeito dos quais deve se desincumbir.

No âmbito do STJ, há vários julgados que, nos termos do art. 156 do CPP, abraçam essa tese:

1. De acordo com o caput do artigo 156 do Código de Processo Penal, "a prova da alegação incumbirá a quem fizer".

2. Em virtude do princípio da presunção de inocência, cabe à acusação, via de regra, provar os fatos descritos na denúncia ou queixa, podendo o réu, por sua vez, produzir os elementos de convicção necessários à comprovação de suas alegações.

3. No caso dos autos, não se atribuiu à defesa o encargo de comprovar a qualificadora do rompimento do obstáculo, que estaria evidenciada por vários elementos de convicção coletados, tendo-se apenas salientado que ao réu competia produzir provas que sustentassem a sua versão, motivo pelo qual não há que se falar em nulidade do acórdão em razão da inversão do ônus da prova para a condenação.

HC 328021 / SC

3. Outrossim, na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, "quando há a apreensão do bem resultante de crime na posse do agente, é ônus do imputado comprovar a origem lícita do produto o que sua conduta ocorreu de forma cul-

posa. Isto não implica inversão do ônus da prova, ofensa ao princípio da presunção de inocência ou negativa do direito ao silêncio, mas decorre da aplicação do art. 156 do Código de Processo Penal, segundo o qual a prova da alegação compete a quem a fizer. Precedentes" (AgRg no HC n. 446.942/SC, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 4/12/2018, DJe 18/12/2018).

AgRg no AREsp 1239066 / RS

Não se verifica manifeste ilegalidade, pois a condenação foi devidamente fundamentada, no sentido de que a corré ingressou no estabelecimento prisional transportando 25 porções de maconha, substância ilícita que tinha o seu companheiro, o paciente, como destinatário, constando que a droga estava no recipiente que tinha etiqueta com o nome da acusada, que estava no local para visitar o réu, conduta que se amolda ao tipo penal do tráfico de drogas, não tendo sido produzida qualquer prova da suspeição ou do impedimento dos agentes penitenciários ou policiais, nos termos do artigo 156, caput, do CPP.

AgRg no HC 616440 / SP

"16. Não há se falar em ofensa ao art. 156 do CPP, porquanto devidamente demonstrado, com base em dados concretos dos autos, que os bens cujo perdimento foi decretado foram comprados com o proveito auferido pela prática do fato criminoso. Nesse contexto, caberia à defesa provar que os carros não foram adquiridos com dinheiro do crime, uma vez que a prova da alegação incumbe a quem a fizer".

AgRg no REsp 1683930 / SC

O Supremo Tribunal Federal (STF), de forma geral, também aceita, em sua maioria, como válida a interpretação de que tanto a acusação quanto a defesa possuem o encargo de provar as alegações que eventualmente façam no âmbito de um processo penal.

Demais disso, em relação à suposta inversão do ônus da prova, cumpre consignar que, nos termos da decisão ora impugnada, "o Tribunal de origem reconheceu que, tendo a acusação provado a ocorrência de remessas de valores ao exterior, e tendo a defesa alegado a preexistência desses valores, caberia a ela provar essa alegação, nos termos do art. 156 do CPP". Destarte, ao contrário do que afirma a defesa, imperioso concluir que não houve indevida inversão probatória, mas mero cumprimento da regra de distri-

buição do ônus da prova, segundo a qual, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. HC 187725 AgR / PR – PARANÁ

Vê-se, portanto, que, mesmo em sede processual penal, a argumentação de ônus total e unilateral de uma das partes não se sustenta. -

Antecipe-se que, por envolver, de certo modo, a aplicação de algum tipo de penalidade a um sujeito processual, o PAD e o PAR costumam recorrer, em especial, ao processo penal para suprir eventuais lacunas.

É desse costume, inclusive, que se imagina ter surgido a interpretação segundo a qual o ônus probatório, naquelas instâncias processuais administrativas, caberia apenas à comissão processante, desprezando o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – conhecida como Lei Geral do Processo Administrativo, conforme será aprofundado no tópico seguinte. Ocorre que, mesmo em sede processual penal, a argumentação de ônus total e unilateral de uma das partes não se sustenta.

2.7. DO ÔNUS DA PROVA NO ÂMBITO DO PAD E DO PAR

Feita a explanação acerca da distribuição do ônus da prova no processo civil e no processo penal, cabe, finalmente, abordar o tema sob a ótica do Direito Administrativo.

O PAD é regulamentado, no âmbito federal, basicamente, pela Lei nº 8.112, de 1990. O PAR, por sua vez, é regido, nessa mesma esfera, pela Lei nº 12.846, de 2013.

Essas duas normas, curiosamente, não abordam a questão da distribuição do ônus da prova nos processos mencionados.

De fato, tanto a Lei nº 8.112, de 1990, quanto a Lei 12.846, de 2013, ao abordarem a questão probatória, usam termos bastantes genéricos, passando à margem da discussão sobre os encargos probatórios:

Lei 8.112, de 1990

(...)

Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.

(...)

Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.

Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

§ 1º O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

Lei nº 12.846, de 2013

(...)

Art. 10. O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis.

Art. 11. No processo administrativo para apuração de responsabilidade, será concedido à pessoa jurídica prazo de 30 (trinta) dias para defesa, contados a partir da intimação.

Situação idêntica ocorre com o Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, que regulamentava a Lei nº 12.846, de 2013:

Decreto nº 8.420, de 2015

(...) Art. 5º No ato de instauração do PAR, a autoridade designará comissão, composta por dois ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará a pessoa jurídica para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretende produzir.

(...)

§ 2º Na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, a pessoa jurídica poderá apresentar alegações finais no prazo de dez dias, contado da data do deferimento ou da intimação de juntada das provas pela comissão.

§ 3º Serão recusadas, mediante decisão fundamentada, provas propostas pela pessoa jurídica que sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.

Conforme já inferido em 2.6, a ausência de uma regulamentação clara a respeito do ônus da prova na Lei nº 8.112, de 1990, e na Lei nº 12.846, de 2013,

possibilitou o surgimento de um controverso entendimento sobre a distribuição do ônus da prova em sede de PAD e PAR.

Segundo esse entendimento, no âmbito de tais processos, apenas a comissão processante (e, por consequência, a Administração Pública) possuiria encargo probatório, o que, em última análise, terminaria por isentar os agentes acusados em tais processos de qualquer tipo de ônus probatório.

O detalhe, no entanto, é que esse entendimento desconsidera a existência, no âmbito federal, da já mencionada Lei nº 9.784, de 1999, que, expressamente, regulamenta a questão do ônus probatório no âmbito dos processos administrativos federais, dos quais o PAD e o PAR são espécies.

De acordo com o que dispõe o art. 36 da referida Lei, no âmbito do processo administrativo federal, cabe ao interessado a prova dos fatos que venha a alegar.

Lei nº 9.784, de 1999

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

Inegavelmente, trata-se de uma norma sobre ônus probatório e tal norma tem um espaço de incidência bastante evidente: o processo administrativo federal, nos termos do art. 1º da referida Lei.

Lei nº 9.784, de 1999.

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

Registre-se, ainda, que, no art. 69 da Lei nº 9.784, de 1999, está expresso que ela terá aplicação subsidiária a todas as outras leis que venham a regulamentar outros processos administrativos na esfera federal: o PAD e o PAR, por exemplo.

Lei nº 9.784, de 1999

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

A aplicação subsidiária de uma lei em face de outra consiste precisamente na utilização da primeira para suprir uma lacuna ou para auxiliar a interpretação de dispositivos que, eventualmente, existam na outra, o que, a toda evidência, parece ser o caso relativo às leis que regulamentam o PAD e o PAR no âmbito federal.

Em suas Anotações sobre Processo Administrativo Disciplinar, Marcos Salles Teixeira (2021, p. 930) identificou essa situação, trazendo para o âmbito do PAD a ideia constante do art. 36 da Lei nº 9.784, de 1999.

(...) o ônus probante a cargo da Administração não impõe que a comissão fique refém de alegações vazias apresentadas pelo acusado, com a obrigação de comprovar teses fantasiosas, impossíveis, inverídicas e procrastinatórias. Na contrapartida, cabe ao interessado a prova dos fatos que alega, conforme o art. 36 da Lei nº 9.784, de 1999, e com respaldo doutrinário. (...)

Está, claro, portanto, que não há qualquer silêncio normativo na legislação federal no que concerne à distribuição do ônus da prova no âmbito do PAD e do PAR.

O art. 36 da Lei nº 9.784, de 1999, é bem contundente ao estabelecer o regramento sobre o encargo probatório nos processos administrativos federais e, tal regramento, por força do art. 69 daquela Lei, se aplica tanto ao PAD como ao PAR.

Ao se fazer essa afirmação, torna-se imperioso reconhecer que todo e qualquer sujeito que faça algum tipo de afirmação no âmbito de um PAD ou de um PAR traz para si o ônus de provar aquilo que afirma, de forma que eventual interpretação que isente quaisquer dos agentes envolvidos naqueles ritos de algum tipo de encargo probatório contraria frontalmente a legislação administrativa vigente.

Para além da situação normativa exposta, é de se reconhecer que a tese segundo a qual apenas a comissão processante (e, por consequência, a Administração Pública) possui ônus probatório – em sede de PAD e PAR – também se choca com aquela que, modernamente, vem sendo considerada a principal lógica subjacente à distribuição do ônus da prova no âmbito processual: a preocupação em não inviabilizar o exercício legítimo de direitos por quaisquer dos sujeitos processuais pelo excesso de ônus a eles impostos.

Perceba-se que concentrar toda a responsabilidade probatória em apenas um dos sujeitos envolvidos em um processo dialético é algo não apenas anti-isonômico, como, até certo ponto, paralisante.

Imagine-se o quão complexo seria exigir de apenas um dos participantes de um processo dialético que ele seja capaz de produzir contraprova em face de toda e qualquer tese que venha a ser alegada por outro sujeito processual.

Como visto ao longo do texto, a distribuição do ônus da prova é prevista tanto no processo civil como – até mesmo – no processo penal. E, consagrando uma salutar visão harmônica do Direito Processual

pátrio, outra também não é a conclusão, a favor da imperiosidade da distribuição estática do ônus da prova, no Direito Administrativo Sancionador.

Assim, seja do ponto de vista normativo ou da lógica processual, conclui-se que a solução deve ser igualmente aplicada no âmbito de PADs e PARs, para o qual, inclusive, conta-se com próprio regramento subsidiário. Como se viu ao longo de trabalho, ao se debruçar para estudar imparcial e tecnicamente a questão, iluminando-a com a pesquisa em variadas fontes, não se sustenta a tese arcaica e leiga de que o ônus probante seria exclusivo da Administração, sob pena, inclusive, de se inviabilizar completamente a justa e equilibrada resposta que a sociedade espera da atividade correccional.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Independentemente do campo específico do Direito, se administrativo, civil ou penal, vimos que o processo, enquanto instrumento de concretização do princípio do contraditório, possui uma estrutura dialética.

Em decorrência dessa estrutura, a todos os agentes nele envolvidos é possibilitada a oportunidade de apresentar a sua versão sobre o fato ou conjunto de fatos a respeito dos quais se discute.

Sabe-se, no entanto, que a simples versão dos sujeitos processuais sobre os fatos controvertidos não basta para garantir a quaisquer deles a obtenção de um pronunciamento decisório que lhe seja favorável.

Com efeito, as versões levadas à apreciação de um dado julgador precisam estar amparadas em elementos de informação aptos a respaldá-las.

Na medida em que todos os sujeitos envolvidos em um processo podem apresentar as suas versões e alegações, é importante que a eles também se ga-

ranta a oportunidade de produzir provas a respeito daquilo que eles próprios afirmam e, mais do que isso, que se deixe claro, de antemão, quais serão os critérios utilizados pelo julgador para apreciar a demanda, na hipótese de os sujeitos processuais não conseguirem levar ao processo elementos fáticos suficientes para corroborar as suas afirmações.

É nesse sentido que Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2003 apud LIMA, 2021, p. 573) chega a apontar o efeito motivacional que decorre das regras de distribuição do ônus da prova, afirmando que, por força dessas regras, “*as partes são estimuladas a provar as suas alegações, ante o risco da prova frustrada*”.

A importância da distribuição do ônus da prova na esfera processual é tão relevante que praticamente todo regramento processual positivado possui regulamentação específica sobre essa questão, sendo a distribuição do encargo probatório entre as partes – em maior ou menor grau – um ponto em comum entre o processo civil e o processo penal.

No que tange à distribuição do ônus da prova no processo administrativo, quer em relação a pessoas físicas (com arcabouço na Lei nº 8.112, de 1990) quer em relação a pessoas jurídicas (com foco na Lei 12.846, de 2013, e respectivo regulamento), o presente artigo buscou demonstrar a aptidão do art. 36 da Lei 9.784, de 1999, para o tratamento do tema, afastando-se a visão equivocada de que caberia tão somente à Administração, de forma total e unilateral, fazer prova dos fatos sob apuração.

De fato, a solução proporcionada pela Lei Geral do Processo Administrativo é coerente com os princípios da lealdade processual e da presunção de inocência, haja vista o tratamento dado ao tema pelo CPC e pelo CPP, bem como as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano. **Interesses difusos e coletivos**. Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade – 7 ed. Ver atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ed. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1982.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo código de processo civil brasileiro**. Revista Direito Mackenzie, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Mackenzie_v.11_n.02.08.pdf. Acesso em 10/04/2021.

- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, v. 2.
- GARCIA, Ana Maria. **Ônus da prova na Ação por Ato de Improbidade Administrativa**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 126. 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/229870>. Acesso em 25/03/2022.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais 23/3, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nov. 1994.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 9. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **A prova na Ação de Improbidade administrativa (in) Prova no direito processual civil: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013. Disponível em: <http://lucon.adv.br/2016/wp-content/uploads/2018/07/A-Prova-na-a%C3%A7%C3%A3o-de-improbidade-administrativa-2.pdf>. Acesso em: 28/03/2022.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de cada caso concreto**. Revista dos Tribunais, v. 862, p. 21, ago. 2007. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2853>. Acesso em 30/03/2022.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 7ª edição, salvador: Método, Volume único, 2015.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. Ed 2020, versão E-book.
- PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. **A Distribuição Dinâmica do ônus da Prova na Ação de Improbidade Administrativa**. O Ministério Público na Defesa da Probidade Administrativa: 46 - 75. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Revista_Defesa_da_Probidade_Administrativa.pdf. Acesso em 02/04/2022.
- TEIXEIRA, Marcos Salles. **Anotações sobre Processo Administrativo Disciplinar**. Versão de 24 de novembro de 2021. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/67133>. Acesso em 20/03/2022.
- TRENTO, Simone. **Efetividade da Tutela Jurisdicional em matéria probatória; standard e ônus da prova**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p.161. 2012. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/27299>. Acesso em 08/03/2022.

Cadeia de Custódia de Provas Digitais nos Processos do Direito Administrativo Sancionador com a adoção da tecnologia *Blockchain*

Alexandro Mariano Pastore¹ e Manoel Augusto Cardoso da Fonseca²

ABSTRACT: This article deals about chain of custody of digital evidence in the processes of Sanctioning Administrative Law. Digital evidence is the means of demonstrating a fact that occurred in digital media, or that has in the digital environment an instrument to demonstrate a certain fact of its content (TAMMAY e MAURICIO, 2020, p. 33). Considering the advances in digital technology, where hacker attacks can compromise the integrity of information, it is essential to establish mechanisms that ensure adequate custody of this data by presenting a proposal from a theoretical-practical point of view. In the second section, we discuss all legal aspects that involve the validity of digital evidence. Chain of custody is precisely the sequence of procedures that will occur while the material collected is under the protection of the State. It happens that in the Sanctioning Administrative Process, the occurrence of digital evidences has increased, whether recorded statements, information and digital native documents from computerized systems or Big Data. The third section presents an approach to *blockchain* Technology as multi-purpose technology, which – with its characteristics of auditability, encryption and immutability of data stored in a *blockchain* – is suitable to be adopted in a chain of custody model of digital evidence. The fourth section presents the proposed model. Finally, in the final considerations, we establish perspectives on the theme and the possibility of applying the model to a real use case within the Brazilian Federal Internal Affairs System.

Keywords: chain of custody, digital evidence, evidence, process, Sanctioning Administrative Law, Blockchain

RESUMO: Este artigo versa sobre o tema cadeia de custódia de provas digitais nos processos do Direito Administrativo Sancionador. A prova digital é o meio de demonstrar um fato ocorrido em meio digital, ou que tem no meio digital um instrumento de demonstração de determinado fato de seu conteúdo (TAMMAY e MAURICIO, 2020, p. 33). Considerando os avanços da tecnologia digital, onde os ataques de hackers podem comprometer a integridade das informações, é fundamental estabelecer mecanismos que assegurem uma adequada custódia desses dados, apresentando uma proposta do ponto de vista teórico-prático. Na segunda seção, abordam-se todos os aspectos jurídicos que envolvem a validade da prova digital. Cadeia de custódia é justamente a sequência de procedimentos que ocorrerão enquanto o material coletado estiver sobre tutela do Estado. Ocorre que, no Processo Administrativo Sancionador, tem crescido a ocorrência das provas digitais, sejam depoimentos gravados, informações e documentos digitalizados ou natos digitais, provenientes de sistemas informatizados ou do Big Data. A terceira seção apresenta uma abordagem sobre a Tecnologia *blockchain* como tecnologia de múltiplo propósito, que, com suas características de auditabilidade, criptografia e imutabilidade dos dados armazenados numa cadeia de blocos - é adequada para ser adotada num modelo de cadeia de custódia de provas digitais. Na quarta seção apresenta-se o modelo proposto. Por fim, nas considerações finais, estabelecemos perspectivas sobre o tema e a possibilidade de aplicação do modelo a um caso de uso real no âmbito do Sistema de Corregedorias.

Palavras-chave: cadeia de custódia, provas digitais, provas, processo, Direito Administrativo Sancionador, Blockchain

1. Auditor Federal de Finanças e Controle / alexandro.pastore@cgu.gov.br

2. Analista de Comércio Exterior, em exercício na Controladoria-Geral da União; manoel.fonseca@cgu.gov.br

1. INTRODUÇÃO

A Lei n.º 13.964 de 2019, também conhecida como Pacote Anticrime, estabelece que a cadeia de custódia dos vestígios compreende diversas etapas (reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte).

Ao analisar esse diploma legal, fica evidente a preocupação do legislador em descrever detalhadamente a cadeia de custódia de provas físicas e materiais, não tratando dos procedimentos quanto à custódia de provas digitais, cada vez mais frequentes em casos de corrupção, lavagem de dinheiro e crimes econômicos em geral. Uma lacuna que deve ser suprimida, em razão do possível prejuízo processual (inadmissibilidade e exclusão dos autos ou minoração da sua força probatória, a depender do entendimento esposado).

O objetivo deste artigo é propor um modelo tecnológico, baseado em normas vigentes e tecnologias disruptivas, que assegure a guarda adequada das provas digitais numa cadeia de custódia.

As hipóteses consideradas nos indicam a produção, em nosso trabalho, de conhecimento sistêmico, uma vez que, no modelo proposto, se estabelece a conexão de informação produzida mediante conhecimentos distintos, especificamente no universo do Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Comparado, Tecnologia da Informação, Teoria Geral dos Sistemas, Blockchain, Criptografia, Internet etc.

Adotou-se o método qualitativo para que, a respeito dos temas estudados, seja proposto um modelo com aplicações específicas e relacionado com um caso de uso.

A metodologia adotada para a produção do trabalho foi uma extensa pesquisa bibliográfica, documental, sobre o estado da questão relativo ao tema objeto do estudo e a possível aplicação de tecnologias disruptivas nos problemas a serem enfrentados pelas hipóteses propostas.

Este trabalho está estruturado em quatro seções: 1. Introdução; 2. A cadeia de custódia de provas digitais no Direito Administrativo Sancionador; 3.

A aplicação de tecnologias disruptivas como forma de garantir a guarda e integridade da cadeia de custódia de provas digitais; 4. Modelo proposto; e 5. Conclusão.

Na seção 1 apresentamos a metodologia, objetivos e justificativa para elaboração deste artigo.

Na seção 2 abordamos conceitualmente, sob a ótica do Direito, o conceito de prova digital, a importância da preservação da cadeia de custódia de provas, com destaque para as digitais. São analisados aspectos do Direito Internacional e Comparado, com ênfase nos impactos da lacuna detectada no ordenamento jurídico nacional em relação ao tema.

Na seção 3 abordamos conceitos de Tecnologia da Informação, especificamente da tecnologia Blockchain, cujos atributos e componentes podem ser integrados para a solução das questões e das hipóteses do trabalho.

Na seção 4 apresentamos uma proposta de modelo a ser adotado no controle da cadeia de custódia de provas digitais.

Na conclusão apresentamos as premissas correspondentes ao atingimento dos objetivos e comprovação das hipóteses apresentadas. Neste tópico também se estabelecem comentários a respeito de novas linhas de pesquisa derivadas do tema.

2. A CADEIA DE CUSTÓDIA DE PROVAS DIGITAIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

2.1. A prova digital

Na processualística moderna, o julgamento baseia-se nos elementos de convicção coligidos, os quais, regularmente admitidos no processo e submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, erigem-se em provas ou evidências³, com as quais se busca reconstituir historicamente determinado conjunto de fatos, com vistas a alcançar a verdade dita “processual”⁴.

O vocábulo “prova” admite múltiplos significados, dentre os quais interessa mais diretamente ao presente trabalho a prova na acepção de “elemento de prova”, isto é, o fato probante (*factum probans*),

3. Recebe críticas o emprego de “evidência” como sinônimo de “prova”, por se tratar de anglicismo semântico (“evidence”); no presente trabalho, o termo será evitado, apesar do uso quase que generalizado na literatura jurídica.

4. A expressão “verdade processual” pretende superar a tradicional dicotomia entre a “verdade real” (Processo Penal) e a “verdade formal” (Processo Civil): “Por outro lado, mesmo com os poderes conferidos ao Juiz, na justiça penal, a procura e o encontro da verdade real se fazem com as naturais reservas oriundas da limitação e falibilidade humanas, e, por isso, melhor seria falar de ‘verdade processual’ ou ‘verdade forense’, até porque, por mais que o Juiz procure fazer a reconstrução histórica do fato objeto do processo, muitas e muitas vezes o material de que ele se vale (ah! as testemunhas...) poderá conduzi-lo a uma ‘falsa verdade real’, e por isso mesmo Ada P. Grinover já anotava que ‘verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele’ (A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, RF, 347/6).” (TOURINHO FILHO, F. D. C. **Manual de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58-59).

o fato utilizado para provar algo – em oposição ao “objeto de prova”, que corresponde ao fato provado (*factum probandum*)⁵.

Na realidade, o resultado probatório decorre de juízos probabilísticos submetidos aos standards probatórios.⁶

A prova digital (também chamada eletrônica, tecnológica ou *e-evidence*) pode ser definida como “qualquer classe de informação (dados) que tenha sido produzida, armazenada ou transmitida por meios eletrônicos”, como informa Geraldo Prado.⁷

Gustavo Badaró traz, como exemplos de provas digitais, “o conteúdo de conversas telefônicas, ou de transmissão de e-mails, mensagens de voz, fotografias digitais, filmes armazenados na internet etc.”⁸, com o que abarca duas acepções conceituais, as quais serão abordadas mais adiante.

2.2. A cadeia de custódia

A cadeia de custódia da prova corresponde, na linguagem jurídica, ao conjunto de procedimentos exigidos à preservação e rastreabilidade desses elementos de convencimento, caracterizando requisito de validade do resultado da atividade probatória primária, após a sua admissibilidade e valoração.

A expressão remete metaforicamente a uma corrente⁹, formada por elos, que seriam os agentes que interagem com determinado vestígio material, desde o momento da sua localização até o término da sua utilização processual.

Geraldo Prado¹⁰, apoiando-se na doutrina norte-americana (na qual a figura foi engendrada):

"Conforme Robert A. Doran leciona 'a cadeia de custódia é um processo usado para manter e documentar a história cro-

nológica da evidência. Este processo deve resultar num produto: a documentação formal do processo!'"

Gustavo Badaró apresenta definição mais detalhada¹¹, segundo a qual a cadeia de custódia é “a história cronológica escrita, ininterrupta e testemunhada, de quem teve a evidência desde o momento da coleta até que ela seja apresentada como prova no tribunal”.¹²

Para Deltan Dallagnol e Juliana Câmara, “a cadeia de custódia da prova é a corrente histórica ou seqüência da posse de uma dada prova.”¹³

Renato Brasileiro de Lima conceitua-a como “um mecanismo garantidor da autenticidade das evidências coletadas e examinadas, assegurando que correspondem ao caso investigado, sem que haja lugar para qualquer tipo de adulteração. Funciona, pois, como a documentação formal de um procedimento destinado a manter e documentar a história cronológica de uma evidência, evitando-se, assim, eventuais interferências internas e externas capazes de colocar em dúvida o resultado da atividade probatória, assegurando, assim, o rastreamento da evidência desde o local do crime até o Tribunal.”¹⁴

Como bem destacado por Gustavo Badaró, a expressão “cadeia de custódia” deve ser compreendida como elipse de “documentação da cadeia de custódia” e nessa acepção será empregada ao longo do presente.

Isso porque a “cadeia de custódia” em si equivale diretamente ao conjunto de *peessoas* que sucessivamente tiveram contato com a fonte de prova real, ao passo que a “documentação da cadeia de custódia” refere-se ao *registro* formal dessas pessoas (quem) e dos momentos em que mantiveram o contato (quando).

5. “*Factum probans e factum probandum* se conectam na medida em que o primeiro prova o segundo.” (DALLAGNOL, D. M. **As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 16).

6. “De fato, a justiça humana se constrói sobre juízos probabilísticos², alcançados pela atividade probatória, e sobre *standards* probatórios, os quais minimizam os riscos probabilísticos mediante a definição de que grau de convicção se exige para cada decisão” (DALLAGNOL, D. M.; CÂMARA, J. D. A. S. R. A cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, D. D. R.; QUEIROZ, R. P. D. (Org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 529-530.

7. DELGADO MARTÍN *apud* PRADO, G. L. M. Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital, 2021. Disponível em: <<https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital/>>. Acesso em: 15 Abril 2022.

8. BADARÓ, G. H. R. I. A Cadeia de Custódia e sua Relevância para a Prova Penal. In: SIDI, R.; LOPES, A. B. (Orgs.). **Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 522.

9. Em outros idiomas fica mais evidenciada a acepção de “cadeia” como “corrente”: chain of custody (Inglês), Beweismittelkette (Alemão), catena di custodia (Italiano) e cadena de custodia (Espanhol).

10. PRADO, G. L. M. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

11. “The witnessed, unbroken, written chronological record of everyone who had an item of evidence, and when each person had it; also accounts for any changes in the evidence. (SWANSON Charles R., CHAMELIN, Neil C., TERRITO, Leonard).

12. BADARÓ, op. cit., p. 561.

13. DALLAGNOL e CÂMARA, op. cit., p. 530.

14. BRASILEIRO DE LIMA, R. Manual de Processo Penal. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

Pode-se afirmar que a cadeia de custódia corresponde à atividade probatória secundária, ou seja, a “prova sobre a coleta da prova”¹⁵, ou, mais sinteticamente, “a prova da prova”¹⁶. Ou, ainda, “uma prova de segundo grau ou meta prova”.¹⁷

Exemplificativamente, pode-se mencionar a documentação relativa à pistola com a qual foi cometido um homicídio, desde o momento em que é encontrada pelos peritos criminais, acondicionada, transportada, examinada, depositada judicialmente e eventualmente encaminhada para destruição, doação ou restituição à corporação policial.¹⁸

Como adiantado, a temática despontou no Direito estadunidense (“chain of custody”), no campo do Direito Penal e Processual Penal, irradiando para o Direito Europeu Continental, sobretudo na área pericial.

2.3. Fundamentação

A questão diz respeito à demonstração da *autenticidade e integridade* de cada fonte de prova. A autenticidade reporta-se à origem da fonte; a integridade, à sua conservação até que apresentada em Juízo¹⁹, atendendo ao que, na doutrina espanhola, foi designado “mismidad de la prueba”.²⁰

Nessa esteira, Geraldo Prado (2014, p. 300) alinha a cadeia de custódia nos princípios da “mesmidade” e da “desconfiança”, este último contraposto, por Deltan Dallagnol e Juliana Câmara, aos princípios da presunção de regularidade da evidência e de boa-fé dos agentes²¹, que parece encontrar correspondência, em se tratando de Direito Adminis-

trativo Sancionador, na presunção de legitimidade de provas acusatórias, abordada por Fábio Osório (2020, p. 432).

2.4. Aplicabilidade da cadeia de custódia. Fontes de provas reais. Fungíveis. Materiais ou imateriais.

As provas podem provir de pessoas ou de coisas, daí a tradicional classificação doutrinária: fontes de prova pessoais ou reais.

A cadeia de custódia tem relação com as *fontes de prova reais* (“real evidences”), como informa Gustavo Badaró.²²

Mais ainda, conforme anotam Deltan Dallagnol e Juliana Câmara²³, relacionam-se com as *provas reais fungíveis*, isto é, que podem ser substituídas por outra de mesma espécie, qualidade e quantidade.²⁴

Com efeito, em se tratando de provas reais infungíveis, a individualização que as caracteriza dispensa a comprovação da cadeia de custódia.

O detalhe digno de nota é que há uma situação particular, na qual a cadeia de custódia, em caráter excepcional, será aplicável a provas reais infungíveis: no caso das provas imateriais, ou seja, as digitais²⁵, precisamente o objeto do presente.

Como será abordado mais adiante, o modelo tecnológico proposto neste trabalho implica que todos os elementos de convicção, mesmo que não originalmente digitais (como o caso dos documentos impressos), ao serem digitalizados para inserção no sistema de gestão documental dos processos administrativos sancionadores, recebam individualização tecnológica que assegure a sua autenticidade e integridade.

15. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. NOTA TÉCNICA N° 04/2021-PGJ - CAOCrim. Documentação da Cadeia de Custódia. São Paulo, 22 jan.2021. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/notas_tecnicas/Nota%20T%-C3%A9cnica%20004-21.pdf> Acesso em: 25 Janeiro 2022.

16. LIMA, P. G. C.; ROMANELLI, L. L. A cadeia de custódia a partir da reforma do CPP: atividade probatória de segundo grau. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, 2021, p. 99.

17. DALLAGNOL e CÂMARA, op. cit., p. 530.

18. V. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução n.o 134/2011.

19. “A autenticidade significa que a fonte de prova é genuína, autêntica quanto a sua origem. A partir de um conjunto de dados individualizadores, garante-se que a coisa objeto de perícia ou simplesmente apresentada em juiz [sic] é a mesma que foi colhida e guardada e examinada. Por outro lado, a integridade é a condição de a fonte de prova que se apresenta íntegra [sic] ou inteira, não tendo sido adulterada, sofrendo diminuição ou alteração de suas características, que se mantêm as mesmas desde a sua colheita.” (BADARÓ, op. cit., p. 525).

20. *Ibid.*, p. 525.

21. “Não discordamos que devam existir indicações de que a prova é o que o proponente afirma que ela é e de que seu conteúdo foi preservado. Contudo, a avaliação dessas indicações pode e deve tomar em consideração, inclusive, a própria presunção de regularidade da evidência e de boa-fé dos agentes. Não há, como aponta PRADO, princípio da ‘desconfiança’, salvo se pretendermos subverter os princípios básicos que guiam as relações humanas.” (DALLAGNOL e CÂMARA, op. cit., p. 543)

22. “Embora a cadeia de custódia esteja normalmente ligada à prova científica e, mais especificamente, à perícia de laboratório, sua aplicação é mais ampla, estando relacionada com qualquer fonte de prova real” (BADARÓ, op. cit., p. 522).

23. DALLAGNOL e CÂMARA, op. cit., p. 534.

24. V. Código Civil, art. 85.

25. DALLAGNOL e CÂMARA, op. cit., p. 538-539.

Ou seja, independentemente da sua natureza originária, todos os elementos de convencimento serão alçados à condição de digitais, como etapa necessária à sua inserção no sistema de gestão documental (tokenização).

A preocupação com a cadeia de custódia e sua disciplina, no que diz respeito às chamadas provas digitais, tem – como marco legal – a Convenção de Budapeste sobre o Crime Cibernético (2001)²⁶, o que, como bem salienta Geraldo Prado, "é bem ilustrativo da interseção entre conceitos consagrados há séculos no direito processual penal de matriz continental europeia e novos conceitos e noções que resultam da vida *biodigital* do nosso tempo".²⁷

2.5. O Pacote Anticrime

A legislação brasileira não previa expressamente o regramento concernente à cadeia de custódia, embora possam ser apontados dispositivos do Código de Processo Penal (art. 6º, arts. 169 e 170) que indiretamente já continham regras voltadas à preservação da integridade probatória.²⁸

No curso da tramitação do PL n.º 8.045/2010²⁹, mais especificamente com a redação do Parecer do Relatório Parcial na Comissão Especial, de 04/07/2017, foi inserida a proposta de inclusão de um título para disciplinar a cadeia de custódia da prova, sob a inspiração dos códigos processuais do Chile e, especialmente, da Colômbia.

Posteriormente, com o PL n.º 10.372/2018³⁰, nos termos do Parecer do Relatório, de 02/07/2019, foi novamente incluída a previsão atinente à cadeia de custódia.

Finalmente, a Lei n.º 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, aproveitou o trabalho precedente, vindo a modificar substancialmente os Códigos Penal e de Processo Penal, tendo introduzido – no ordenamento jurídico pátrio – a menção expressa a cadeia de custódia, com a sua respectiva disciplina.

Assim, o art. 158-A do Código de Processo Penal considera, como cadeia de custódia, "o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e do-

cumentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte", cujas etapas – desde o reconhecimento até o descarte – são detalhadas no art. 158-B.

2.6. Consequências da violação ou quebra da cadeia de custódia

Convém anotar que a Lei n.º 13.964/2019 não previu expressamente a consequência jurídica para a inobservância de qualquer das etapas da cadeia de custódia ("break on the chain of custody").

Há, pois, significativo dissenso doutrinário, podendo-se reconhecer, basicamente, duas vertentes: por uma, a violação da cadeia de custódia implicaria a sua ilicitude, acarretando a inadmissibilidade ou exclusão dos autos, assim como das provas decorrentes (Renato Brasileiro de Lima, Geraldo Prado, e Aury Lopes Júnior); por outra, o rompimento da cadeia de custódia não afetaria a admissibilidade e validade processual, mas a sua valoração probatória, isto é, o seu peso na formação de convencimento do julgador (Deltan Dallagnol e Juliana Câmara, e Gustavo Badaró).

Deltan Dallagnol e Juliana Câmara³¹ alertam para o risco de mera transposição do instituto do direito norte-americano para o brasileiro, sem atentar para as particularidades de cada um dos sistemas jurídicos.

Isso porque, nos Estados Unidos, a prova da cadeia de custódia é uma das formas de autenticação da prova (o que não impede que o fim seja atingido por outro meio de autenticação), no momento da sua admissibilidade pelo magistrado, para posterior julgamento pelo júri, ao passo que, no Brasil, o juiz de direito é também o julgador (com exceção dos crimes dolosos contra a vida), razão pela qual eventual deficiência da cadeia de custódia repercutiria no peso valorativo a ser atribuído à prova.

No plano jurisprudencial pátrio, é importante mencionar a modificação de entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no âmbito da 6ª Turma, que se posicionou no HC n.º 160.662/RJ³² em

26. Aprovado pelo Brasil mediante Decreto Legislativo n.º 37/2021, ainda aguardando a Ratificação.

27. PRADO, 2021.

28. BADARÓ, *op. cit.*, p. 526.

29. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> Acesso em: 02 Fevereiro 2022

30. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>> Acesso em: 02 Fevereiro 2022

31. DALLAGNOL e CÂMARA, *op. cit.*, p. 564-565.

32. 6ª Turma, j. 18/02/2014.

2014 num sentido (ilicitude), tendo-o revisto por ocasião do HC n.o 653.515/RJ³³ e do AgRg no RHC n.o 147.885/SP³⁴, em 2021 (valoração probatória).

De todo modo, ressaí bastante clara a necessidade de prevenir a ocorrência de situações que prejudiquem a higidez da cadeia de custódia da prova³⁵, afinal, ainda que não acarrete o seu descarte, a minoração da força probatória já é consequência claramente indesejável para a sociedade.

2.7. Cadeia de custódia das provas digitais

Não obstante a sua recentidade, é certo que a Lei n.o 13.964/2019 não trouxe qualquer especificação no que diz respeito à cadeia de custódia referente às provas digitais.

Argumenta-se que não caberia ao legislador exaurir o regramento desses elementos eletrônicos, tendo em vista o constante avanço científico-tecnológico que os caracteriza.

No plano infralegal, são duas as principais fontes normativas que se propõem ao estabelecimento de padrões aplicáveis às provas digitais: a ABNT ISO/IEC 27027:2013, da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT/Organização Internacional de Normatização – ISO, e a RFC 3227/2002, da International Engineering Task Force – IETF.

2.8. Cadeia de custódia: Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador

É verdade que muito ainda se discute a conceituação do Direito Administrativo Sancionador, e a sua relação com o Administrativo e o Penal.

Fábio Medina Osório³⁶ advoga a autonomia do Direito Administrativo Sancionador em relação a esses ramos jurídicos:

A consolidação do Direito Administrativo Sancionador – seu regime jurídico – passa por uma visão jurisprudencialista, na medida em que resulta da jurisprudência dos Tribunais Superiores, à luz da segurança jurídica, o conjunto de balizamentos e contornos dos direitos fundamentais tutelados por esse ramo jurídico.

"Pode-se sustentar, também, que o Direito Administrativo Sancionador, conquanto tenha raízes mais diretas no Direito Administrativo, ostenta profunda interface com

o Direito Penal e o Direito Constitucional, além de impactar sobremaneira o Direito Processual Público, vale dizer, o novo Direito Processual Punitivo. Desse modo, inegavelmente estamos diante de um novo ramo jurídico no Brasil, cuja autonomia científica há de ser reconhecida, como forma de assegurar-lhe evolução crítica e constante, e cuja absorção pelas Universidades é medida que se impõe de forma urgente."

Nessa linha, o autor³⁷ vislumbra, no Direito Administrativo Sancionador, a confluência do Direito Administrativo com o Direito Penal, em razão do caráter punitivo dos respectivos ilícitos:

Em nossa ótica, no lugar de conectar a sanção à atividade da Administração Pública, com exclusividade, é necessário conjugar tal instituto com o Direito Administrativo em sua vertente disciplinadora do poder punitivo estatal, o que implica as já mencionadas interfaces com o Direito Penal. Assim, à ideia de ilícito, disciplinado pelo Direito Administrativo, associa-se a sanção.¹"

Justen Filho³⁸, perfilhando a visão de Odete Medauaur e Vitor Schirato, preleciona acerca do regime jurídico das sanções administrativas:

"As sanções administrativas representam configuração próxima às sanções de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante.¹⁴ Os princípios fundamentais de direito penal vêm sendo aplicados no âmbito do direito administrativo repressivo. Lúcia Valle Figueiredo afirmava que os procedimentos sancionatórios caracterizam-se precisamente pela aplicação dos princípios do processo penal.¹⁵ Isso propicia inúmeras decorrências."

A discussão não tem feição meramente epistemológica. Antes, tem importância fundamental para determinar o cabimento e a extensão da aplicabilidade de normas penais materiais e processuais (princípios e regras, incluídos os relativos às garantias) aos processos administrativos (com destaque para o Processo Administrativo Disciplinar e o Processo de Apuração de Responsabilidade).

33. 6ª Turma, j. 23/11/2021.

34. 6ª Turma, j. 07/12/2021.

35. STJ HC n.o 653515 / RJ (2021/0083108-7).

36. OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 27.

37. *Ibid.*, p. 89.

38. JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 591.

Ainda Justen Filho³⁹, a respeito das garantias na aplicação das sanções administrativas:

“A incidência do regime penalístico produz necessariamente a extensão dos princípios processuais pertinentes no tocante à aplicação das sanções administrativas. O sancionamento tem de ser produzido segundo rigoroso processo administrativo, no qual se adotarão garantias de extrema relevância em prol do acusado.”

As divergências de posicionamento concentram-se majoritariamente na definição do alcance da aplicabilidade, podendo-se afirmar que é consensual o reconhecimento da similitude entre ambas as áreas jurídicas.

A questão seria, pois, *em qual medida* os ditames do Direito Penal podem ser integralmente transpostos ao Direito Administrativo Sancionador, sob pena de extrapolar a semelhança para a equivalência, desnaturando este último.

Em outras palavras, reconhecendo que são numerosos os pontos de convergência entre essas instâncias jurídicas, caberia, pois, investigar quais seriam as especificidades de um e de outro, as divergências – o que extrapolaria o foco deste estudo.

Ora, se a observância da cadeia de custódia dimana dos princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, e uma vez que tais princípios de natureza penal, em maior ou menor extensão, são aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador, erige-se a necessidade de observância dos procedimentos que assegurem a autenticidade e integridade das provas – incluídas as digitais.

Com efeito, estabelecida, *quando menos*, a semelhança entre a atividade probatória administrativa e a penal, interessa mais propriamente passar à importância da adoção de uma cadeia de custódia das provas digitais para uso no Direito Administrativo Sancionador, como fator assegurador da higidez da prova.

Enfatize-se que, no tocante à cadeia de custódia das provas digitais, a exigência de assegurar, no Direito Administrativo, a incolumidade da prova não difere em nada do cabível ao Direito Penal ou a qualquer outro ramo jurídico, pois os requisitos não advêm de normas jurídicas, mas da própria matriz tecnológica que condiciona a documentação da cadeia de custódia.

Urge, pois, desenvolver e adotar um sistema tecnológico que proporcione rastrear, com segurança, a identificação dos agentes que tiveram contato com

determinada prova digital, assegurando a sua autenticidade e integridade ao longo de todas as etapas. Como exemplo, pense-se no conteúdo de um disco rígido, um *pendrive*, um *smartphone*.

Ora, nesses casos, como bem ilustra Geraldo Prado⁴⁰, a preservação da cadeia de custódia demandará ir além do procedimento para as provas convencionais, exigindo adicionalmente a adoção de cuidados e procedimentos tecnológicos:

"Com isso, por exemplo, a apreensão de computadores por si só não garante integridade da informação e autenticidade da fonte de prova, estas sujeitas a adoção de métodos que consideram algoritmos criptografados destinados a reter e preservar os dados (cópias espelho e lógica e cálculo da função HASH).²³ Adiante estas técnicas serão mencionadas.

Acrescentem-se ao arsenal investigativo as tecnologias de acesso remoto e o domínio ou não, pelas autoridades de investigação, das chaves de acesso aos repositórios de dados e se compreenderá a imperatividade atribuída à adoção de métodos de preservação da cadeia de custódia da prova digital em guias e roteiros de investigação digital."⁴¹

3. APLICAÇÃO DE TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS COMO FORMA DE GARANTIR A GUARDA E INTEGRIDADE DA CADEIA DE CUSTÓDIA DE PROVAS DIGITAIS

No século XXI, não se pode imaginar a troca de dados e informações sem a utilização de fontes eletrônicas, por consequência, tal aspecto reverberou nos meios utilizados para a prática de delitos e, por óbvio, nas formas de obtenção das provas (SOBRINHA, 2021, p. 7)

A problemática ganha forma quando se questionam os procedimentos utilizados durante a cadeia de custódia da prova digital, a fim de verificar a idoneidade do material coletado ou gerado.

A tecnologia *blockchain* é apontada por muitos especialistas como a protagonista da próxima revolução nos negócios digitais pelo seu grande potencial disruptivo. Tal como aconteceu na emergência da Internet nos anos 90, que transformou de forma profunda e definitiva a sociedade, existem grandes expectativas de que a *blockchain* seja a inovação tecno-

39. Ibid., p. 597.

40. PRADO, 2021.

41. Ibid.

lógica que mais estimulará mudanças nos ambientes de negócio e em serviços prestados em diversos setores da economia (CERNEV e DINIZ, 2019, p. 1)

Esta tecnologia, é considerada uma tecnologia de propósito geral (*General Purpose Technology*), e como tal, tende a transformar diversos modelos de negócio, inclusive a Internet.

A Internet que usamos hoje é apátrida, o que significa que os usuários não podem manter seu estado e transferi-lo nativamente. Quando o Bitcoin foi lançado, ele trouxe a blockchain, permitindo-nos manter o estado digital e nativamente. Aqueles que usam o ecossistema *blockchain* começaram a se referir a essa capacidade como Web3 e, embora ainda seja relativamente novo, já estamos começando a ver como ele pode nos beneficiar.

Como nos diz Anderson⁴², a camada de estado é responsável por preservar o estado de tudo o que acontece abaixo dela. Somente a infraestrutura *blockchain* fornece esta camada e todos os usuários podem participar desde que cumpram as regras. Isto a torna uma rede de sucesso que fornece uma infraestrutura padrão, confiável e muito assemelhada aos DNS de hoje.

Feita a introdução quanto à solidez da infraestrutura blockchain, cabe-nos agora apresentar suas principais propriedades que evidenciam sua aplicabilidade ao desenho de nosso modelo proposto:

- Armazenamento distribuído baseado em blocos (*Distributed Ledger Technology*);
- Identidade digital única, através de criptografia de cada bloco, o hash. O hash tem algumas propriedades fundamentais: capacidade de ocultar o conteúdo original, resistência às colisões (o que torna inviável a geração de hashes idênticos a partir de diferentes conteúdos de entrada) e garantia de imutabilidade dos dados de um bloco a partir de seu registro. Ele cria uma identidade digital única;
- Protocolo de consenso que assegura a confiança do *ledger*⁴³ distribuído da rede sem a necessidade de uma autoridade central. Nas modalidades permissionada e híbrida pode haver autoridade central, o que traz benefícios em termos de desempenho e flexibilidade.

Em se tratando de um estudo sistêmico cujo principal foco está na segurança jurídica do tratamento de provas digitais, vamos nos abster de detalhes muito específicos de tecnologia, apenas apre-

sentando seus principais conceitos, que deverão ser aprofundados, desde que aplicáveis, por ocasião da apresentação das opções a serem adotadas.

3.1. A tecnologia Blockchain

Entre a euforia inicial de qualquer tecnologia emergente, como Blockchain, e sua maturação, com o sucesso de aplicação em diversos casos de uso, temos um gap normal de 15 anos.

Se considerarmos que o *White Paper* do Bitcoin foi publicado em 2008 por Satoshi Nakamoto, podemos considerar a tecnologia *blockchain* tendo atingindo somente agora o nível de maturidade como tecnologia de núcleo.

Ao focarmos no conjunto de padrões oferecidos e que asseguram rastreabilidade, armazenamento distribuído, integridade, não-repúdio, confiança, escalabilidade e a possibilidade de integração com sistemas maiores, entende-se o porquê deste protocolo ser considerado o núcleo da Web3.

3.1.1. Conceitos

Os conceitos da tecnologia, relacionados aos propósitos de nosso trabalho, são:

Conceito 1 (*Blockchain*): uma *blockchain* é um livro-razão distribuído que está estruturado em uma lista de blocos vinculados. Cada bloco contém um conjunto ordenado de transações. Soluções típicas usam *hashes* criptográficos para proteger o link de um bloco em relação ao seu antecessor, de forma que, se um bloco for alterado, como o seu *hash* original é utilizado no bloco sucessor, fica caracterizada uma quebra de integridade (XU, WEBER e STAPLES, 2019, p. 5)

Conceito 2 (*Blockchain Platform*): uma plataforma *blockchain* é a combinação de todos estes fatores: maneira distribuída e transparente de registrar dados, construção de confiança, interação direta (em tempo real) (REVOREDO, 2019, p. 34), característica de tecnologia de núcleo que potencializa sua integração com as demais tecnologias.

Conceito 3 (Registro e Guarda de Dados Direitos Digitais e Gerenciamento de IP). Uma *blockchain* pode fornecer um registro confiável de ativos de mídia ou outra propriedade intelectual e pode fornecer a capacidade de gerenciar, delegar ou transferir informações de acesso e direitos para diversos tipos de ativos. Observe-se que as mídias não são necessariamente armazenadas na *blockchain* em si. Em

42. ANDERSON, A. WEB3: Decentralized web the complet guide. (p. 13). Edição do Kindle.

43. *Ledger* é o conceito de livro-razão, onde um conjunto de contas tem suas transações gravadas. Na tecnologia *blockchain* temos um conjunto de transações gravadas em blocos e o protocolo de consenso assegura a fidedignidade das informações.

vez disso, *hashes* criptográficos, metadados e outros identificadores armazenados na *blockchain* podem ser integrados com tecnologias de armazenamento e comunicação fora da cadeia em massa.

Conceito 4 (*Consensus Protocol*): a escolha do protocolo de consenso impacta a segurança e a escalabilidade. Uma vez que um novo bloco é gerado por um minerador, o minerador propaga o bloco para seus pares conectados na rede *blockchain*. No entanto, os mineradores podem encontrar diferentes blocos concorrentes e resolver isso usando os mecanismos de consenso da *blockchain*. Normalmente, a abordagem é fixada para uma *blockchain* específica; mas o *Hyperledger Fabric*⁴⁴ desvia-se dessa norma, como uma estrutura com uma arquitetura modular que atende a implementações plugáveis de vários protocolos de consenso. Nas *Blockchains* privadas ou permissionadas isto pode ser resolvido mais facilmente.

Conceito 5 (*Hash*): um *hash* é uma função que atende às demandas criptografadas necessárias para resolver uma computação *blockchain*. Os *hashes* têm um comprimento fixo, pois torna quase impossível adivinhar o comprimento do hash se alguém estiver tentando quebrar a *blockchain*. Os mesmos dados sempre produzirão o mesmo valor de *hash*. Uma função *hash* é um algoritmo matemático que pode usar qualquer tipo de entrada, como uma *string*, um arquivo de texto, ou um arquivo de imagem, e traduzi-lo para uma *string* de saída de tamanho fixo chamado *hash*. É uma função unidirecional, o que significa que a única maneira de recriar os dados de entrada originais (mensagem) do *hash* é tentar todas as variações possíveis para ver se elas produzem uma correspondência. O que só é possível utilizando-se os dados originais.

3.1.2. Análise de Dilema (Trade-off⁴⁵)

Como em qualquer *software*, existem *trade-offs* entre os requisitos não funcionais nos sistemas baseados em uma tecnologia específica, como é o caso da tecnologia *blockchain*. Algumas decisões afetam principalmente a escalabilidade (como tamanho de bloco e frequência), segurança (como o protocolo de consenso), eficiência/custo (como o tipo de *blockchain*), ou performance (como estrutura de dados) (XU, WEBER e STAPLES, 2019, p. 105). Segundo esses

autores, as decisões de design que melhoram a performance de um atributo de qualidade, podem ter impacto em outros.

São exemplos disso:

a) Criptografar os dados antes de armazená-los numa *blockchain* podem aumentar a confidencialidade, porém vão reduzir a performance, e podem comprometer a transparência ou auditabilidade;

b) Armazenar somente um hash dos dados *on-chain* e guardando o conteúdo *off-chain* pode melhorar a confidencialidade e a performance, porém, em parte minam os benefícios de confiança distribuída da *blockchain*. Isto pode criar um “single point” de falha reduzindo a disponibilidade e autenticidade;

c) Utilizar uma *blockchain* permissionada em vez de uma *blockchain* pública pode permitir um grande controle na admissão dos nodos de processamento e transações no sistema, mas podem aumentar as barreiras de entrada para novos participantes e com isso reduzir os benefícios da *blockchain* como instrumento de consenso entre partes não confiáveis.

d) Uma prática comum é armazenar dados *hashed*, metadados e alguns dados públicos de pequeno porte na cadeia e manter dados grandes ou privados fora da cadeia. Devido ao tamanho limitado da capacidade dos blocos de dados, fornecida pela *blockchain*, um armazenamento de dados fora da cadeia é necessário para alguns aplicativos, como é o caso das provas de vídeo, normalmente de grande tamanho. A seguir, a partir da adoção desta tecnologia de núcleo passa-se a estabelecer os padrões de design a serem aplicados. Mais uma vez temos um dilema, pois resolvido o problema do tamanho do arquivo deve-se preocupar com a segurança do conteúdo *off-chain*.

Para a solução dessas questões, além de um profundo conhecimento da solução e seus requisitos, podemos nos socorrer dos Padrões de Design da tecnologia em questão. Esta análise faremos no próximo tópico.

44. O *Hyperledger Fabric*, um projeto de software livre da *Linux Foundation*, é a estrutura de *blockchain* modular e o padrão dominante para plataformas de *blockchain* empresariais.

45. *Trade-off* é uma situação em que você decide entre duas situações opostas. O *trade-off* é o nome que se dá a uma decisão que consiste na escolha de uma opção em detrimento de outra. Para se tratar de um *trade-off*, o indivíduo deve, necessariamente, deixar de lado alguma opção em sua escolha.

3.1.3. Padrões de Design motivadores no desenho de nosso modelo

Em engenharia de *software*, um padrão de design é uma solução reusável para um problema que comumente ocorre dentro de um dado contexto durante o design do *software*.

Um padrão de design define restrições que estabelecem limites aos papéis de elementos arquitetônicos (processamento, conectores e dados) e a interação entre estes elementos.

Em relação à tecnologia *Blockchain*, podemos ter coleções de padrões relativas a: interações com o mundo externo, gerenciamento de dados, segurança e estrutura de Smart Contracts.

Vamos abordar somente os padrões destes domínios que possam impactar, se utilizados, a integração da tecnologia *blockchain* como interface da cadeia de custódia de provas digitais a uma solução monolítica existente.

No caso de combinarmos armazenamento *on-chain* e *off-chain*, as funções *hash*, identidades digitais dos blocos, são funções unidirecionais fáceis de calcular, mas difíceis de inverter. Mesmo uma pequena alteração de dados no arquivo original mudaria radicalmente o valor de *hash* do bloco correspondente. O *hash* é uma maneira de verificação garantidora da integridade dos dados brutos armazenados fora da cadeia (XU, WEBER e STAPLES, 2019, p. 127). O valor de *hash* registrado imutavelmente em um bloco garante a integridade das transações registradas nesse bloco, bem como dos metadados e informações relativas aos dados brutos originais dos quais o *hash* foi derivado. Isto é importante em relação ao objeto de nosso estudo.

É necessário, portanto, quanto ao armazenamento *off-chain*, adotar mecanismos de segurança em relação a guarda dos dados, uma vez que os dados brutos podem sofrer alteração, apesar de que essa alteração será detectada via *hash* do bloco que armazena sua identidade.

Uma das opções estudadas em nosso modelo é o armazenamento das provas (dados brutos) na camada de dados do sistema existente, havendo a integração com a adoção de uma *blockchain* privada integrada na camada de aplicação, que armazenará os hashes das provas digitais, assegurando-lhes a fidedignidade e imutabilidade e estando integrado ao sistema existente.

Quanto a guarda compartilhada de dados, deve-se analisar soluções específicas que estabeleçam, para o processo de armazenamento *off-chain*, mecanismos de segurança e replicação em rede para pre-

venir os acessos não autorizados, mesmo que a imutabilidade do *hash* assegure a segurança da cadeia de custódia quanto às violações, através da identidade digital única. Em se tratando de uma solução de *blockchain* privado a utilização de servidores autorizados pelo órgão central ou até armazenamento em nuvem e *blockchain* as a service podem ser opções seguras.

Quando falamos de provas digitais, estamos falando de ativos, quer sejam eles documentos ou dispositivos eletrônicos. Deve-se também considerar toda a movimentação dos dispositivos digitais registrando-a em transação específica.

A seguir, detalha-se o modelo conceitual de utilização da tecnologia *blockchain* integrada a sistemas de guarda de evidências digitais como forma de garantir a cadeia de custódia dessas evidências.

Uma proposta a ser considerada, e que abordaremos na conclusão deste artigo, é a integração de soluções inovadoras ao sistema existente, num processo de inovação aberta.

4. MODELO PROPOSTO DE CADEIA DE CUSTÓDIA DE PROVAS DIGITAIS

Inicialmente cabe aqui a distinção entre potencial prova digital adquirida e dispositivo digital coletado.

Em nosso artigo, trabalhamos com o conceito de prova digital coletada no âmbito do Direito Administrativo Sancionador e cujo armazenamento se dá na Matriz de Responsabilização do Sistema ePAD, desenvolvido pela Corregedoria-Geral da União (CRG), da Controladoria-Geral da União (CGU), cujo uso é obrigatório para o gerenciamento da atividade correcional dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal (PEF)⁴⁶.

No caso de dispositivos digitais - como computadores e *smartphones* - o acondicionamento em meio físico é importante, e, apesar de fugir do escopo original de nosso trabalho, que é centrado em arquivos digitais, a garantia de preservação da cadeia de custódia pode ser assegurada através da rastreabilidade de seu ciclo de vida desde a coleta.

A espoliação de dispositivos digitais pode resultar de uma degradação magnética, degradação elétrica, temperatura elevada, exposição à alta ou baixa umidade, bem como choques e vibrações.

Se controlarmos através de transação específica com registro na *blockchain* todas as movimentações dos dispositivos digitais requeridos como prova,

46. V. Portaria CGU/CRG nº 2.463/2020.

ao estabelecer o rastreamento de suas movimentações e utilização, podemos determinar os possíveis pontos de espoliação.

Em relação aos requisitos de negócio, a abordagem de prova digital nos parece a mais adequada, principalmente ao se analisar a própria semântica do termo digital agregado, o que – como já exposto – induz a duas acepções de compreensão.

Uma primeira, segundo a qual a prova digital pode ser entendida como a demonstração de um fato ocorrido nos meios digitais, isto é, um fato que tenha como suporte a utilização de um meio digital. E, uma segunda, em que, embora o fato em si não tenha ocorrido em meio digital, a demonstração de sua ocorrência pode se dar por meios digitais (TAMMAY e MAURICIO, 2020, p. 32).

A seguir, deve-se considerar o tratamento de provas digitais desde o momento em que elas são coletadas até o momento em que sejam apresentadas como tais em processos jurídicos.

Durante o ciclo de vida de uma prova digital, várias pessoas lidam com elas e, dadas as novas tecnologias de edição, há a possibilidade de que possam ser adulteradas, perdendo a fidedignidade como prova.

Assim, para garantir a resistência à adulteração, é importante que a integridade, a imutabilidade, a autenticidade e a segurança sejam mantidas.

Nesse caso, a segurança conferida pelas características da tecnologia *blockchain* integrada à camada de aplicação do sistema é a mais adequada.

Uma solução de arquitetura de *software* sempre consistiu em três camadas: 1) a camada de interface do usuário, apresentação ou ainda *frontend*; 2) a camada de aplicação (onde os dados são processados); e 3) a camada de dados, onde os dados são armazenados.

O modelo que apresentamos a seguir segue a linha de arquitetura em camadas; no entanto, em se tratando de um modelo que busca integração de componentes e oferecimento de escalabilidade, considera-se a adoção de microsserviços com a adoção de APIs⁴⁷ na camada de aplicação, micro *frontends* na camada de interface do usuário e armazenamento distribuído (P2P) ou em nuvem na camada de dados, flexibilizando esta integração com qualquer tipo de arquitetura.

Do ponto de vista negocial, como estamos baseando nosso modelo em um caso de uso onde haverá a integração com um sistema existente de gestão

do fluxo de trabalho dos procedimentos do Direito Administrativo Sancionador, com componentes de tecnologia já consolidados – como é o caso da tecnologia *Blockchain*, vamos apresentar conceitualmente a estrutura de nosso *framework*, citando a opção que entendemos mais adequada a flexibilização da guarda de dados e confiabilidade quanto a imutabilidade da prova considerando opções disponíveis no mercado:

1. **Camada de Interface do Usuário.** Vai estabelecer o acesso e operação dos ambientes integrados das camadas de aplicação e de dados. A arquitetura de micro *frontends* pode ser adotada como modelo. Ela é, basicamente, uma extensão do estilo de arquitetura de *microservices* e visa a aplicar os mesmos princípios desta arquitetura à camada de interface do usuário, para obter as vantagens de interoperabilidade (AJAY, 2020, p. 39). Como a estrutura atual é monolítica, é importante considerarmos soluções de fácil integração. Até porque a integração proposta vai agregar componentes às demais camadas (camadas de aplicação e de dados). No caso específico das transações de registro e movimentação das provas digitais pode-se adotar este conceito objetivando facilitar a implementação.
2. **Camada de Aplicação.** Baseada na *Web*, no caso, tem como núcleo a já existente camada de aplicação do sistema de gestão do fluxo de trabalho do processo eletrônico (sistema ePAD da CGU), a evidência digital cujo upload foi realizado para a camada de dados do sistema (*off chain*) terá a transação registrada na rede *blockchain* permissioada. O registro da transação na *blockchain* (*on chain*) vai cumprir todos os requisitos de garantia da imutabilidade e integridade da prova armazenada. Além disso a auditabilidade e rastreabilidade são asseguradas pela própria característica de *ledger* da *blockchain*. A implementação desta solução pode se dar através de um API (Interface de Programação de Aplicações) que é a implementação do conceito de microsserviço, garantindo a escalabilidade no sentido de permitir a integração com a camada de dados em nuvem ou *on-premises*⁴⁸. A solução permite também a criação de transações registradas na *blockchain* do dispositivo eletrônico, cuja custódia também deve ser pre-

47. API - Interface de Programação de Aplicação - cuja sigla API provém do Inglês *Application Programming Interface*, é um conjunto de rotinas e padrões estabelecidos por um *software* para a utilização das suas funcionalidades por aplicativos que não pretendem envolver-se em detalhes da implementação do *software*, mas apenas usar seus serviços.

48. Um servidor *on-premise* é aquele em que a própria empresa tem a responsabilidade de processar suas aplicações de *hardware* e *software*. Em outras palavras, toda a infraestrutura, customização, configuração e atualização é feita internamente.

servada, a fim de manter a sua idoneidade contra o espoliamento.

3. **Camada de dados (*off-chain*)**. Suporta o meio de armazenamento confiável dos dados do sistema e das provas digitais, podendo utilizar tecnologia de nuvem ou on-premise, como já comentamos, pois são aderentes ao sistema existente. Toda evidência gravada nesta camada vai ter sua identidade digital única assegurada através da incorporação de código *hash* gravado na camada de aplicação garantindo o requisito de imutabilidade.

A implementação do modelo proposto considera a possibilidade de aproveitamento de componentes *blockchain* e outros recursos tecnológicos já implementados em casos de uso específicos, inclusive relacionados com Cadeia de Custódia, integrando-os ao sistema existente. Neste contexto, a *blockchain* vai executar a etapa de preservação (integridade depois da coleta). A flexibilidade de utilização de multiplataformas no armazenamento permite, se desejável, o compartilhamento da guarda dos dados, uma vez feita a associação do local de guarda por ocasião do cadastro da corregedoria, isto no caso do ePAD.

O Sistema ePAD é um sistema de gestão do fluxo de trabalho dos procedimentos disciplinares. A sua concepção é revolucionária, pois caminha para a criação de uma inteligência processual no Direito Administrativo Sancionador. O sistema é oferecido sem ônus a todos os órgãos que atuam diretamente com Direito Disciplinar - o que, além de promover uma economia gigantesca, evitando desenvolvimentos redundantes, vem criando uma linguagem comum entre as diversas esferas do poder. Ao mesmo tempo é importante pilar como ferramenta no combate à corrupção.

Verifica-se, no entanto, que a incorporação de funcionalidades suportadas por tecnologias de ponta vai oferecer um upgrade enorme aos operadores do Direito Administrativo, além de promover uma maior segurança jurídica. Um dos objetivos desta evolução é permitir sua transformação em Processo Eletrônico Correccional. Dando total autonomia à solução. Neste contexto nosso modelo foi concebido.

Em se tratando de um artigo acadêmico, procuramos focar nos aspectos mais conceituais, tanto do direito como da tecnologia.

A gama de produtos já existentes é profícua em diversos tipos de soluções, que, através de integração, podem resolver de forma definitiva algumas carências do sistema. Um exemplo disso é a incorporação da assinatura eletrônica.

5. CONCLUSÃO

No que diz respeito à primeira das hipóteses formuladas, consideramos que a adoção da Norma ISO/IEC 27027:2013 como guia foi adequada. Além de se tratar de um normativo consolidado internacionalmente, aborda todo o ciclo de vida de uma prova digital, até mesmo estabelecendo os princípios relativos.

Os principais componentes de identificação, coleta e aquisição da prova digital segundo a norma são: cadeia de custódia, precauções no local do incidente, papéis e responsabilidades, competência, utilização de cuidado razoável, documentação, instruções, priorização da coleta e aquisição e preservação da potencial evidência digital.

Do ponto de vista do modelo proposto, os componentes que estão relacionados com a solução tecnológica proposta (cadeia de custódia, papéis e responsabilidades, competência, utilização de cuidado razoável e preservação da potencial evidência digital) estão plenamente atendidos.

Quanto à segunda hipótese, relativa ao modelo tecnológico, também se entende que os objetivos foram atendidos, pois se abordou tecnicamente uma tecnologia de núcleo disruptiva, cujas características são de garantia da imutabilidade, autenticidade e preservação da custódia através de procedimentos criptográficos.

Importante ressaltar que as opções tecnológicas oferecidas pelo mercado vão desde soluções proprietárias em desenvolvimento, soluções *open source* já disponíveis, até soluções oferecidas como serviço, como *Cloud as a Service* ou *blockchain as a Service*. Uma das soluções estudadas e que muito contribuiu na construção do modelo foi a *GoFabric*⁴⁹, que facilita a criação, expansão e a governança de redes *blockchains* escaláveis.

Algumas ideias aqui apresentadas estão sendo objeto de estudo aprofundado por grupo técnico da Controladoria-Geral da União no processo de desenvolvimento mediante Inovação Aberta em acordo firmado com a Escola Nacional de Administração Pública (Enap), objetivando o aperfeiçoamento do Processo Eletrônico Correccional.

Novas linhas de pesquisa devem derivar deste artigo. O tema cadeia de custódia de provas digitais tem sido objeto de estudos em diversos ramos do Direito, uma vez que a tecnologia digital se incorporou de vez ao mundo jurídico.

49. A plataforma *GoFabric* tem como objetivo principal orquestrar uma rede *blockchain* permissionada baseada na tecnologia *Hyperledger Fabric*. É um produto desenvolvido pela Startup Brasileira *GoLedger*.

REFERÊNCIAS

- AJAY, K. **Micro Frontends Architecture**. [S.l.]: [s.n.], 2020.
- ANDERSON, A. **WEB3: Decentralized web the complet guide**. [S.l.]: Edição do Kindle, 2021.
- AP.PETRONI, B. C.; GONÇALVES, R. F. Smart Contracts baseados em *blockchain* na cadeia de custódia: uma proposta de arquitetura. **ICOFCS**, 2018.
- BADARÓ, G. H. R. I. A Cadeia de Custódia e sua Relevância para a Prova Penal. In: SIDI, R.; LOPES, A. B. (Orgs.). **Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 517-538.
- BRASILEIRO DE LIMA, R. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.
- CERNEV, A.; DINIZ, E. Blockchain: a nova revolução tecnológica nos serviços. In: TIGRE, P.; PINHEIRO, A. **Inovação Em Serviços na Economia Do Compartilhamento**. São Paulo: Saraiva, 2019.
- DALLAGNOL, D. M. **As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- DALLAGNOL, D. M.; CÂMARA, J. D. A. S. R. A cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, D. D. R.; QUEIROZ, R. P. D. (Org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 529-566.
- FALEIROS JUNIOR, J. L. D. M. **Administração Pública Digital**. Indaiatuba: [s.n.], 2020. ISBN São Paulo.
- JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- KUNTZ, J. **Blockchain Ethereum - Fundamentos de arquitetura, desenvolvimento de contratos e aplicações**. São Paulo: Alura - Casa do Código, 2021.
- LIMA, P. G. C.; ROMANELLI, L. L. A cadeia de custódia a partir da reforma do CPP: atividade probatória de segundo grau. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, 2021. 65-102.
- LOPES JR., A.; DA ROSA, A. D. M. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal., 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acesso em: 22 Abril 2022.
- OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- PRADO, G. L. M. Ainda sobre a "quebra da cadeia de custódia das provas". **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, 262, Setembro 2014. 16-17.
- PRADO, G. L. M. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- PRADO, G. L. M. Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital., 2021. Disponível em: <<https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital/>>. Acesso em: 15 Abril 2022.
- RAMAMURTHY, B. **Blockchain in Action**. Shelter Iland,NY: Manning Publications, 2020.
- REVOREDO, T. **Blockchain - Tudo o que precisa saber**. [S.l.]: Amazon, 2019.
- SHWAB, K. **A Quarta Reolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.
- SOBRINHA, M. Q. D. L. **CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS DIGITAIS: A PERÍCIA TÉCNICA COMO INSTRUMENTO DAS GARANTIAS**. São Cristóvão. 2021.
- SOMMERVILLE, I. **Engenharia de Software**. São Paulo: Pearson, 2018.
- TAMMAY, R.; MAURICIO, T. **Provas no Direito Digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas em espécie**. São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2020.
- TOURINHO FILHO, F. D. C. **Manual de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VOSHMIGIR, S. **Economia dos Tokens: Como a web3 está reinventando a internet e a relação entre os agentes econômicos**. Berlin: Token Kitchen, 2021.
- WAN, C. Beijing sets up special fund as part of plan to become a *blockchain* hub by 2022. **The Block**, 30 Junho 2020. Disponível em: <<https://www.theblockcrypto.com/linked/69981/beijing-fund-blockchain-2022>>.
- XU, X.; WEBER, I.; STAPLES, M. **Architecture for blockchain Applications**. Cham, Switzerland: Springer, 2019.

A regulação de criptomoedas como instrumento de prevenção à lavagem de dinheiro

The regulation of cryptocurrency as a instrument to prevent money laundering

Fábio Luiz de Moraes¹ e Rondinelli Melo Alcântara Falcão²

Resumo: Este artigo tem por objetivo estudar a regulação de criptomoedas como instrumento de prevenção à lavagem de dinheiro, no Brasil e no mundo. Com esse enfoque, verificou-se que a regulação preventiva das criptomoedas, em linha com a regulação mundial, em particular a aplicação de leis tributárias e leis de combate à lavagem de dinheiro e contra o financiamento de terrorismo, poderá: (i) inibir e prevenir fraudes e lavagem de dinheiro com criptomoedas; (ii) favorecer a investigação e responsabilização de agentes públicos e empresas; (iii) garantir padrões de integridade e de proteção do consumidor nas operações com criptomoedas; (iv) impulsionar o mercado, além de dar mais segurança jurídica aos investidores; e (v) se valer da tecnologia *blockchain* como instrumento de combate à lavagem de dinheiro.

Palavras-chave: Criptomoeda. Lavagem de dinheiro. Regulação.

Abstract: This article aims to study the regulation of cryptocurrencies as an instrument to prevent money laundering, in Brazil and in the world. With this approach, it was found that the preventive regulation of cryptocurrencies, in line with global regulation, in particular the application of tax laws and anti-money laundering and anti-terrorist financing laws, could: (i) inhibit and prevent fraud and money laundering with cryptocurrencies; (ii) to favor investigation and accountability of public agents and companies; (iii) ensure integrity and consumer protection standards in cryptocurrency transactions; (iv) boosting the market, in addition to providing more legal certainty to investors; and (v) use *blockchain* technology as a tool to combat money laundering.

Keywords: Cryptocurrency. Money laundering. Regulation.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo estudar a regulação de criptomoedas como instrumento de prevenção à lavagem de dinheiro.

Dentro dessa perspectiva, pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: Qual é a relevância da regulação de criptomoedas para inibir a lavagem de dinheiro?

Nesse sentido, sabe-se que as chamadas “moedas virtuais” ganham cada vez mais destaque nas operações financeiras atuais. Assim, a relevância da pesquisa, dentro do campo do Direito Sancionador,

situa-se na necessidade de inibir e ficar atento aos usos sofisticados de lavagem de dinheiro, evitando o cometimento de ilícitos por criminosos, fraudadores e pessoas que lavam dinheiro para realizar suas operações ilegais utilizando-se de criptomoedas, os quais estão buscando ficar fora do radar dos órgãos de controle: Receita Federal, Banco Central, CVM, CGU, TCU e MPF.

Outrossim, há uma preocupação crescente com os efeitos das transações realizadas por meio desses instrumentos. Inclusive, o assunto mereceu um re-

1. Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União – CGU, desde 2012. Lotado na CISEP/DIRAP/CRG. Formação em engenharia mecânica e Direito; fabio.morais@cgu.gov.br.

2. Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União – CGU, desde 2014. Lotado na CGU-Regional/AL. Formação em Direito. Pós Graduado em Direito Público; rondinelli.falcao@cgu.gov.br.

latório especial do Banco Central Europeu (BCE) em 2012³ (atualizado posteriormente em 2015⁴). Destacando-se do referido relatório os seguintes pontos:

Não é regulado no presente momento e não é supervisionado ou fiscalizado de perto por qualquer autoridade pública ainda que a participação nesses esquemas exponha os usuários a riscos de crédito, liquidez, operacionais e legais. (tradução livre)

Podem representar um desafio às autoridades públicas, dada a incerteza legal por trás destes esquemas que podem ser utilizados por criminosos, fraudadores e pessoas que lavam dinheiro para realizar suas operações ilegais. (tradução livre)

A partir das hipóteses de resposta para o problema de pesquisa formulado, distribuiu-se o presente artigo em 3 subtópicos, constantes do tópico 4 a seguir, ao final dos quais se objetiva, tal como exposto, oferecer contribuição para a construção de um ambiente regulatório mais eficaz, propiciando a prevenção à lavagem de dinheiro com criptomoedas.

No Subtópico 4.1 apresenta-se a regulação de criptomoedas, no Brasil e no mundo, como instrumento de prevenção à lavagem de dinheiro. Nesse sentido, é relevante conhecer alguns conceitos fundamentais (criptomoedas, Sistema *Bitcoin* e *Bitcoin*, *Blockchain*, natureza jurídica das criptomoedas e sobre a utilização de criptomoedas para a prática do crime de lavagem de dinheiro), além disso, apresentou-se o panorama geral das criptomoedas, e o cenário da regulação mundial e no Brasil.

Na sequência, no Subtópico 4.2, apresenta-se como a regulação de criptomoedas pode fortalecer a atuação estatal na responsabilização administrativa (agentes públicos e empresas), cível e penal de criminosos, fraudadores e pessoas que lavam dinheiro para realizar suas operações ilegais.

Por fim, no Subtópico 4.3, apresenta-se como a regulamentação de criptomoedas poderá propiciar padrões de integridade e impulsionar os investimentos em criptomoedas.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada foi a revisão doutrinária, em conjunto com a revisão legislativa e revisão jurisprudencial.

A revisão doutrinária destina-se a assegurar a inexistência ou insuficiência de estudos sobre o tema, e, eventualmente, obter dados sobre atuação regulatória sobre o assunto no Brasil e no mundo. Utilizou-se as fontes Scielo e Capes/Teses e Dissertações, mediante o uso dos verbetes e conectores "regulação ou regulamentação + criptomoedas ou criptoativos ou *Bitcoin*" ou "lavagem de dinheiro + criptomoedas ou *Bitcoin*", inclusive em inglês, sem limitação de período. Outras fontes: SSRN, JSTOR, HEINOLINE, Brics Law Journal, Universidade de Coimbra, portal da SEC/EUA.

Com a revisão legislativa, objetivou-se identificar atos legislativos que possam ser ações destinadas a inibir a lavagem de dinheiro por criptomoedas. Fonte: portal de legislação em nível federal, leis ordinárias e emendas constitucionais, editadas no período de 5/10/2009 (primeira negociação de *Bitcoin*) até 6/5/2022, portal do Senado Federal e Câmara dos Deputados e LexML.

Com a revisão jurisprudencial, objetivou-se identificar, mediante análise do dispositivo de acórdãos, decisões proferidas pelos TRFs, STJ e Supremo Tribunal Federal, que inibam a lavagem de dinheiro com criptoativos. Fonte: portal do Supremo Tribunal Federal, do STJ e dos TRFs na internet, mediante análise de ações envolvendo criptomoedas e lavagem de dinheiro ajuizadas de 5/10/2009 a 31/12/2021, bem como LexML.

3. RESULTADOS

A partir dos levantamentos sobre o arcabouço regulatório mundial e do Brasil, estipulou-se o melhor modelo de regulação de criptomoedas como instrumento de prevenção à lavagem de dinheiro.

Em linha com a regulação mundial, em particular a aplicação de leis tributárias e leis de combate à lavagem de dinheiro e contra o financiamento de terrorismo, verificou-se que com a regulação preventiva das criptomoedas se pode: (i) inibir e prevenir fraudes e lavagem de dinheiro com criptomoedas; (ii) favorecer a investigação e responsabilização de agentes públicos e empresas que lavam dinheiro e fraudadores e criminosos que cometem crimes; (iii) garantir padrões de integridade e de proteção do consumidor nas operações com criptomoedas; (iv) impulsionar o mercado, além de dar mais segurança jurídica aos investidores; e (v) se valer da tecnologia *blockchain* como instrumento de combate à lavagem de dinheiro.

3. Virtual currency Schemes. European Central Bank. October, 2012. Disponível em: <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>>. Acesso em: 11/2021.

4. Virtual Currency Schemes – a further analysis. February, 2015. Disponível em: <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>>. Acesso em: 11/2021.

4. DISCUSSÕES (DESENVOLVIMENTO)

4.1. A REGULAÇÃO DE CRIPTOMOEDAS, NO BRASIL E NO MUNDO, COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO

4.1.1. Criptomoedas

São chamadas de criptomoedas as ‘moedas’ que não possuem existência física, sendo criadas por computadores exclusivamente no espaço digital. Tais moedas são criadas de forma descentralizada, sem a intervenção ou aval de qualquer governo ou autoridade monetária (TELLES, 2020, p. 21; UHDRE;

UENO, 2019, p. 56). São geradas pela tecnologia *blockchain*, a qual registra e rastreia as transações (Equipe Toro Investimentos, 2022). Elas também não possuem garantia de conversão para moeda oficial, além de não serem lastreadas por ativo real de qualquer espécie e não possuírem força obrigatória⁵ (TELLES, 2020, p. 21).

Na última verificação feita durante o desenvolvimento desta pesquisa, datada de 9/5/2022, em termos de valor de mercado, as principais criptomoedas são (Tabela 1):

TABELA 1: PANORAMA DA REGULAÇÃO MUNDIAL

CRIPOMOEDA	CÓDIGO	CAPITALIZAÇÃO DE MERCADO*
<i>Bitcoin</i>	BTC	US\$ 589,52 bilhões
Ethereum	ETH	US\$ 277,40 bilhões
Tether**	USDT	US\$ 83,22 bilhões
BNB	BNB	US\$ 50,36 bilhões
USD Coin**	USDT	US\$ 48,48 bilhões
XRP	XRP	US\$ 23,92 bilhões
Solana	SOL	US\$ 22,32 bilhões
Cardano	ADA	US\$ 21,39 bilhões
Terra USD	UST	US\$ 18,11 bilhões
Binance USD**	BUSD	US\$ 17,33 bilhões
Terra	LUNA	US\$ 16,44 bilhões
Dogecoin	DOGE	US\$ 14,32 bilhões
Avalanche	AVAX	US\$ 11,94 bilhões
Polkadot	DOT	US\$ 10,97 bilhões
<i>Wrapped Bitcoin</i>	WBTC	US\$ 8,79 bilhões
Shiba INU	SHIB	US\$ 8,30 bilhões
Dai	DAI	US\$ 7,75 bilhões
Tron	TRX	US\$ 7,72 bilhões
Near Protocol	NEAR	US\$ 6,98 bilhões
Polygon	MATIC	US\$ 6,37 bilhões

Fonte: Investing.com. (9/5/2022). Capitalização Total = US\$ 1,41 trilhões de dólares.
** Na verdade, são stablecoin (é uma moeda estável, ou seja, trata-se de uma moeda digital que reúne a segurança da tecnologia blockchain e a estabilidade do dinheiro fiduciário – por exemplo, real, dólar ou euro), porque tem lastro em moeda física. Em que pese haver algumas críticas a respeito por ausência de transparência desse lastro. Paridade com o dólar americano.

5. Vide BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado 25.306, de 19 de fevereiro de 2014. Esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas “moedas virtuais” ou “moedas criptografadas” e da realização de transações com elas. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=25306>>. Acesso em: 6 mai. 2022.

Destaca-se que, segundo a plataforma Coin-gecko – compila dados sobre criptoativos – o mercado de criptomoedas atingiu, em novembro de 2021, US\$ 3 trilhões em capitalização de mercado, cerca 3 vezes mais do que o valor de mercado de todas as empresas da Bolsa de Valores do Brasil (fonte: B3)⁶.

Ainda, segundo SILVEIRA (2022, p.13), as criptomoedas, surgidas logo depois da crise financeira global de 2007-2008, mostraram-se como alternativa segura à insegurança da atividade financeira estatal (agravadas pelas intervenções estatais). Nesse sentido, as crises econômicas globais, agravadas pelas intervenções estatais, poderão favorecer aqueles que apostarem na escassez e descentralização da *Bitcoin*.

Complementa o referido autor (2022, p. 13): com opositores radicais (que imaginam sempre o uso errático – risco à legalidade e à institucionalidade – e bradam pelo seu controle) e defensores fanáticos (que nela veem o inexorável futuro – facilitação de transações ponto a ponto, sem intermediários e de modo absolutamente transparente, reduzindo custos de transação e facilitando o comércio (GHIRARDI, 2020, p. 177) – e sustentam a manutenção de seu espaço de liberdade, de forma a garantir o poder de compra do usuário sem depender de ninguém, inclusive do Estado), inevitavelmente, as criptomoedas, em que pese originalmente terem sido associadas a práticas criminosas no ambiente *deep web*, pode-se dizer, principalmente a *Bitcoin*, que se superou a estigma de moeda exclusiva pra fins ilícitos.

No entanto, deve-se também reconhecer que as criptomoedas, a cada dia, tornam-se mais atrativas para a atividade de lavagem, em virtude de sua crescente aceitação em negócios lícitos, inclusive se tornando interessante meio de investimento (SILVEIRA, 2016, p.16), bem como por sua facilidade de transferência de recursos, sem os controles rígidos do sistema tradicional, inclusive de anonimato.

Nos últimos tempos, a relevância das criptomoedas, principalmente da *Bitcoin*, ficou evidente. Por exemplo, em virtude da guerra da Ucrânia, já se tem notícias que os países envolvidos estão utilizando as criptomoedas: a Rússia para fugir dos embargos e a Ucrânia para receber a ajuda financeira necessária para custear a guerra. Outra informação recente foi a de que a Rússia teria proposto o uso de criptomoedas no comércio exterior para ajudar a economia do país e, em contrapartida, os EUA propõem novas sanções à Rússia: foco nos mineradores de *Bitcoin* (essas empresas, aparentemente, ajudam a Rússia a monetizar seus recursos naturais). Sobre este último ponto, destaca-se que tal medida está em consonância com recente relatório do FMI⁷, afirmando que a mineração⁸ de *Bitcoin* pode permitir que países monetizem recursos energéticos (FMI, 2022).

Nesse sentido, é preciso reconhecer que práticas regulatórias preventivas precisarão ser implementadas, principalmente quanto à inibição do cometimento de ilícitos, e como meio de garantia de padrões de integridade para prevenir riscos ao consumidor, bem como lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo (HOFERT, 2019), impulsionamento dos investimentos em criptoativos. Para tanto, deve-se compreender que a regulação não deve impedir o avanço das criptomoedas, nem tampouco deve-se criminalizar o seu uso, pelo contrário.

4.1.2. Sistema *Bitcoin* *bitcoin*

Segundo a Andreas M. Antonopoulos apud TELLES (2020, p. 23):

Bitcoin é dinheiro digital, mais é muito mais que isso.

[...] O *Bitcoin* é uma tecnologia, é uma moeda e é uma rede internacional de pagamento e câmbio completamente descentralizada. Não depende de bancos. Não depende de governos.

6. B3: é considerada a bolsa de valores oficial do Brasil, resultante da integração da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa), da Bolsa de Mercados e Futuros (BM&F) e da Cetip S.A. – Mercados Organizados. Valor de mercado de todas as empresas da Bolsa de Valores do Brasil. Disponível em: <https://www.b3.com.br/pt_br/market-data-e-indices/servicos-de-dados/market-data/consultas/mercado-a-visa/valor-de-mercado-das-empresas-listadas/bolsa-de-valores-diario/>. Acesso em: 8 mai. 2022.

7. FMI. Em seu último relatório intitulado “**As implicações da guerra na Ucrânia sobre a estabilidade financeira**”, o Fundo Monetário Internacional (FMI) aponta que a mineração de *Bitcoin* pode ser usada como ferramenta para exportação de recursos energéticos em certos países: “**Com o tempo, os países sancionados também poderiam alocar mais recursos para evitar sanções por meio da mineração**”, escreve o FMI. Complementa que “*A mineração de blockchains de uso intensivo de energia, como o Bitcoin, pode permitir que os países monetizem recursos energéticos, alguns dos quais não podem ser exportados devido a sanções.*” (Tradução Livre) “*Over time, sanctioned countries could also allocate more resources toward evading sanctions through mining. Mining for energy-intensive blockchains like Bitcoin can allow countries to monetize energy resources, some of which cannot be exported due to sanctions*”. Disponível em: <<https://www.imf.org/-/media/Files/Publications/GFSR/2022/April/English/ch1.ashx>>. Acesso em: 6 mai. 2022.

8. Segundo UHDRE e UENO (2019, p. 56), “os “mineradores” (*miners*) são pessoas ou empresas (ou grupos deles – *mining pools*) que põem seu poder computacional – e o espaço, tempo, energia etc. a ele relacionados (“*proof of work*”) – para resolver complexos algoritmos destinados a verificar a *higidez* dos blocos de transações, com vistas a evitar o duplo gasto de um mesmo *Bitcoin*. Quando concluem a análise de um grupo de transações, os mineradores geram um bloco, que é submetido à validação pelos “nós” (*nodes*) da rede, isto é, computadores que atualizam progressivamente a *Blockchain*, e este será, por fim, conexo ao bloco que lhe era precedente (resultado em uma cadeia de blocos interconexos entre si)”.

Nessa linha, segundo TELLES (2020, p. 23), *Bitcoin* (com “B” maiúsculo), refere-se ao Sistema *Bitcoin*, o qual compreende os cinco aspectos a seguir:

- (i) é uma tecnologia digital;
- (ii) é um protocolo, ou seja, um sistema de comunicação que funciona através da internet;
- (iii) é um software de código aberto, disponível para qualquer pessoa gratuitamente;
- (iv) é uma rede de pagamento online descentralizada, onde os usuários gerenciam o sistema sem intermediários ou autoridade central;
- e, por fim, (v) é uma criptomoeda.

Nesse sentido, adotando-se a convenção utilizada, a palavra *bitcoin* (com “b” minúsculo) seria somente a criptomoeda.

4.1.3. Blockchain

Segundo REVOREDO (2019, p. 15), *Blockchain* “é uma arquitetura descentralizada, segura e incorruptível que permite a transferência de valor entre pessoas que não confiam entre si, sem a necessidade dos validadores de confiança tradicionais” (grifos acrescidos).

Em complemento, segundo TELLES (2020, p. 25), *Blockchain* constitui em uma tecnologia que surgiu junto com o *Bitcoin* em 2008, nos termos do artigo *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*⁹, de Satoshi Nakamoto (pseudônimo utilizado pela pessoa – ou grupo – que criaram o *Bitcoin*, com identidade ainda desconhecida). Segundo a referida autora (2020, p. 25/26), *Blockchain* pode ser definido como:

Um registro público de transações, ou seja, um grande banco de dados público, que contém o histórico de todas as transações realizadas com *bitcoins*. Essas transações são verificadas e validadas com base em cálculos matemáticos e criptografia e, após, registradas em ordem cronológica, de forma a assegurar que os mesmos *bitcoins* não tenham sido previamente gastos, afastando-se, assim, o problema do “gasto duplo”.

Com a invenção do Sistema *Bitcoin*, pela primeira vez, o problema do “gasto duplo” (possibilidade de gastar o dinheiro eletrônico ou virtual infinitamente) foi solucionado, sem a necessidade de um intermediário confiável (TELLES, 2020, p. 25).

Assim, por meio do *blockchain*, a criptografia é utilizada para emitir unidades de criptomoedas – sem a regulação de unidades centrais como governos ou bancos – como forma de assegurar a validade, dados e detalhes das transações realizadas (Blog Toro Investimentos¹⁰, 2022).

Outrossim, é uma realidade que já está no nosso cotidiano, visto que grandes empresas já implantaram a nova tecnologia, investindo milhões de reais ou dólares, por exemplo, União Banrisul, BB, Caixa, Sicoob e Santander (GALLIO, 2019, p. 92; MOURA, 2019). Em complemento, nada impede que se tenha funcionamento concomitante de ambos os subsistemas de pagamentos (moedas nacionais e criptomoedas), ou que o sistema financeiro tradicional possa evoluir para assimilação da tecnologia *blockchain* em seus ativos (MOURA, 2019). Nesse sentido, destaca-se o projeto Real Digital do Banco Central.

Outrossim, a revista virtual INFOCHAIN¹¹, em sua edição de novembro 2017, trouxe algumas das áreas que estão e serão impactadas pela tecnologia *Blockchain* e que terão modificado todo o seu contexto conhecido, por exemplo, logística, mídia, seguros, saúde e:

Governo: para os governos, como já mencionado, a tecnologia *Blockchain* será uma importante ferramenta aliada à eficiência e controle dos gastos públicos e na transparência das informações na prestação de contas, rastreabilidade do dinheiro público. Além disso, também existe a possibilidade de criação de propostas online para orçamentos participativos, possibilitando que as instituições públicas sejam auditadas pela população e entidades civis participativas com maior eficiência, eficácia e em tempo real, de forma segura e confiável, pois o *Blockchain*, como mencionado anteriormente, assegura a integridade das informações em razão de sua imutabilidade, dificultando fraude ou corrupção, sejam elas do setor público ou privado.

Assim, pode-se dizer que a tecnologia *Blockchain*, em virtude de sua imutabilidade, rastreabilidade e transparência, dificulta fraude e corrupção.

4.1.4. Natureza jurídica das criptomoedas

A *bitcoin* não possui natureza jurídica de moeda, mas de uma utilidade econômica, ou melhor, de um bem que serve como meio de troca (proprie-

9. NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. [S. l.: s. n.]. Disponível em <<https://Bitcoin.org/Bitcoin.pdf>>. Acesso em: 6 mai. 2022.

10. Blog Toro Investimentos. Disponível em: <<https://blog.toroinvestimentos.com.br/principais-criptomoedas>>. Acesso em: 6 mai. 2022.

11. Revista virtual INFOCHAIN. Edição nov. 2017. Disponível em: <<https://infochain.com.br/>>. Acesso em: 6 mai. 2022.

dade) (SILVEIRA, 2022, p. 133; TELLES, 2020, p. 57; WERLE, 2021). Tal posicionamento está em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil (arts. 22, inciso VI, e 48, incisos XIII e XIX) e Leis nº 8.880/1994, 9.069/1995 e 10.192/2001, estabelecendo que o Real é a única moeda válida no território nacional. No Brasil, juridicamente, a moeda é vinculada ao Estado (SILVEIRA, 2022, p. 31).

As criptomoedas, em regra, não têm curso legal, poder liberatório (impositivo, apenas contratual) e/ou curso forçado (TELLES, 2020, p. 59). No máximo seriam dotadas de poder liberatório (SILVEIRA, 2020, p. 30/31).

A jurisprudência também segue essa linha, a *Bitcoin* possui a natureza de bem imaterial com conteúdo patrimonial (Agravo de Instrumento nº 2202157-35.2017.8.26.0000 - Relator Des. Milton Paulo de Carvalho Filho, 36ª Câmara de Direito Privado, TJSP, 21 nov. 2017), não tem natureza jurídica de moeda (Conflito de Competência nº 161.123 - SP Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, STJ, DJe 5/12/2018).

Esse também é o entendimento do FinCEN (*The Financial Crimes Enforcement Network*), dos Estados Unidos, e do Gafi/FATF (2014): “as criptomoedas não possuem a natureza de moedas (real currency) por não possuírem poder liberatório” (FinCEN apud TELLES, 2020, p. 61).

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (2018), por sua vez, se manifestou no sentido de que as criptomoedas devem ser incluídas no conceito de ativos, salvo quando reconhecidas como moeda por determinado Estado (apud TELLES, 2020, p. 66).

4.1.5. A utilização de criptomoedas para a prática do crime de lavagem de dinheiro

Pode-se conceituar a lavagem de dinheiro como o disfarce (manobras fraudulentas) da origem ilegal de ativos provenientes de crime, com o objetivo de dar-lhes aparência de legalidade (SILVEIRA, 2022, p. 69; TELLES, 2020, p. 69).

Assim, pressupõe a existência de crime antecedente. Qual crime antecedente? Qualquer infração penal antecedente da lavagem de dinheiro.

No Brasil, o crime de lavagem de dinheiro é regido pela Lei nº 9.613/1998, e está em consonância com as legislações e propostas por legisladores, órgãos e agências internacionais e pela literatura especializada (TELLES, 2020, p. 69/70). Ainda, a legislação brasileira segue as diversas convenções internacionais sobre a adoção de medidas de combate à lavagem de dinheiro e as 40 recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI/FATF)¹².

No ordenamento jurídico brasileiro, o objeto material do crime de lavagem de dinheiro são bens, direitos e valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal antecedente, nos termos do art. 1º, caput, da Lei nº 9.613/1998. Nesse sentido, considerando-se a natureza jurídica das criptomoedas apresentada anteriormente, as criptomoedas se incluem no objeto material do crime de lavagem de dinheiro. Dada a sua natureza de bem incorpóreo, as criptomoedas se inserem na definição prevista na Convenção de Viena e outros normativos internacionais (TELLES, 2020, p. 76/79).

Outrossim, em linha com o informado acima, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)¹³ acrescenta que:

O crime de lavagem de dinheiro caracteriza-se por um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo dinâmico que envolve, teoricamente, três fases independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente.

Ainda, segundo o COAF, a lavagem de dinheiro realiza-se por meio de um processo dinâmico que requer:

[...] primeiro, o distanciamento dos fundos de sua origem, evitando uma associação direta deles com o crime (**Colocação**); segundo, o disfarce de suas várias movimentações para dificultar o rastreamento desses recursos (**Ocultação**); e terceiro, a disponibilização do dinheiro novamente para os criminosos depois de ter sido suficientemente movimentado no ciclo de

12. O ponto de partida para a adoção de medidas de combate à lavagem de dinheiro foi a Convenção da Nações Unidas de Viena (1988). A partir da preocupação mundial, diversas convenções internacionais foram celebradas, destacando-se: “a Convenção sobre a Lavagem de Dinheiro Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime, celebrada em Estrasburgo, França, em 1993; a Convenção Interamericana contra a Corrupção, celebrada em Caracas, Venezuela, em 1996; a Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, celebrada em Nova York, EUA, em 1999; a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, celebrada em Palermo, Itália, em 2000; a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, celebrada em Bridgetown, Barbados, em 2002; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, celebrada em Mérida, México, em 2003” (TELLES, 2020, p. 71/72).

13. Ministério da Economia - COAF. **Prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo: Fases da lavagem de dinheiro**. Disponível em: <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro>>. Acesso em: 6 mai. 2022.

lavagem e poder ser considerado "limpo" (**Integração**).

Por fim, cumpre mencionar, nos termos da jurisprudência do STJ, que:

O tipo penal do art. 1º da Lei n. 9.613/1998 é de ação múltipla ou plurinuclear, consumando-se com a prática de qualquer dos verbos mencionados na descrição típica e relacionando-se com qualquer das fases do branqueamento de capitais (ocultação, dissimulação, reintrodução), não exigindo a demonstração da ocorrência de todos os três passos do processo de branqueamento. (APn 923/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, STJ, julgado em 23/09/2019, DJe 26/09/2019).

Conforme a seguir exposto, as criptomoedas possuem características que as tornam aptas a serem utilizadas como instrumento do crime de lavagem de dinheiro. Isso se deve, especialmente, à forma descentralizada das transações e, também, à pseudoanonimidade e à globalidade inerentes às criptomoedas, em especial a *bitcoin* (ESTELLITA, 2020).

É essa combinação entre alta rastreabilidade (transparência do *blockchain*, a qual permite identificar o rastro das transações) e não identificação do titular do endereço que permite falar em **pseudo-anonimidade** (OLIVEIRA; LOPES, 2021), e não em uma anonimidade total¹⁴ (ESTELLITA, 2020).

Além do anonimato ou pseudoanonimidade das criptomoedas, em especial o *Bitcoin*, o processo de lavagem de dinheiro pode ser facilitado com o uso das tecnologias de anonimato digitais presentes na *Dark Web*.

Segundo CIANCAGLINI (2015) apud BRAGA e LUNA (2018, p. 275), *Dark Web* “é um ambiente virtual criado com base em protocolos de alta segurança e anonimato, como TOR, Invisible Internet Project (I2P) e Freenet”.

Nesse sentido, a “*Dark Web* representa um canal de comunicação seguro e privado no qual partes distintas, não identificáveis e não rastreáveis comunicam, sem supervisão, vigilância ou possibilidade de interceptação” (BRAGA; LUNA, 2018, p. 275). Assim, a *Dark Web* favorece a prática de vários crimes, incluindo-se a lavagem de dinheiro (MOURA; DE LIMA, 2019).

A **globalidade** significa que as transações podem ser feitas mundialmente sem qualquer fiscalização, o que facilita a lavagem de dinheiro em suas diversas fases: colocação, dissimulação ou transformação e integração (ESTELLITA, 2020).

Por fim, GRZYWOTZ (2019, p. 101/109) apud ESTELLITA (2020) faz-se interessante análise das criptomoedas por fases do crime de lavagem de dinheiro:

I. **Colocação** - obtenção de criptomoedas com valores provenientes da prática de crime anterior, por meio de aquisição em exchanges, em caixas automáticos de compra de criptomoedas dinheiro em espécie, em plataformas que interligam usuários para transações diretas, da venda direta de bens obtidos com a prática de crimes, do recebimento do pagamento diretamente em criptomoedas, de aquisição direta de criptomoedas com o produto de crime (drogas, por exemplo) ou pela transferência de criptomoedas de um para outro endereço (ESTELLITA, 2020).

II. **Ocultação**: defende a autora que em transações simples, a conduta de ocultação não pode ser praticada com criptomoedas, pois falta uma atividade corpórea de esconder o bem e o histórico das transações está totalmente disponível publicamente no *blockchain*. A dissimulação pode ser diferenciada em simples e complexa. A simples se dá ante a possibilidade de que uma mesma pessoa possa gerar infinitas chaves públicas para utilizar nas suas operações. Ainda, o usuário pode usar endereços de terceiros ou de agentes financeiros. As formas mais complexas de dissimulação estão associadas aos *mixing-services* (serviços de mistura ou mescla), que tem a capacidade de eliminar a transparência (rastro das criptomoedas dentro do *blockchain*) (ESTELLITA, 2020; BRAGA; LUNA, 2018, p. 282).

III. **Integração**: troca de criptomoedas por moedas estatais, por meio de *exchanges* ou pela aquisição direta de bens e produtos. Caso a operação seja realizada em país que tenha controle sobre as exchanges, pode-se descobrir a transação. No entanto, considerando a globalidade do BTCs, é possível escolher um país com medidas de controle menos rigorosas para realização das operações (ESTELLITA, 2020).

Conclui-se, portanto, que as criptomoedas podem servir como instrumento para a prática dos crimes de lavagem de dinheiro, requerendo, portanto, medidas de controle (regulação preventiva), sob de facilitação do cometimento de atividades ilícitas. Todavia, deve-se compreender que a regulação não deve impedir o avanço das criptomoedas, nem tampouco deve-se criminalizar o seu uso.

14. Há, contudo, criptomoedas que permite a anonimidade total, são elas: Zcash, Dash e Monero (OLIVEIRA; LOPES, 2021).

4.1.6. Panorama geral das criptomoedas

4.1.6.1. Números de usuários de criptomoedas

Segundo o relatório *Crypto Market Sizing*, da Crypto.com (2022), em dezembro de 2021, havia, no mundo, 295 milhões de usuários de criptomoedas. De acordo com o referido relatório, a partir da taxa de crescimento ocorrida em 2021 (de 180%), estima-se que, até o final de 2022, haverá 1 bilhão de usuários.

4.1.6.2. Capitalização de mercado

Conforme já informado anteriormente, a capitalização de mercado total em criptomoedas está em US\$ 1,41 trilhões de dólares (Fonte: *Investing.com.* - 9/5/2022). Sendo que a máxima atingida, em novembro de 2021, foi de US\$ 3 trilhões em capitalização de mercado. Já a *bitcoin* atingiu a marca de US\$ 69.000 dólares.

4.1.6.3. Brasil: usuários e volume de negócios

Segundo um estudo realizado pela Finder (2022), aponta-se que, em 2021, 14,4% dos brasileiros possuíam criptomoedas.

FIGURA 1 – PERCENTUAL DE BRASILEIROS QUE POSSUÍAM CRIPTOMOEDAS EM 2021

País	Pesquisa realizada em outubro	Pesquisa realizada em dezembro
Argentina	-	15,2%
Austrália	16,8%	22,9%
Brasil	10,1%	14,4%
Canadá	10,0%	12,7%
Colômbia	7,8%	14,5%
Alemanha	7,1%	7,7%
Gana	-	17,3%
Hong Kong	15,7%	16,4%
Índia	15,4%	23,4%
Indonésia	16,4%	22,4%
Irlanda	8,2%	12,1%
Japão	4,6%	5,8%
Quênia	-	15,8%
Malásia	17,8%	19,9%
México	11,8%	15,2%
Nova Zelândia	6,8%	8,7%
Nigéria	23,6%	21,2%
Noruega	4,4%	13,4%
Filipinas	12,9%	21,6%
Rússia	6,7%	19,6%
Singapura	15,6%	15,8%
África do Sul	10,3%	11,3%
Suécia	8,3%	9,8%
Reino Unido	5,2%	6,1%
Estados Unidos	10,2%	10,5%
Venezuela	-	14,6%
Vietnã	-	28,6%
Média	11,2%	15,4%

Fonte: Índice de Adoção de Criptomoedas Finder (2022).

Ainda, segundo a Receita Federal, em 2021, os brasileiros movimentaram R\$ 200,7 bilhões em criptomoedas (G1, 2022).

4.1.7. Panorama geral da regulação das criptomoedas

A seguir apresenta-se o panorama da regulação mundial (Tabela 2):

TABELA 2: PANORAMA DA REGULAÇÃO MUNDIAL

JURISDIÇÃO	BANIU AS CRIPTOMOEDAS?		APLICAÇÃO DAS LEIS TRIBUTÁRIAS	APLICAÇÃO DAS LEIS ANTI-LAVAGEM DE DINHEIRO (AML/CFT)
	ABSOLUTA	IMPLÍCITA		
África do Sul	Não	Não	Sim	Não
Albânia	Não	Não	Sim	Sim
Alemanha	Não	Não	VAT: Não / Outras leis tributárias: Sim	Sim
Anguila	Não	Não	Não	Sim
Antígua e Barbuda	Não	Não	Não especificado expressamente	Sim
Arábia Saudita	Não	Sim	Não se aplica	Sim
Argentina	Não	Não	Sim	Sim
Austrália	Não	Não	Sim	Sim
Áustria	Não	Não	VAT: Não / Outras leis tributárias: Sim	Sim
Azerbaijão	Não	Não	VAT: Não / Outras leis tributárias: Sim	Sim
Bahamas	Não	Não	Não especificado expressamente	Sim
Bangladesh	Sim	Não	Sem informações	Sim
Bahrein	Não	Sim	Não se aplica	Sim
Bélgica	Não	Não	Sim	Sim
Benin	Não	Sim	Sem informações	Não informado
Bermudas	Não	Não	Não	Sim
Bielorússia	Não	Não	Sim	Sim
Bolívia	Não	Sim	Não	Não
Brasil	Não	Não	Sim	Não **
Brunei	Não	Não	Sem informações	Sem informações
Bulgária	Não	Não	Não	Sim
Burquina Faso	Não	Sim	Sem informações	Sem informações
Burundi	Não	Sim	Sem informações	Sem informações
Butão	Não	Não	Sem informações	Sim
Cabo Verde	Não	Não	Não	Não
Camarões	Não	Sim	Sem informações	Sem informações
Canadá	Não	Não	Sim	Sim

JURISDIÇÃO	BANIU AS CRIPTOMOEDAS?		APLICAÇÃO DAS LEIS TRIBUTÁRIAS	APLICAÇÃO DAS LEIS ANTILAVAGEM DE DINHEIRO (AML/CFT)
	ABSOLUTA	IMPLÍCITA		
Catar	Sim	Não	Não	Sim
Cazaquistão	Não	Sim	Não	Não
Chade	Não	Sim	Sem informações	Sem informações
Chile	Não	Não	Sim	Sem informações
China	Sim	Não	Obscuro	Obscuro
Chipre	Não	Não	VAT: Não / Outras leis tributárias: Sim	Sim
Colômbia	Não	Não	Sim	Sem informações
Coreia do Sul	Não	Não	Sim	Sim
Costa do Marfim	Não	Sim	Sem informações	Sem informações
Costa Rica	Não	Não	Sim	Sem informações
Croácia	Não	Não	Sim	Sim
Cuba	Não	Não	Sem informações	Sim
Dinamarca	Não	Não	Sim	Sim
Egito	Não	Não	Não	Sim
El Salvador	Não	Não	Sim	Sim
Emirados Árabes Unidos	Não	Sim	Sim	Sim
Equador	Não	Sim	Não	Não
Eslováquia	Não	Não	Sim	Sim
Eslovênia	Não	Não	Sim	Sim
Espanha	Não	Não	VAT: Não / Outras leis tributárias: Sim	Sim
Estados Unidos	Não	Não	Sim	Sim
Estônia	Não	Não	Sim	Sim
Filipinas	Não	Não	Sem informações	Sim
Finlândia	Não	Não	Sim	Sim
França	Não	Não	Sim	Sim
Gabão	Não	Sim	Sem informações	Sem informações
Georgia	Não	Sim	Sim	Não
Gibraltar	Não	Não	Sim	Sim
Grécia	Não	Não	VAT: Não / Outras leis tributárias: Sim	Sim
Guernsey	Não	Não	Sim	Não
Guiana	Não	Sim	Não	Não
Holanda	Não	Não	VAT: Não / Outras leis tributárias: Sim	Sim
Hong Kong	Não	Não	Sim	Sim

JURISDIÇÃO	BANIU AS CRIPTOMOEDAS?		APLICAÇÃO DAS LEIS TRIBUTÁRIAS	APLICAÇÃO DAS LEIS ANTILAVAGEM DE DINHEIRO (AML/CFT)
	ABSOLUTA	IMPLÍCITA		
Hungria	Não	Não	Sim	Sim
Ilhas Cayman	Não	Não	Não	Sim
Ilha de Man	Não	Não	Não	Sim
Ilhas Maurício	Não	Não	Não	Sim
Índia	Não	Não	Sim	Sim
Indonésia	Não	Sim	Não	Não
Iraque	Sim	Não	Não	Sim
Irlanda	Não	Não	Sim	Sim
Islândia	Não	Não	Sim	Sim
Israel	Não	Não	Sim	Sim
Itália	Não	Não	VAT: Não / Outras leis tributárias: Sim	Sim
Japão	Não	Não	Sim	Sim
Jersey	Não	Não	Sim	Sim
Jordan	Não	Sim	Não	Não
Kuwait	Não	Sim	Não se aplica	Sim
Lesoto	Não	Sim	Não	Sim
Letônia	Não	Não	Sim	Sim
Líbano	Não	Não	Não	Sim
Líbia	Não	Sim	Não	Sim
Liechtenstein	Não	Não	Sim	Sim
Lituânia	Não	Não	Sim	Sim
Luxemburgo	Não	Não	Sim	Sim
Macau	Não	Sim	Obscuro	Obscuro
Malásia	Não	Não	Sim	Sim
Maldivas	Não	Sim	Sem informações	Sem informações
Mali	Não	Sim	Sem informações	Sem informações
Malta	Não	Não	Sim	Sim
Marrocos	Sim	Não	Não	Sim
México	Não	Não	Sem informações	Sim
Moldávia	Não	Sim	Não	Não
Montenegro	Não	Não	Não	Sim
Namíbia	Não	Sim	Não	Sim
Nepal	Sim	Não	Sem informações	Sem informações

JURISDIÇÃO	BANIU AS CRIPTOMOEDAS?		APLICAÇÃO DAS LEIS TRIBUTÁRIAS	APLICAÇÃO DAS LEIS ANTILAVAGEM DE DINHEIRO (AML/CFT)
	ABSOLUTA	IMPLÍCITA		
Níger	Não	Sim	Sem informações	Sem informações
Nigéria	Não	Sim	Não	Não
Noruega	Não	Não	Sim	Sim
Nova Zelândia	Não	Não	Sim	Sim
Omã	Não	Sim	Não se aplica	Sim
Palau	Não	Sim	Não	Não
Paquistão	Não	Sim	Sem informações	Não
Polónia	Não	Não	Sim	Sim
Portugal	Não	Não	Sim	Sim
Quênia	Não	Não	Sim	Não
Quirguistão	Não	Não	Sim	Não
Reino Unido	Não	Não	Sim	Sim
Romênia	Não	Não	Sim	Sim
República Centro-Africana	Não	Sim	Sem informações	Sem informações
República Democrática do Congo	Não	Sim	Sem informações	Sem informações
República do Congo	Não	Sim	Sem informações	Sem informações
República Tcheca	Não	Não	Sim	Sim
Rússia	Não	Não	Sim	Sim
Samoa	Não	Não	Sem informações	Sim
Santa Lúcia	Não	Não	Não especificado expressamente	Sim
São Cristóvão e Névis	Não	Não	Sim	Sim
Senegal	Não	Sim	Sem informações	Sem informações
Sérvia	Não	Não	Sim	Sim
Singapura	Não	Não	Sim	Sim
Sri Lanka	Não	Não	Sem informações	Sim
Suécia	Não	Não	Sim	Sim
Suíça	Não	Não	Sim	Sim
Tailândia	Não	Não	Sim	Sim
Taiwan	Não	Não	Sim	Sim
Tajiquistão	Não	Sim	Não	Não
Tanzânia	Não	Sim	Não	Não
Togo	Não	Sim	Sem informações	Sem informações
Tunísia	Sim	Não	Não	Sim

JURISDIÇÃO	BANIU AS CRIPTOMOEDAS?		APLICAÇÃO DAS LEIS TRIBUTÁRIAS	APLICAÇÃO DAS LEIS ANTI-LAVAGEM DE DINHEIRO (AML/CFT)
	ABSOLUTA	IMPLÍCITA		
Turcomenistão	Não	Sim	Não	Não
Turquia	Não	Sim	VAT: Não / Outras leis tributárias: Sim	Sim
Ucrânia	Não	Não	Sim	Sim
União Europeia	Não	Não	Não	Sim
Uzbequistão	Não	Não	Sim	Sim
Venezuela	Não	Não	Sem informações	Sim
Vietnã	Não	Sim	Não	Sim
Zimbábue	Não	Sim	Não	Não

Fonte: Regulation of Cryptocurrency Around the World (Nov. 2021), Law Library of Congress.
 * Maiores informações, inclusive sobre os normativos vigentes, constam no referido relatório.
 ** Mas, o referido relatório menciona que há em tramitação o PL nº 2234/2021 sobre o tema.

Da leitura da tabela 2 acima, verifica-se:

- I. Que o número de países que emitiram proibições de criptomoedas aumentou significativamente: 9 jurisdições com banimento absoluto e 42 com banimento implícito; e
- II. um avanço exponencial da regulação no mundo sobre as criptomoedas, em particular a aplicação de leis tributárias e leis de combate à lavagem de dinheiro e contra o financiamento de terrorismo (leis AML/CFT) às criptomoedas. Na atualização de novembro de 2021, 103 jurisdições são identificadas como aplicando essas leis a criptomoedas, com a maioria aplicando ambas, e em grande parte nos países da União Europeia.

Observa-se que os países desenvolvidos e/ou as maiores economias do mundo estão regulando as criptomoedas, aplicando-se a elas as leis tributárias e as leis de combate à lavagem de dinheiro e contra o financiamento de terrorismo (leis AML/CFT).

4.1.8. Panorama da regulação das criptomoedas no Brasil

4.1.8.1. PL 2.303/2015 – CD

O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 2.303/2015 prevê, entre outras medidas:

- i) **a regulação prudencial pelo Banco Central:** “A proposta legislativa, estipula um adendo, para que o Bacen passe, também, a incluir, ali (Lei n. 12.865/2013 - arranjos de pagamentos), aqueles pagamentos baseados em moedas virtuais.” SILVEIRA (2022, p. 147);

- ii) **mecanismos de controle que inibam a lavagem de dinheiro e outras atividades ilegais:** inclusão no rol de comunicação obrigatória de operações financeiras suspeitas previsto na Lei de Lavagem de Dinheiro, as operações que envolvam moedas virtuais. Sujeitando-se estas, portanto, aos controles do Coaf” (SILVEIRA, 2022, p. 147/148); e
- iii) **defesa do consumidor:** previsão de a legislação de defesa do consumidor ser aplicada ao mundo das moedas virtuais.

O referido Projeto de Lei (PL) foi aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados, em 8/12/2021. Na sequência, o PL foi encaminhado para avaliação do Senado Federal.

4.1.8.2. Bacen: Comunicados nº 25.306 e nº 31.379

Não é demais repisar que, em que pese o “certo encanto das moedas virtuais pela liberdade e abandono de amarras estatais, sendo nelas garantida a liberdade utópica de tráfego monetário sem ingerência estatal” (SILVEIRA, 2022, p. 43), destaca-se que “em termos de moeda em si, as regras definidoras dos parâmetros jurídicos são dadas pelo Banco Central” (SILVEIRA, 2022, p. 43).

No ordenamento jurídico brasileiro, segundo a Constituição Federal, competente exclusivamente à União emitir moeda (art. 21, inciso VII, CRFB88). Ainda, nos termos do art. 164 da Constituição Federal, a competência deve ser exercida pelo Banco Central do Brasil – Bacen (TELLES, 2020, p. 53).

Nesse sentido, o Bacen divulgou o Comunicado 25.306, de 19.2.2014, firmando sua posição sobre as criptomoedas, esclarecendo os riscos associados (SILVEIRA, 2022, p. 154).

Quanto aos riscos associados, o Bacen destacou que as criptomoedas “*não são emitidas nem garantidas por uma autoridade monetária*” (TELLES, 2020, p. 102), bem como destacou que os respectivos emissores (mineradores) e as plataformas online de negociação (*exchanges*) não são reguladas, autorizadas ou supervisionadas pelas autoridades monetárias (TELLES, 2020, p. 103). Acrescenta que as criptomoedas não têm garantia de conversão para moeda oficial, nem tampouco garantidas por ativos reais.

Menciona, ainda, o elevado risco associado à(s) ou ao(s): (i) **oscilações de preço**: “*muito grande e rápida, podendo até mesmo levar à perda total de seu valor*”; (ii) “*eventual aplicação, por autoridades monetárias de quaisquer países, de medidas prudenciais, coercitivas ou punitivas sobre o uso desses ativos*, pode afetar significativamente o preço de tais moedas ou mesmo a capacidade de sua negociação”; (iii) **uso de criptomoedas em atividades ilícitas**: “*pode dar ensejo a investigações conduzidas pelas autoridades públicas*”; e (iv) ataques de criminosos que atuam no espaço da rede mundial de computadores.

No citado Comunicado, o Bacen informa também que “*está acompanhando a evolução da utilização de tais instrumentos e as discussões nos fóruns internacionais sobre a matéria – em especial sobre sua natureza, propriedade e funcionamento –*, para fins de adoção de eventuais medidas no âmbito de sua competência legal”. Complementa, ainda, que, quanto às transações de pagamentos de varejo (art. 6º, § 4º, da Lei nº 12.685/2013), as criptomoedas ainda não se mostraram capazes de oferecer riscos ao Sistema Financeiro Nacional.

Na sequência, o Bacen emitiu o Comunicado n. 31.379, de 16/11/2017, “*alertando sobre os riscos decorrentes de guarda e negociações das denominadas moedas virtuais*”, destacando-se o seguinte trecho:

As empresas que negociam ou guardam as chamadas moedas virtuais em nome dos usuários, pessoas naturais ou jurídica, não são reguladas, autorizadas ou supervisionadas pelo Banco Central do Brasil. Não há, no arcabouço legal e regulatório relacionado com o Sistema Financeiro nacional, dispositivo específico sobre moedas virtuais. O BACEN, particularmente, não regula nem supervisiona operações com moedas virtuais.

Os referidos comunicados do Bacen, em que pese apresentar importantes conceitos sobre as moedas virtuais, esclarecimento e alertas sobre os riscos decorrentes de sua guarda e negociação, apresentam entendimentos desagregadores, que nada auxiliam na regulação, por exemplo, “*quando se menciona que o Bacen não regula ou supervisiona operações com moedas virtuais, algo limitado a operações com moedas propriamente ditas*” ou “*quando se tem a proibição de utilização de moedas virtuais em operações que representem transferências internacionais de valores*”, uma vez que estas seriam de exclusividade de instituições autorizadas pelo Bacen (SILVEIRA, 2022, p. 158). Aqui encontra-se o pior dos equívocos, “*uma vez que não existe, no universo virtual, transferência de país a país, mas sim de instituição bancária regular ao mundo virtual*” (SILVEIRA, 2022, p. 158).

Por fim, apesar da emissão dos Comunicados, importante registrar que o Bacen, ainda, não regula nem supervisiona as operações com moedas virtuais.

4.1.8.3. CVM

A Comissão de Valores Mobiliários, por meio do Ofício Circular nº 1/2018 e da Instrução nº 555/14, ao se posicionar sobre as ICOs (Ofertas Iniciais de Criptomoedas), já se manifestou no sentido de que as criptomoedas não seriam ativos financeiros, de modo que suas aquisições por fundos de investimento não seriam permitidas (UHDRE; UENO, 2019, p. 65). Tal posicionamento está em linha com a argumentação de que as ICOs facilitam a prática de lavagem de dinheiro (GURREA-MARTINEZ; REMOLINA, 2018).

Outrossim, as criptomoedas não podem ser caracterizadas como valores mobiliários, na medida em que dois requisitos mencionados no processo CVM RJ 2007/11593 não se encontram presentes, a saber: “*(i) não há direito de participação, de parceria ou remuneração; e (ii) eventuais rendimentos, obtidos com negociação de Bitcoins, não decorrem de esforços de terceiros empreendedores (mas sim, exclusivamente, da oferta e demanda pela criptomoeda)*” (TELLES, 2020, p. 105).

4.1.8.4. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla)

A Enccla é a principal rede de articulação para o arranjo e discussões em conjunto com diversos órgãos dos três Poderes, incluindo-se os Ministérios Públicos, de âmbito federal e estadual e até municipal, para formulação de políticas públicas de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro (TELLES, 2020, p. 107).

Nesse sentido, destaca-se a Ação 8: “Aprofundar os estudos sobre a utilização de moedas virtuais para fins de lavagem de dinheiro e eventualmente apresentar propostas para regulamentação ou adequações legislativas”. Em decorrência da referida ação, teve por resultado a elaboração de um glossário de termos relacionados às criptomoedas e a elaboração de um “levantamento de tipologias de lavagem de dinheiro e corrupção mediante o uso de moedas virtuais e meios de pagamentos eletrônico” (TELLES, 2020, p. 108), bem como em 2020 a Encicla debateu o uso da tecnologia blockchain no combate à corrupção.

4.1.8.5. Receita Federal do Brasil

A Receita Federal, em 2019, emitiu a Instrução Normativa RFB nº 1899, “instituído e disciplinando a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB)”.

Nesse sentido, a Receita Federal exigiu que as exchanges domiciliadas para fins tributários no Brasil apresentassem, mensalmente, informações sobre as operações realizadas pelos usuários. Ainda, exigiu que os usuários que operem em *exchange* domiciliada no exterior ou que realizam operações sem a intermediação das *exchanges* (transações *peer to peer*) apresentem as informações das operações (declaração) sempre que o valor mensal das operações, isolado ou conjuntamente, ultrapassar R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Além disso, os detentores de criptomoedas devem declarar as criptomoedas que possuem nas respectivas declarações anuais das pessoas físicas. Assim, uma eventual omissão em tais declarações poderia, em tese, implicar crime de sonegação fiscal, consoante o art. 1º da Lei nº 8.137/1990 (SILVEIRA, 2022, p. 179).

Outrossim, caso as operações ultrapassem R\$ 35 mil no mês e tenha gerado eventual ganho de capital, sobre este haverá a incidência da respectiva tributação (art. 21 da Lei nº 8.981/1995), devendo ser recolhido o respectivo imposto no mês seguinte. Todavia, diferentemente de demais investimentos, por exemplo, ações, a legislação não prevê compensação de eventuais prejuízos em períodos futuros.

Por fim, cabe mencionar que:

As criptomoedas são absolutamente toleradas pelo Estado e mencionadas pela Receita Federal. Não parece crível, ou aceitável, portanto, que a sua utilização, ou simples operacionalização, possam ser confundidas, no atual estado da legislação, com situação de lavagem de dinheiro de capitais por dolo eventual ou cegueira deli-

berada. (SILVEIRA, 2022, p. 185).

4.1.8.6. PL 3825/2019 – Senado Federal

O Projeto de Lei nº 3825/2019, após as diversas emendas e substitutivos, “Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de fraude em prestação de serviços de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros; e altera a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que define crimes contra o sistema financeiro nacional, e a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre lavagem de dinheiro, para incluir as prestadoras de serviços de ativos virtuais no rol de suas disposições”.

Na justificativa do projeto, o autor do Projeto, o Senador Flávio Arns, “ressalta o volume expressivo de recursos que são negociados em operações com criptoativos, sem existir a regulamentação específica para as empresas que negociam, fazem a intermediação ou custódia de criptoativos”.

Segundo o referido autor:

A falta de regulamentação e fiscalização desse novo e crescente setor representa sérios riscos aos investidores e à higidez da ordem econômico-financeira, diante da possibilidade de uso de tais ativos virtuais para o financiamento de atividades ilegais diversas, tais como lavagem de dinheiro, evasão de divisas e tráfico de entorpecentes, ou mesmo para a obtenção de ganhos ilícitos em detrimento da coletividade, como a criação de pirâmides financeiras e outros mecanismos fraudulentos.

Segundo o Relator do Projeto, a intenção do projeto é “coibir ou restringir práticas ilegais, como a lavagem de dinheiro, evasão de divisa e tantos outros crimes nesse segmento. E destaca que: “Há um mercado que é lícito, legal que é a grande maioria desse mercado, mas há exceções”.

Por fim, o Relator destaca:

O relevante papel do Banco Central (possivelmente será o órgão regulador indicado em ato do Poder Executivo federal) de fiscalizar as empresas e **garantir que o criptoativo possa ser, de fato, uma boa opção de investimento e as criptomoedas, uma alternativa de meio de pagamento, como hoje acontece com o Pix.** (grifos acrescidos)

O PL nº 3.825/2019 tramitou no Senado Federal junto com o PL nº 2.303/2015 que já foi aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados, em 8/12/2021. A

proposição PL nº 2.303/2015 passou a tramitar como PL nº 4.401/2021. Após os trâmites e emendas, houve a **aprovação do Projeto de Lei nº 4.401, de 2021, na forma do Substitutivo**, em 26/4/2022, pelo Senado Federal, restando prejudicado o Projeto de Lei nº 3.825, de 2019.

Assim, após a ‘união’ dos PLs nº 2303/15 e nº 3825/19, e aprovação do Plenário do Senado Federal o texto unificado seguirá para aprovação da Câmara dos Deputados. Caso aprovado, na sequência, irá para sanção presidencial.

Quanto ao teor do PL aprovado, destaca-se os seguintes pontos:

- I. Apresenta as diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais, inclusive sobre a necessidade de as exchanges terem prévia autorização para funcionar no país;
- II. Apresenta o conceito para ativo virtual;
- III. Dentre as diretrizes a serem observadas na prestação de serviços, destacam-se: a obrigação de controlar e manter de forma segregada os recursos dos clientes; a obrigatoriedade de adotar boas práticas boas práticas de governança, transparência nas operações e abordagem baseada em riscos; segurança da informação e proteção de dados pessoais; proteção e defesa de consumidores e usuários; proteção à poupança popular; solidez e eficiência das operações; e prevenção à lavagem de dinheiro;
- IV. Estabelece que a regulação complementar será determinada pelo poder Executivo que pode tanto criar um órgão regulador específico como pode delegar esta função para a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ou o Banco Central do Brasil (Bacen);
- V. Prevê a tipificação de "*fraude em prestação de serviços de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros*", com punição de dois a seis anos de reclusão e multa, e acrescenta na Lei de Crimes Financeiros a prestação de serviços de ativos virtuais sem prévia autorização, que, neste caso, prevê uma pena de reclusão de um a quatro anos e multa para o crime;
- VI. Acrescenta na Lei de Crimes Financeiros (Lei nº 7.492/1986) que "*a pessoa jurídica que oferece serviços referentes a operações com ativos virtuais*" equipara-se à instituição financeira;
- VII. Prevê que as prestadoras de serviços de ativos virtuais estão sujeitas aos mecanismos de controle previstos no art. 9º da Lei nº 9.613/1998, que as *exchanges* assumem, nos

termos do art. 10 da Lei nº 9.613/1998, deveres de responsabilidade de manutenção de dados sobre determinadas operações, nomeadamente sobre a identificação dos clientes e a manutenção de registros, bem como estabelece a obrigatoriedade de, nos termos do art. 11 da Lei nº 9.613/1998, realizar a comunicação de determinadas operações financeiras suspeitas.

- VIII. Acrescenta a causa de aumento de pena (de 1/3 a 2/3) por lavagem de dinheiro quando cometido de forma reiterada por meio da utilização de ativo virtual;
- IX. Prevê que o mercado de criptomoedas ficará, também, subordinado ao Código de Defesa do Consumidor, no que couber. Nesse sentido, as prestadoras de serviços de ativos virtuais terão que manter separados os patrimônios de recursos financeiros e ativos virtuais dos respectivos lastros de titularidade para os clientes.
- X. Inclui na Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro uma lista de autoridades públicas obrigadas a divulgar com transparência suas operações financeiras com criptomoedas.
- XI. Por fim, apresenta incentivo para mineradores iniciarem a operação no Brasil, por meio de isenção completa de impostos para a importação de máquinas e ferramentas destinados à mineração de criptomoedas.

Maiores ponderações constam no tópico 4.3 deste artigo.

4.2. A REGULAÇÃO DE CRIPTOMOEDAS E RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA, CÍVEL E PENAL DE AGENTES PÚBLICOS E EMPRESAS QUE LAVAM DINHEIRO PARA REALIZAR SUAS OPERAÇÕES ILEGAIS

Este tópico trata exclusivamente dos criminosos, fraudadores e pessoas que lavam dinheiro para realizar suas operações ilegais.

Diversos crimes têm ocorrido em que o objeto material ou se mostra vinculado às moedas virtuais, ou estas são o preço do resgate, como é o caso do chamado sequestro digital (SILVEIRA, 2022, p. 53). Ou, no caso de extorsões/estelionatos sob ameaça de exposição de vídeos íntimos.

No intuito de prevê estratégias de investigação para uma efetiva responsabilização é importante saber que, segundo Orontes Mariani apud TELLES (2020, p. 52), "*Ao ganhar dinheiro real no mundo virtual, o dinheiro passa necessariamente pelo sistema financeiro internacional*". Nesse sentido, uma das

fontes de prova será o sistema financeiro nacional e internacional, e, atualmente, às prestadoras de serviços de criptomoedas (exchanges).

Acrescenta ainda a referida autora (2020, p. 52) que “*Não há soberania e não há sistema financeiro no mundo virtual. As transações são ponto-a-ponto, irreversíveis e instantâneas, sem qualquer fronteira*”. Nesse sentido, como haverá troca de moeda nacional ou fiat por criptomoeda, mais comumente por meio de uma exchange (corretora), a fim de adquirir determinado bem ou serviço, é razoável que o sistema financeiro nacional e internacional continue sendo uma fonte de prova quanto à essa transferência realizada. Por isso, a eventual regulamentação precisa necessariamente passar pelas *exchanges*.

De acordo com as investigações de desvio de dinheiro público, é comum que o dinheiro excedente seja pago em propina, tanto para os empresários como para agentes públicos. Nesse sentido, as criptomoedas podem e têm sido utilizadas como instrumento de lavagem de dinheiro. Assim, a permissividade em prol da liberdade financeira também deve ter limites (mecanismos legais de controle da atividade financeira), sob pena de facilitação do cometimento de atividades ilícitas, conforme ensina ANDRADE (2017, p. 58 e ss.):

O combate à atividade criminosa também se estende às modalidades praticadas em esfera virtual, entretanto, quando os casos envolvem o uso de *bitcoins*, a persecução torna-se mais complexa em razão do sigilo dos dados dos usuários e das lacunas de controle quanto às operações realizadas por uma instituição financeira centralizadora de informações. Entretanto, é necessário refletir sobre os mecanismos legais de controle da atividade financeira, sob o risco de a permissividade em prol da liberdade financeira estabelecer um novo caminho para a facilitação quanto ao cometimento de atividades ilícitas.

Portanto, a regulação preventiva das criptomoedas, em linha com a regulação mundial, poderá inibir e prevenir fraudes e lavagem de dinheiro com criptomoedas, bem como poderá favorecer a sua apuração/investigação.

4.2.1. Responsabilização administrativa de agentes públicos

Em face do seu dever de apurar, a administração pública sempre que se deparar com fatos possivelmente ilegais deverá investigar e responsabilizar eventuais agentes públicos e empresas envolvidos no ato ilegal.

Assim, em face de eventuais ilícitos cometidos, utilizando-se de criptomoedas, inclusive, de corrupção e lavagem de dinheiro, haveria a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos e empresas envolvidos, em virtude dos atos lesivos cometidos.

Nesse diapasão, conforme ensinar TELLES (2020, p. 118): “*em algum momento, os detentores de criptomoedas vão convertê-las em Euros (ou Real) para adquirirem bens ou serviços*”. Nessa esteira, o foco de eventual investigação deve ser sempre os bens e serviços do investigado, pois, pode-se, a partir daí, eventualmente, verificar que o investigado está utilizando criptomoedas para o cometimento de ilícitos. Nesse sentido, “*é no momento em que as moedas virtuais entram no sistema bancário europeu (ou brasileiro) que queremos que os bancos perguntem quem é o cliente e de onde vem o dinheiro*” (TELLES, 2020, p. 118). Daí a importância da obrigatoriedade de identificação e vigilância dos clientes de plataformas de negociação e prestadores de serviços de custódia, tal como ocorre com as instituições financeiras tradicionais.

Na prática, é comum o recebimento, por exemplo, de propina em dinheiro que depois é convertido em bens, direitos e valores ilícitos, adotando-se, inclusive, a estratégia de declarar dinheiro em espécie para tentar justificar posteriormente eventuais bens adquiridos.

Nesse sentido, assume alta relevância as investigações patrimoniais a respeito. Assim, para fatos com indícios de enriquecimento ilícito, estrategicamente, deveria se intensificar as investigações patrimoniais, pois por elas pode-se coletar indícios de cometimento desses ilícitos pelos agentes públicos, devendo-se, no entanto, evitar eventuais quebras de sigilos ilegais, bem como deve-se, primeiramente, mirar os eventuais ilícitos administrativos cometidos, para depois olhar para os possíveis crimes e informar a autoridade competente. Neste caso, após a devida regulação do setor, as investigações poderão ser valer do compartilhamento de informações autorizado, principalmente pela Justiça.

Por fim, os agentes públicos poderão responder por atos atentatórios contra o bem jurídico Administração Pública. Para tanto, os agentes públicos, após juízo de admissibilidade ou investigação preliminar sumária, no caso de existência de elementos mínimos de autoridade e materialidade, poderão sofrer processo administrativo disciplinar nos termos da legislação vigente, no âmbito federal, estadual ou municipal, bem como de acordo com os estatutos próprios do órgão ou da empresa.

No âmbito federal, o Processo Administrativo Disciplinar – PAD está regulado nos artigos 148 a 182 da Lei nº 8.112/1990. E desenvolve-se nas fases de instauração, inquérito administrativo (instrução, defesa e relatório) e julgamento, nos termos do art. 151 da Lei nº 8.112/1990. Neste caso, as hipóteses de enquadramento são aquelas previstas, dentre as hipóteses dos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112/90, que melhor corresponder ao caso concreto (Manual PAD, CGU, 2021), bem como as legislações específicas como a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), nos casos de enriquecimento ilícito, por exemplo, e outras aplicáveis ao caso em apuração.

4.2.2. Responsabilização administrativa, cível e penal de empresas

Não há dúvidas de que a participação das pessoas jurídicas na prática dos delitos de lavagem de dinheiro se mostrou, historicamente, essencial para a concretização dos esquemas que procuram ocultar os recursos de origem ilícita dentro das atividades normais de empresas controladas pelas organizações criminosas.

Diante desse cenário, observa-se que a pessoa jurídica, quando comparada às pessoas físicas, possui inúmeras facilidades para o processo de lavagem, que vão desde a possibilidade comum de realização de grandes transferências financeiras nacionais ou internacionais até a ideia de que as pessoas jurídicas podem camuflar, através de seus estatutos sociais, os meios utilizados no esquema de lavagem e os seus objetivos espúrios.

Assim, por estarem, diversas vezes, na posição de protagonistas dos grandes esquemas de lavagem de dinheiro, bem como frente a sua maior facilidade em praticar o crime impunemente, há necessidade de atribuir responsabilidades à essas empresas, seja na esfera cível, administrativa ou penal.

No que tange à **esfera penal**, tem-se que a Constituição de 1988, trouxe a possibilidade de punição das pessoas jurídicas em seu art. 173, § 5º, que determinou que: *“A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”* (grifo acrescidos).

Nos termos da Lei nº 9.613/1998, há previsão de determinadas obrigações que as pessoas jurídicas estão sujeitas, no intuito de fortalecimento do sistema de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, destaca-se que lei estabelece, em seu art. 9º, que determinadas pessoas jurídicas estão sujeitas ao mecanismo de controle, dadas as especificidades de sua atuação. Assim, tais pessoas jurídicas assumem, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.613/1998, deveres de responsabilidade de manutenção de dados sobre determinadas operações, nomeadamente sobre a identificação dos clientes e a manutenção de registros. Ainda, de acordo com o art. 11, a necessidade de comunicação de determinadas operações financeiras suspeitas (SILVEIRA, 2022, p. 71). Tais mecanismos de integridade possuem grande relevância na prevenção e enfrentamento de crimes, principalmente, quanto à corrupção e à lavagem de dinheiro.

Assim, a fim de se fazer cumprir as referidas determinações legais, estabeleceu-se, no art. 12 da Lei nº 9.613/1998, as **sanções administrativas** que as pessoas jurídicas estão sujeitas no caso de descumprimento: advertência; multa; inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º; e cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

Ante o exposto, pela Lei de Lavagem de Dinheiro, há duas distintas responsabilizações. Uma seria a responsabilidade penal individual apenas da pessoa física acerca de uma lavagem de dinheiro, conforme o art. 1º da Lei nº 9.613/1998. Outra seria a responsabilidade administrativa e cível das pessoas físicas e jurídicas que quebrassem seu dever de cuidado em relação às obrigações postas nos art. 9º, 10 e 11. Entretanto, cumpre mencionar que após o julgamento da Ação Penal 470 (Mensalão), pelo STF, passou-se a aceitar que pessoas físicas que quebrassem tal dever de garante também poderiam responder por lavagem de dinheiro (SILVEIRA, 2022, p. 75).

Em complemento, quanto à **esfera cível**, a depender do caso, a pessoa jurídica pode ser responsabilizada também pela Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa). Nesta hipótese, somente após a **condenação judicial** de pessoas jurídicas por atos de improbidade, afigura-se possível serem aplicáveis as penalidades descritas no art. 12, da Lei nº 8.429/92, que sejam compatíveis com sua natureza (ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios) (FERNANDES, 2018).

Outra possibilidade de responsabilização de pessoa jurídica decorrente do ato de Lavagem de capitais pode decorrer da aplicação da Lei nº 12.846, de

2013 (Lei Anticorrupção), que trata da responsabilização objetiva, cível e administrativa, das pessoas jurídicas, pelo cometimento de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Cumpre salientar que ZENKNER (2016, p. 523) sustenta que a nomenclatura mais adequada para se referir a Lei nº 12.846/2013 é “*Lei da Integridade das Pessoas Jurídicas*”, uma vez que “os ilícitos nelas descritos não guardam subsunção apenas ao crime de corrupção, possuindo uma abrangência muito maior”, o que reforça a tese de que esta Lei também se aplica aos casos em que a pessoa jurídica participa da prática de crime de lavagem de dinheiro que implicam em atos contra a Administração Pública nacional e estrangeira.

Assim, decorre do art. 19 da Lei nº 12.846/2013, que da ação judicial cível poderá decorrer a aplicação, cumulativa ou não, das seguintes penalidades aos entes privados: a) 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; b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; c) dissolução compulsória da pessoa jurídica; e d) 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.

Por fim, no tocante à **responsabilidade administrativa**, além das penalidades, já mencionadas, previstas no art. 12, da Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), em razão do descumprimento das obrigações previstas naquele normativo, tem-se aquelas previstas no art. 6º, da Lei nº 12.846/2013: multa e publicação extraordinária da decisão condenatória.

Ante o exposto, a administração pública pode e deve responsabilizar eventuais pessoas jurídicas, inclusive prestadores de serviços de criptomoedas, por atos lesivos cometidos. Nesse sentido, cite-se, por exemplo, o caso Canton Business Corporation – BTC-e. Neste, o FinCEN (*The Financial Crimes Enforcement Network*), dos Estados Unidos (EUA), impôs multa de 110 milhões de dólares norte-americanos à empresa (*Canton Business Corporation – BTC-e*) por entender que “o BTC-e não conseguiu obter informa-

ções exigidas de clientes além de um nome de usuário, uma senha e um endereço de e-mail. Em vez de agir para evitar a lavagem de dinheiro, a BTC-e e seus operadores abraçaram a atividade criminosa generalizada realizada no câmbio” (TELLES, 2020, p. 114). Neste caso, após a devida regulação do setor, tais controles poderão favorecer as investigações, propiciando a eventual responsabilização.

4.3. A REGULAMENTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS COMO MEIO DE GARANTIA DE PADRÕES DE INTEGRIDADE E IMPULSIONAMENTO DOS INVESTIMENTOS EM CRIPTOMOEDAS

4.3.1. A regulamentação das criptomoedas como meio de garantia de padrões de integridade

Em 2018, o FinCEN, dos EUA, constatou que a fiscalização e a supervisão são fatores essenciais para mitigar os possíveis riscos associados às criptomoedas. Tal medida tem por objetivo promover fiscalizações regulares e rotineira nos *money transmitters*¹⁵ – da mesma forma que instituições financeiras tradicionais – no intuito de fortalecer os mecanismos de integridade (TELLES, 2020, p. 115).

Em contraposição ao informado acima, segundo o relatório do FMI (2022)¹⁶, destacam-se as seguintes medidas usadas, no mercado criptográfico, para burlar a identificação de usuários: (1) o uso de *exchanges* e outros provedores de criptomoedas que não estejam em conformidade com sanções e/ou medidas de gerenciamento de fluxo de capital; (2) má implementação de procedimentos de due diligence adequados por fornecedores de criptomoedas; e (3) o uso de tecnologias e plataformas que aumentam o anonimato das transações (como *mixers*, trocas descentralizadas e moedas de privacidade).

Assim, as preocupações por regulação somente fazem sentido, desde uma perspectiva de **efetividade de controles próprios**, se houver a previsão de **programa de integridade** ou *compliance* a ser aplicado ao universo das criptomoedas (SILVEIRA, 2022, p. 158).

15. Segundo FinCEN apud (TELLES, 2020, p. 111): “Outro aspecto que merece destaque é a distinção entre usuários, *exchangers* (plataformas de negociação) e administradores. Usuário, segundo o relatório (*Application of FinCen’s Regulations to Persons Administering, Exchanging or Using Virtual Currencies*, FinCEN, 2013), é a pessoa que obtém criptomoedas para adquirir bens ou serviços. *Exchangers*, por sua vez, são definidos como aqueles que compram e vendem criptomoedas. São considerados administradores, por último, aqueles que criam criptomoedas (mineradores) para colocá-las em circulação. A distinção é importante porque apenas *exchangers* e administradores são considerados **money transmitters** e, portanto, sujeitos às disposições do BSA (*Bank Secrecy Act*) e à regulação do FinCEN”.

16. FMI. Em seu último relatório intitulado “**As implicações da guerra na Ucrânia sobre a estabilidade financeira**”. Disponível em: <<https://www.imf.org/-/media/Files/Publications/GFSR/2022/April/English/ch1.ashx>>. Acesso em: 6 mai. 2022.

No Brasil, ainda, as *exchanges*¹⁷ não são obrigadas a seguir as regras do COAF. Nesse sentido, qualquer regulação, inclusive em sintonia com as regulações observadas no mundo (vide panorama mundial – Tabela 2), inevitavelmente abordará a necessidade de as *exchanges* possuírem mecanismos e áreas estruturadas de *compliance*, com procedimentos similares às instituições financeiras tradicionais.

4.3.2. A regulamentação das criptomoedas como meio de impulsionamento de investimentos

Como qualquer outro setor da economia, os prestadores de serviços de criptomoedas precisam de regulação específica para que os investidores, principalmente os institucionais, que são avessos à maiores riscos, se sintam estimulados e protegidos ao investirem no setor.

Nesse sentido, é imperioso que se tenha regulação específica para o setor, principalmente quanto ao estabelecimento de mecanismos de integridade e de proteção do consumidor, de forma a inibir e prevenir fraudes e lavagem de dinheiro por criptomoedas.

Ante o exposto, entende-se que a regulação poderá impulsionar o mercado, além de dar mais segurança jurídica aos investidores.

4.3.3. Regulamentação das criptomoedas como meio de inibir ou prevenir à lavagem de dinheiro.

Conforme já exposto, as criptomoedas possuem características que os tornam aptos a serem utilizadas como instrumento do crime de lavagem de dinheiro.

No Brasil, a IN RFB nº 1888/2019 passou a exigir a identificação dos usuários de *exchanges* de criptoativos, todavia a regulação tem fins tributários e não de prevenção à lavagem de dinheiro (ESTELLITA, 2020).

Nesse sentido, e em linha com o panorama mundial, a regulação, além de dar mais segurança jurídica aos investidores, poderá estabelecer mecanismos de integridade e de proteção do consumidor, bem como poderá inibir e prevenir fraudes e lavagem de dinheiro por criptomoedas.

Nesse sentido, a regulação talvez se mostre válida. “*Não será, contudo, minimamente operacional, a menos que se proceda a isso em termos internacionais. Os exemplos das leis relativas à lavagem de dinheiro,*

anticorrupção e de compliance isso demonstram” (SILVEIRA, 2022, p. 187). O panorama mundial da regulação já demonstra, de certa forma, esse perfil: avanço exponencial da regulação no mundo sobre as criptomoedas, em particular a aplicação de leis tributárias e leis de combate à lavagem de dinheiro e contra o financiamento de terrorismo (leis AML/CFT). Haverá necessidade, portanto, de “*equilíbrio adequado entre a liberdade, do moderno, e o controle, do mercado*” (SILVEIRA, 2022, p. 187).

Assim, o foco deve ser não a inibição do uso da criptomoeda ou a operação em si e seus desdobramentos (foco secundário – uso da rastreabilidade do *Blockchain*), mas sim, **preventivo** (antes da troca de moeda nacional ou fiat por criptomoeda), incentivar o uso do sistema financeiro, principalmente PIX ou cartões de crédito e débito ou transferências bancárias, pois rastreável, ou seja, desincentivar o uso do dinheiro em papel, e incentivar, inclusive, o uso da moeda virtual nacional – vide projeto do Banco Central a respeito -, tendo em vista que tais medidas podem não somente diminuir os custos de operação de pagamento decorrente do uso do dinheiro em papel, como também propiciar a existência de um sistema tributário internacional, inibindo não somente a sonegação de impostos, mas também, inibindo a prática de ilícitos, ou, no mínimo, favorecendo a sua apuração/investigação.

Ou seja, a melhor regulamentação será aquela que propicie o direito de investir do cidadão, e que fomenta propósitos legítimos, assegurando a liberdade de investir, resguardando o seu poder de compra (anti-inflacionário) e retorno do investimento (poupa-se para colher no futuro), bem como iniba e previna fraudes e lavagem de dinheiro por criptomoedas.

Nesse sentido, destacam-se as contribuições de TELLES (2020, p. 140) para o setor:

Assim, conclui-se no sentido de que a posição mais indicada parece ser a que vem sendo adotada pela maioria dos reguladores, de acompanhar o mercado com poucas intervenções significativas para não inibir o pleno desenvolvimento da tecnologia, procurando-se, simultaneamente, evitar que a ausência de regulação produza efeitos indesejados”.

17. Conceito disposto na Instrução Normativa da N RFB nº 1888/2019, art. 5º, II: “**exchange de criptoativo**: a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos”.

Ao mesmo tempo, segundo a referida autora (TELLES, 2020, p. 140), deve-se buscar “*soluções que sejam capazes de, dentre outros aspectos (i) lidar com a questão do anonimato; (ii) evitar a existência de espaços virtuais aos quais o Estado não tem acesso*” (TELLES, 2020, p. 140).

Com efeito, para uma eficaz regulação preventiva (contra o uso errático das moedas virtuais), deve-se focar em:

- I. propiciar o direito de investir do cidadão, e que fomente propósitos legítimos, assegurando a liberdade de investir;
- II. estabelecer mecanismos de integridade e de proteção do consumidor;
- III. inibir e prevenir fraudes e lavagem de dinheiro por criptomoeda;
- IV. regular as empresas que negociam com moedas virtuais - SILVEIRA (2022, p. 139); e
- V. estabelecer para as prestadoras de serviços de ativos virtuais os mecanismos de integridade previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro.

Na sequência, a regulação posterior, pode focar em:

- VI. grandes empresas de bens e serviços que aceitam criptomoedas como pagamento (Em virtude da sua baixa aceitação ainda como moeda de pagamento. Uso preponderante como investimento – compra e venda de moedas no mercado, principalmente via *exchanges* – SILVEIRA, 2022, p. 139).

Só, por último, pensar, eventualmente, em atribuir obrigações aos possuidores da moeda virtual em si – (SILVEIRA, 2022, p. 139).

Certo é que a proibição é medida inadequada e destoante da realidade mundial, principalmente em países que pregam a liberdade como princípio basilar, em todos os aspectos, inclusive quanto ao direito de investir, da livre iniciativa e da concorrência. Além disso, proibir é medida típica de países autoritários, antidemocráticos. Em uma era onde tanto se discute à manutenção dos direitos fundamentais - das liberdades dos indivíduos -, v.g., da liberdade de expressão e pensamento, é razoável que haja, como em qualquer outro setor da economia, que haja regulamentação específica para que os investidores que são avessos à maiores riscos se sintam estimulados e protegidos ao investirem em criptomoedas. O marco regulatório é necessário também para evitar fraudes e lavagem de dinheiro.

Quanto à análise de qualidade (atender a necessidade social e eficácia) da regulação aprovada pelo Senado Federal, por meio do Projeto de Lei nº 4.401,

de 2021, na forma do Substitutivo, em 26/4/2022, restando prejudicado o Projeto de Lei nº 3.825, de 2019, cabe as seguintes considerações:

I. o referido Projeto preenche fielmente às orientações do FATF quanto às orientações internacionais da política Antilavagem de Dinheiro (SANTANA; MORAES, 2019).

II. acerta ao definir diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais, fixando responsabilidades e exigindo supervisão de seus clientes (KYC, da sigla em inglês para "know your client") e de suas transações (KYT, de "know your transactions") que integra os manuais de prevenção a crimes financeiros, já que a atribuição de identidade aos endereços, de *Bitcoins*, por exemplo, só pode ser feita por um terceiro (uma exchange, p.e.), tendo em vista que o código não contém ou comporta os dados pessoais do titular do endereço (GRZYWOTZ, 2019, apud ESTELLITA, 2020);

III. acerta ao conceituar ativo virtual;

IV. acerta ao prever a tipificação de "fraude em prestação de serviços de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros";

V. acerta ao estabelecer mecanismos de integridade e de proteção do consumidor. Inclusive, prevê que as prestadoras de serviços de ativos virtuais terão que manter separados os patrimônios de recursos financeiros e ativos virtuais dos respectivos lastros de titularidade para os clientes;

VI. acerta ao estabelecer para as prestadoras de serviços de ativos virtuais os mecanismos de integridade previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro (arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 9.613/1998);

VII. com a devida vênia aos entendimentos contrários, a regulamentação acerta ao prever uma lei principiológica, delegando-se ao nível infralegal a normatização de pontos não detalhados na lei. Entende-se que não seria possível detalhar toda e qualquer tipo de situação jurídica, ainda mais quando se considera a infinidade de espécies de criptomoedas no mercado (UHDRE; UENO, 2019, p. 71; GHIRARDI, 2020, p. 181). É preciso primeiro priorizar a regulamentação aos riscos críticos ao universo cripto, criar uma estabilidade jurídica mínima, neste ponto, o legislador foi muito sábio. Ademais, ganha-se velocidade com uma lei principiológica, fator relevantíssimo ao ambiente tecnológico. Em que pese argumentações de perda de estabilidade jurisdicional, entende-se que a estabilidade está presente, pois a regulamentação ataca justamente os riscos crí-

ticos associados. Ademais, abre-se a possibilidade de aprimorar a regulação à luz das boas práticas internacionais.

No mais, acerta em promover a facilitação (incentivos fiscais) para que ocorra a mineração das criptomoedas em solo brasileiro, pois poderá incentivar positivamente uma maior descentralização do controle desses *blockchains* que hoje na sua quase totalidade são processados ou “minerados” no hemisfério norte em países desenvolvidos.

Obviamente que regulamentação demais prejudica. No entanto, para o crescimento sadio do mercado, é imperioso que a regulamentação das criptomoedas garanta padrões de integridade, impulsionando, inclusive, os investimentos no setor. Tal medida é fundamental para que os investidores, principalmente os institucionais, que são avessos à maiores riscos, se sintam estimulados e protegidos ao investirem no setor.

Além disso, é fundamental que a regulamentação iniba ou previna a lavagem de dinheiro. Nesse sentido, é necessário que se tenha controles mínimos que evitem fraudes e lavagem de dinheiro com criptomoedas, bem como se puna os fraudadores e criminosos que cometem crimes.

Outrossim, quanto à normatização infralegal de pontos não detalhados no projeto de lei aprovado, seria interessante que:

se preveja claramente a competência dos órgãos encarregados da regulação do setor;

o órgão regulador competente crie uma metodologia de análise e acompanhamento das exchanges, de forma a avaliar os mecanismos de integridade (compliance) dessas corretoras;

a regulamentação crie mecanismos práticos que assegurem o direito de investir do cidadão, resguardando o seu interesse de investir, inclusive, prevendo imposto sobre o ganho capital condizente com os outros investimentos, por exemplo, a possibilidade de compensação de eventuais prejuízos em períodos futuros, bem como de mecanismos que evitem a ocorrência de fraudes e lavagem de dinheiro e facilitem o seu desvendamento; e

a regulamentação crie mecanismos de regulação condizentes aos diversos tipos de criptomoedas existentes.

Por fim, há muitas questões que poderão ser mais bem tratadas no futuro e requererão acompanhamento e discussão, tais como: (i) a regulação sobre grandes empresas de bens e serviços que aceitem criptomoedas como pagamento (a partir do momento que passarem a ter alta aceitação como

meio de pagamento); (ii) a regulação das chamadas *stablecoins* (vide caso da criptomoeda Terra (LUNA)¹⁸ que entrou em colapso, lesando investidores); e (iii) as consequências da criação do projeto Real Digital do Banco Central.

4.3.4. Blockchain como instrumento de combate à lavagem de dinheiro

Por fim, cumpre mencionar que a tecnologia *Blockchain* poderá ser uma importante ferramenta aliada à eficiência e controle dos gastos públicos e na transparência das informações na prestação de contas, rastreabilidade do dinheiro público. O *Blockchain*, conforme sabido, assegura a integridade das informações em razão de sua imutabilidade, dificultando fraude ou corrupção, sejam elas do setor público ou privado.

A transparência proporcionada pelas redes *blockchain* pode ajudar a identificar eventuais ilícitos cometidos, pois seria possível rastrear todo o histórico de pagamentos feitos pela organização que está por trás dos delitos bastando acessar os dados públicos da *blockchain* a partir da obtenção de informações conseguidas com a prisão de integrantes desse esquema (MATOS, 2021). Complementa o referido autor (2021) que, ao identificar uma ou mais dessas carteiras de movimentação ilícita, é possível descobrir redes de pagamento, cadastros e pontos de saques envolvendo operações ilegais.

Ante o exposto, a **tecnologia blockchain pode ajudar no combate à lavagem de dinheiro** (BRUFATTO, 2020), uma vez que possui características, tais como: transparência, imutabilidade e rastreabilidade das transações realizadas na rede, que possibilitam chegar ao endereço público e verificar a origem da transação. Destaca-se, inclusive, que há empresas especializadas em rastreamento de criptomoedas, por exemplo, a Elliptic e a Chainalysis. Tais empresas de consultoria são capazes de detectar e prevenir crimes financeiros em criptoativos, podendo mitigar riscos e fortalecer a integridade, inclusive, das exchanges.

5. CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, estudou-se, a partir de conceitos e levantamentos sobre o arcabouço regulatório mundial e do Brasil, a regulação de criptomoedas como instrumento de prevenção à lavagem de dinheiro.

18. COINTELEGRAPH. **Blockchain Terra é oficialmente suspensa após o colapso do preço do LUNA**. Disponível em: <<https://cointelegraph.com.br/news/breaking-terra-blockchain-officially-halted-following-luna-price-collapse>>. Acesso em: 12 mai. 2022.

Com esse enfoque, buscou-se apresentar a fase atual da regulação de criptomoedas, no Brasil e no mundo, como instrumento de prevenção à lavagem de dinheiro; apresentou-se como a regulação de criptomoedas pode fortalecer a atuação estatal na responsabilização administrativa, cível e penal de agentes públicos e empresas que lavam dinheiro para realizar suas operações ilegais; e, ainda, como a regulamentação de criptomoedas poderá propiciar padrões de integridade e impulsionar os investimentos em criptomoedas.

Por fim, verificou-se como a regulação preventiva das criptomoedas, em linha com a regulação mundial, em particular a aplicação de leis tributá-

rias e leis de combate à lavagem de dinheiro e contra o financiamento de terrorismo, poderá: (i) inibir e prevenir fraudes e lavagem de dinheiro com criptomoedas; (ii) favorecer a investigação e responsabilização de agentes públicos e empresas que lavam dinheiro e fraudadores e criminosos que cometem crimes; (iii) garantir padrões de integridade e de proteção do consumidor nas operações com criptomoedas; (iv) poderá impulsionar o mercado, além de dar mais segurança jurídica aos investidores; e (v) se valer da tecnologia *blockchain* como instrumento de combate à lavagem de dinheiro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mariana Dionísio de. Tratamento Jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos *Bitcoins* e o crime de lavagem de dinheiro. Brasília: Revista Brasileira de Políticas Públicas, v.7, n. 3, dez. 2017.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; LUNA, Arthur Augusto Barbosa. *Dark Web e Bitcoin: Uma Análise do Impacto do Anonimato Digital e das Criptomoedas na Prática do Crime de Lavagem de Dinheiro*. Revista Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, PB, v.9, n.2, p. 271-285, ago./dez. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 mai. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). Manual de Processo Administrativo Disciplinar. Brasília, jan. 2021.

BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). Manual de Responsabilização de Administrativa de Pessoas Jurídicas. Brasília, dez/2018.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 6 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm>. Acesso em: 6 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 6 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 6 mai. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia - COAF. Prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo: Fases da lavagem de dinheiro. Disponível em: <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro>>. Acesso em: 6 mai. 2022.

BRASIL. Receita Federal do Brasil (RFB). Instrução Normativa RFB nº 1899, de 10 de julho de 2019. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592>>. Acesso em: 6 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Corte Especial). APn 923/DF. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 23/09/2019, DJe 26/09/2019). Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502127164&dt_publicacao=26/09/2019>. Acesso em: 6 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Terceira Seção). Conflito de Competência nº 161.123 – SP. Relator: min. Sebastião Reis Júnior, 28 nov. Brasília. Disponível em: <<https://www.portaljustica.com.br/acordao/2161495>>. Acesso em: 6 mai. 2022.

BRASIL ECONÔMICO. Banco Central prevê regulamentação de criptomoedas, diz Campos Neto. Disponível em: <<https://economia.ig.com.br/2021-10-01/Bitcoin-criptomoeda-banco-central.html>>. Acesso em: 6 mai. 2022.

BRUFATTO, João José Turri. *Blockchain* em Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção. Actio Revista de Estudos Jurídicos, Maringá, PR, v. 1, n. 30, p. 63-82, jan./jun. 2020.

B3. Valor de mercado de todas as empresas da Bolsa de Valores do Brasil. Disponível em: <https://www.b3.com.br/pt_br/market-data-e-indices/servicos-de-dados/market-data/consultas/mercado-a-vista/valor-de-mercado-das-empresas-listadas/bolsa-de-valores-diario/>. Acesso em: 6 mai. 2022.

CRYPTO.COM. Crypto Market Sizing: Global Crypto Owner Reaching 300M. Jan. 2022. Disponível em: <https://assets.ctfassets.net/hfgyig42jimx/_5i8TeN1QYJDjn82pSuZB5S/85c7c9393f3ee67e456ec780f9bf11e3/Cryptodotcom_Crypto_Market_Sizing_Jan2022.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2022.

EQUIPE TORO INVESTIMENTOS. Conheça as principais e mais valiosas criptomoedas do mercado. Blog Toro Investimentos. Disponível em: <<https://blog.toroinvestimentos.com.br/principais-criptomoedas>>. Acesso em: 6 mai. 2022.

ESTELLITA, Heloisa. Criptomoedas e Lavagem de Dinheiro. Revista Direito GV, São Paulo, SP, v.16, n.1, Resenhas, jan./abr. 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/5ZM5yQPnV5yV3jQyDZyVCSR/?lang=pt>>. Acesso em: 6 mai. 2022.

FERNANDES, Joziel Barbosa. A responsabilidade penal, civil e administrativa das instituições financeiras e a (des)conformidade ao compliance. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: jun/2018. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51880/a-responsabilidade-penal-civil-e-administrativa-das-instituicoes-financeiras-e-a-des-conformidade-ao-compliance>>. Acesso em: 6 mai. 2022.

FINDER. Índice de Adoção de Criptomoedas Finder. Fev. 2022. Disponível em: <<https://www.finder.com.br/indice-de-adocao-de-criptomoedas-finder>>. Fev. 2022. Acesso em: 6 mai. 2022.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL – FMI. Global financial stability report: shock waves from the war in Ukraine test the financial system's resilience. Abr. 2022. Disponível em: <<https://www.imf.org/-/media/Files/Publications/GFSR/2022/April/English/ch1.ashx>>. Acesso em: 6 mai. 2022.

GAFI/FATF. Virtual Currencies: Key definitions and potencial AML/CFT risks. GAFI/FATF. Junho 2014. Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>>. Acesso em: 6 mai. 2022.

GALLIO, Alex Sander; GALLIO, Andressa Karina Pfeffer. O Impacto do *Blockchain* nas Relações Sociais Contemporâneas. Revista Criptomoedas e *Blockchain* Descomplicadas para Advogados, São Paulo, SP, v.1, n.1, p. 89-105, 2019.

GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez. Criptomoedas: aspectos jurídicos. São Paulo: Almedina, 2020.

GURREA-MARTINEZ, Aurelio; REMOLINA, Nydia. The Law and Finance of Initial Coin Offerings. Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper Series, n. 4, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3182261 <acessado em 25/04/2022>

G1. Operações com criptomoedas mais que dobram e atingem R\$ 200,7 bilhões em 2021, diz Receita. Fev. 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2022/02/17/operacoes-com-criptomoedas-mais-que-dobram-e-atingem-r-2007-bilhoes-em-2021-diz-receita.ghtml>>. Acesso em: 6 mai. 2022.

- HOFERT, Eduard. Regulating Virtual Currencies. Institute for Monetary and Financial Stability. Working Paper Series, Frankfurt, Germany, n. 130, 2019.
- INFOCHAIN. *Blockchain* para negócios. Revista Infochain, ed. Nov. 2017. Disponível em: < <https://enlaw.com.br/revista/339/ler>>. Acesso em: 6 mai. 2022.
- LAW LIBRARY OF CONGRESS. Regulation of Cryptocurrency Around the World. Nov. 2021. Disponível em: <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/lglrd/2021687419/2021687419.pdf>>. Acesso em: 6 mai. 2022.
- MATOS, Gino. Mercado *Bitcoin*. *Blockchain* permite identificar crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <<https://www.bloomberglinea.com.br/2021/12/27/blockchain-permite-identificar-crimes-de-lavagem-de-dinheiro/#:~:text=Identifica%C3%A7%C3%A3o,de%20saques%20envolvendo%20opera%C3%A7%C3%B5es%20ilegais>>. Acesso em: 6 mai. 2022.
- MOURA, Jéssyka de Sousa; DE LIMA, Sibéria Sales Queiroz. Análise da Possibilidade de Aplicação da Lei de Lavagem de Dinheiro no Mercado *Bitcoin*. Revista Vertentes do Direito. Palmas, TO, v. 6, n. 2, p. 248-272, jun./dez. 2019.
- MOURA, Henrique Perlatto; OLIVEIRA, Márcio Luís de. *Blockchain* e Banco Central – Um Contraponto da Tecnologia. Revista da PGBC. Brasília, DF, v. 13, n. 2, p. 26-38, dez. 2019.
- OCDE. Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard. 2022. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/public-consultation-document-crypto-asset-reporting-framework-and-amendments-to-the-common-reporting-standard.pdf>>. Acesso em: 6 mai. 2022.
- OCDE. How to deal with Bitcoin and Other cryptocurrencies in the System of National Accounts?. 2018. Disponível em: <[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=COM/SDD/DA-F\(2018\)1&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=COM/SDD/DA-F(2018)1&docLanguage=En)>. Acesso em: 6 mai. 2022.
- OLIVEIRA, Jordan Vinícius; LOPES, Marília Carneiro da Cunha. Considerações sobre anonimato, pseudoanonimato e criptomoedas. Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, RS, v. 9, n. 1, p. 159-176, abr. 2021.
- REVOREDO, Tatiana. *Blockchain* como uma Arquitetura Reguladora: Smart Contracts como Ferramenta ao Direito. Revista Criptomoedas e *Blockchain* Descomplicadas para Advogados, São Paulo, SP, v.1, n.1, p. 13-37, 2019.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 36ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 2202157-35.2017.8.26.0000. Relator Des. Milton Paulo de Carvalho Filho. São Paulo, 21 nov. 2017. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/522705994/2202157352017826000-0-sp-2202157-3520178260000/inteiro-teor-522706031>>. Acesso em: 6 mai. 2022.
- SANTANA, Hadassah Laís de Sousa; MORAES, Felipe Américo. Regulação das Criptomoedas: Política Anti-Lavagem de Dinheiro. Revista Relações Internacionais no Mundo Atual. Curitiba, PR, v. 1, n. 22, p. 348-363, jan./mar. 2019.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Bitcoin* e suas fronteiras penais: em busca do marco penal das criptomoedas - 4 reimpr. Belo Horizonte: ed. Plácido, 2022.
- TELLES, Christiana Mariani da Silva. *Bitcoin*, lavagem de dinheiro e regulação. Curitiba: Juruá, 2020.
- UHDRE, Dayana; UENO, Gisele. Os Desafios da Regulamentação e Tributação dos Criptoativos. Perspectivas Internacionais e Nacionais. Revista Criptomoedas e *Blockchain* Descomplicadas para Advogados, São Paulo, SP, v.1, n.1, p. 52-72, 2019.
- WERLE, Taina Daniele. Criptomoedas: Natureza Jurídica e Reflexos Tributários. Revista Direito Tributário Atual, São Paulo, SP, v.49, n.39, p. 345/372 out./dez. 2021.
- ZENKNER, Marcelo. O papel do setor privado na promoção da integridade nos negócios. In: Jorge Munhos de Souza e Ronaldo Pinheiro de Queiroz (organizadores). Lei anticorrupção e temas de compliance. 2 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

Modelo de Maturidade • Um avanço na gestão correcional

Eveline Martins Brito¹, Jorge Arzabe², Pedro Crisóstomo³ e Carla Cristina Gomes Arede⁴

Resumo: O Modelo de Maturidade Correcional - CRG-MM foi desenvolvido com o objetivo de oferecer às unidades setoriais de correção as melhores práticas para avaliar e desenvolver capacidades na gestão de suas atividades. O modelo também passa a ser um importante instrumento de supervisão correcional, possibilitando ações estruturantes para o Sistema de Correção do Poder Executivo Federal - SisCor, mas também, permite ações individualizadas de acordo com as necessidades de cada unidade do Sistema. Com o uso do modelo, de forma abrangente e intensa pelas unidades correcionais, pretende-se o fortalecimento da integridade pública, tendo as atividades de correção com um de seus pilares, com a consequente melhora da governança e entrega de valor público com contribuições efetivas das unidades correcionais na evolução de políticas públicas e na prestação de serviços de interesse da sociedade. Ademais, o modelo dá luz à possibilidade dos resultados correcionais contribuírem com a gestão de riscos da organização, oferecendo a alta administração a identificação, avaliação e a possibilidade de gerenciar potenciais eventos que possam afetar os objetivos institucionais. Por fim, oferece um roteiro alicerçado nas melhores práticas que visa posicionar as atividades correcionais como estratégicas na organização e promotoras da integridade pública e do aumento da confiança da sociedade na organização. Palavras-chave: Modelo de maturidade. Correção. Integridade. Governança.

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro, organizado como federação, estabelece reserva de competência para legislar sobre o poder disciplinar aos diferentes entes federativos: União, estados e municípios, da mesma forma como ocorre com cada um dos poderes da República, executivo, legislativo e judiciário.

Enquanto nos poderes judiciário e legislativo (federal e estadual) há estruturas próprias de Corregedoria, sediadas nos tribunais e das câmaras e assembleias legislativas, no Poder Executivo dos entes subnacionais pouco se observa a especialização da atividade correcional, principalmente nos municípios.

Atenta à necessidade de orientação e uniformização de procedimentos correcionais a Corregedoria-Geral da União lançou o Portal de Corregedorias, que é um instrumento para divulgação e troca de informações sobre a atividade correcional na esfera

pública, com vistas a melhorar a segurança jurídica, assim como aumentar a efetividade da atividade correcional de um modo geral, em especial, no combate à corrupção.

Em 2020, numa iniciativa mais recente, a Coordenação-Geral de Promoção de Integridade do SISCOR vinculada à Diretoria de Gestão do Sistema de Correção do Poder Executivo Federal da CRG, desenvolveu e implementou o Modelo de Maturidade Correcional - CRG-MM, ferramenta de gestão oferecida ao Sistema de Correção do Poder Executivo Federal - SisCor, que tem como premissa o autoavaliação do estágio de evolução da unidade correcional e o oferecimento de procedimentos para o aperfeiçoamento das práticas de gestão e governança.

1. Auditora Federal de Finanças e Controle, em exercício na Ouvidora-Geral da Presidência da República; eveline.brito@presidencia.gov.br
2. Auditor Federal de Finanças e Controle. Coordenador da Coordenação-Geral de Promoção de Integridade do Sistema de Correção do Poder Executivo Federal - COPIS; jorge.arzabe@cgu.gov.br
3. Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União (desde julho de 1991); pedro.rosario@cgu.gov.br
4. Auditora Federal de Finanças e Controle / CGURJ - Controladoria Geral da União no Estado Rio de Janeiro; carla.aredede@cgu.gov.br

O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal - SisCor

Compete à Corregedoria Geral da União realizar a avaliação e a supervisão das atividades desenvolvidas nas unidades correcionais, estabelecendo e instituindo práticas que fortaleçam as iniciativas de ações voltadas à prevenção e a efetiva punição pela prática de atos lesivos contra a administração pública.

Para cumprir essa competência em 2005 foi criado o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal – SisCor que abarca a administração direta e indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) do Poder Executivo Federal, compreendendo em torno de 240 órgãos e entidades.

Referida competência tem como principal objetivo a uniformização de técnicas correcionais e o compartilhamento de boas práticas, com vistas ao fortalecimento das unidades correcionais.

A Corregedoria-Geral da União, órgão central do Sistema de Correição, dedicou-se inicialmente à formação de quadros; ao fomento para constituição de novas unidades correcionais no âmbito federal; ao aperfeiçoamento normativo e orientativo; bem como, ao desenvolvimento de sistemas de suporte para a organização e gestão das informações correcionais.

A estruturação do SisCor exigiu a convivência de diferentes regimes disciplinares, uma vez que as empresas públicas podem normatizar sobre a matéria, assim como há normas específicas para classes de servidores públicos, em especial aos que exercem, por exemplo, funções de advocacia pública, polícia e forças armadas.

Se soma à diversidade de regimes disciplinares as diferenças fáticas entre as organizações: número de servidores ou empregados; orçamento disponível; estrutura organizacional; formas de prestação serviços e de realização de contratações dentre outras. A título de exemplo tem-se unidades correcionais organizadas, de forma centralizada ou descentralizada, contando com mais de duzentos agentes até pequenas unidades, que por vezes são compostas por apenas uma pessoa ou comissão permanente.

A partir desse leque tão amplo de situações, durante anos, a principal estratégia de supervisão disciplinar consistia no acompanhamento da condução de processos selecionados como prioritários, classificados a partir de diversos graus de risco e exposição das organizações. A seleção dos processos prioritários levava em conta o envolvimento de autoridades, o valor econômico da causa, reincidências, repercussão do caso, dentre outros critérios.

A partir do gerenciamento de informações foi possível a utilização de *Business Intelligence - BI* para gerar informações estratégicas, com destaque para alguns indicadores: - o tempo médio de duração dos processos; - percentual de prescrições (o poder de punir do estado prescreve após cinco anos do conhecimento do fato); - percentual de processos que resultaram em algum tipo de punição; e, - percentual de reintegração (quando o servidor expulso administrativamente retorna à administração por decisão judicial).

Com a análise dos indicadores foi possível verificar o custo/benefício de processos administrativos os quais se mostraram elevados e, em muitas das vezes, não apresentavam resultados que justificassem o esforço, pois finalizavam ou com nenhum tipo de sanção, ou com sanções apenas de advertência ou de suspensão de até 30 dias.

Na busca de soluções mais rápidas e efetivas a CRG normatizou a resolução consensual de conflitos, adotando-se para esse fim a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, que consiste em procedimento administrativo celebrado entre os agentes públicos interessados e os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Aplica-se para os casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, desde que atendidos os requisitos exigidos em norma. Com isso, é possível que o agente público interessado se responsabilize, quando houver, pelo ressarcimento do dano causado e/ou se comprometa a observar deveres e proibições previstos na legislação vigente.

Com o objetivo de tornar os procedimentos correcionais mais uniformes foi estabelecida a obrigatoriedade da adoção de uma ferramenta denominada “Matriz de Responsabilização”. Tal instrumento de planejamento e controle define os elementos necessários para abertura de processos de responsabilização de agentes públicos e entes privados. Construída na fase investigativa, a matriz delimita o escopo do processo, apresentando, de forma clara: a) o fato ou conduta a ser analisada; b) o agente público ou ente privado relacionado à irregularidade; c) as evidências, ou seja, todos elementos de informação conhecidos que façam a relação entre o fato e o agente; e, d) a tipificação da conduta. A inexistência de um ou mais desses elementos desautoriza a instauração de processos correcionais, arquivando o processo investigativo, com a ressalva de reabertura se novas informações completarem a matriz.

Na busca da maior qualidade e celeridade processual, ampliou-se e consolidou-se o planejamento das ações, tanto nos processos investigativos como nos de responsabilização, observando que os pro-

cessos disciplinares ou correccionais se assemelham a projetos, com etapas previstas e acordadas com os membros das comissões.

Além dessas medidas, os fatos conexos deixaram de ser examinados no mesmo processo administrativo, pois quando os responsáveis se deparam com novas infrações ou pessoas envolvidas, devem comunicar à autoridade instauradora para análise e decisão quanto à abertura de novas apurações, quando necessário. Antes dessa orientação o processo por muitas vezes não era concluído no tempo regulamentar porque, recorrentemente, se abria uma nova linha de apuração, trazendo com isso novos fatos e agentes a serem investigados.

Essas iniciativas permitiram circunscrever o foco dos processos alocando energia e esforços na busca de elementos de prova, resultando na melhoria da qualidade da instrução processual e a diminuição do tempo de duração dos mesmos.

A nova abordagem da supervisão correccional – Modelo de Maturidade Correccional

A mudança da supervisão da condução da atividade correccional, originalmente orientada no âmbito dos processos – com visão estritamente jurídica-processual - passou para o enfoque do apoio à gestão correccional, com ênfase no planejamento, execução, avaliação e controle das atividades.

Para possibilitar essa nova abordagem foi desenvolvida metodologia que permitisse às unidades correccionais realizarem sua própria autoavaliação, de forma autônoma, direta e objetiva, além de oferecer referências para sustentar um desenvolvimento gradual de suas atividades, levando a patamares melhores de maturidade correccional. Desta forma, foi desenvolvida a matriz do modelo de maturidade correccional, estruturada e ordenada em macroprocessos (conhecidos mundialmente pela sigla KPAs - *Key Performance Areas*) básicos/fundamentais de trabalho e das atividades essenciais que compõem cada um desses.

A ampliação do foco da supervisão permitiu a inclusão, no debate, de processos de trabalho que até então eram tidos como secundários na gestão correccional, ou seja, além das atividades típicas de processos administrativos - processos investigativos

e de responsabilização - começaram a ser analisados diversos outros processos operacionais, táticos e estratégicos relevantes à uma gestão de resultados.

O Modelo de Maturidade Correccional – CRG-MM tem como principal objetivo agregar valor à gestão e posicionar as unidades correccionais como pilares de integridade pública e efetivamente atuantes no combate à prática de ilícitos. O modelo propõe ferramentas para estruturação, o conhecimento e o gerenciamento dos processos sob a responsabilidade das unidades correccionais, de forma a identificar pontos passíveis de melhoria e gerar informações estratégicas, como por exemplo, a identificação dos riscos de corrupção que a instituição está exposta, a partir dos resultados dos trabalhos correccionais. Com isso, se coloca, efetivamente, como um dos pilares de integridade da organização, já que passa a identificar, de forma estruturada e organizada, os pontos críticos dos processos de trabalho da organização, possibilitando a tomada de decisão direcionada dos dirigentes para mitigar, eliminar, transferir ou aceitar tais riscos.

Somam-se às atividades punitivas *stricto sensu*, outras estabelecidas no CRG-MM, destacando-se: o planejamento das atividades; o gerenciamento de pessoas e equipes (comissões); a execução, acompanhamento e avaliação dos processos; o desempenho e a transparência dos resultados de dados correccionais; a contribuição na análise e mitigação de riscos da organização a partir da classificação e análise das ações correccionais, a integração com as demais estruturas organizacionais que compõem a integridade pública; e, por fim, o apoio e contribuição à alta gestão para melhoria dos processos e das políticas públicas.

A matriz do Modelo de Maturidade Correccional, já na versão 2.0 (revista e atualizada pela CRG), constante da Figura 1 se divide em quatro Elementos de Avaliação (as colunas): I – Serviços e Papel da Atividade Correccional; II – Gerenciamento de Pessoas; III, Gerenciamento do Desempenho e Transparência; e, IV – Governança e Relação Institucional, ao passo que os Níveis de Maturidade Correccional (as linhas), são diferenciados pelos graus de desempenho esperados: I – Inicial; II – Padronizado; III – Integrado; IV – Gerenciado; e V – Otimizado.

FIGURA 1: MATRIZ DO MODELO DE MATURIDADE CORRECCIONAL

ELEMENTOS X NÍVEIS	SERVIÇOS E PAPEL DA AC (ATIVIDADE CORRECCIONAL)	GERENCIAMENTO DE PESSOAS	GERENCIAMENTO DO DESEMPENHO E TRANSPARÊNCIA	GOVERNANÇA E RELACIONAMENTO ORGANIZACIONAL
Nível 5 OTIMIZADO	KPA 5.1 - USC RECONHECIDA COMO AGENTE DE MUDANÇA	KPA 5.2 - EQUIPES ENGAJADAS	KPA 5.3 - USC NO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO	KPA 5.4 - USC RECONHECIDA PELA SOCIEDADE
Nível 4 GERENCIADO	KPA 4.1 - ATUAÇÃO PREVENTIVA A PARTIR DE RISCOS E VULNERABILIDADES	KPA 4.2 - GESTÃO EFICAZ DE EQUIPES	KPA 4.3 - MEDIDAS DE RESULTADOS E DESEMPENHO	KPA 4.4 - COMPONENTE ESSENCIAL DA INTEGRIDADE
Nível 3 INTEGRADO	KPA 3.1 - JULGAMENTO DE PROCESSOS CORRECCIONAIS ACUSATÓRIOS	KPA 3.2 - PROFISSIONAIS QUALIFICADOS	KPA 3.3 - TRANSPARÊNCIA	KPA 3.4 - ATUAÇÃO COM INDEPENDÊNCIA
Nível 2 PADRONIZADO	KPA 2.1 - PROCEDIMENTOS CORRECCIONAIS INVESTIGATIVOS KPA 2.2 - RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS E ENTES PRIVADOS	KPA 2.3 - DESENVOLVIMENTO PROFISSIONAL INDIVIDUAL	KPA 2.4 - PLANEJAMENTO KPA 2.5 - GERENCIAMENTO E APRESENTAÇÃO DE INFORMAÇÕES	KPA 2.6 - INTERLOCUÇÃO E COOPERAÇÃO
Nível 1 INICIAL	Atividade não estruturada; dependente de esforços e habilidades individuais; resultados não sustentados; falta de estrutura e recursos (financeiros, humanos e tecnológicos). * Todas as organizações são em regra categorizadas no primeiro nível de MATURIDADE correccional até que tenham concluído a sua avaliação.			

Fonte: Portal de Corregedorias - <https://www.gov.br/corregedorias/pt-br/acoes-e-programas/siscor/modelo-de-maturidade-correccional-cgm> (Consulta em 24/07/2022)

Os macroprocessos (KPAs) compõem a matriz e indicam os procedimentos que devem ser adotados para o alcance de determinado nível, com descrição detalhada do que deve ser implementado e mantido na realização da atividade correccional.

O modelo foi desenvolvido para oferecer as unidades com os mais diversos graus de maturidade procedimentos e macroprocessos orientadores correspondentes à estrutura de governança, bem como aos padrões de integridade da organização a que a unidade correccional está inserida. Assim, organizações em graus de integridade mais robustos devem possuir unidades correccionais em níveis mais altos de maturidade, independentemente de porte, risco ou estrutura.

Os níveis do CRG-MM

I - Nível 1 - Inicial

Neste nível as atividades correccionais ainda não estão estruturadas, os processos de responsabilização são gerenciados de forma isolada, a qualidade das apurações e análises depende de esforços e habilidades individuais, os resultados e o desempenho correccional não são sustentados, e há falta de estrutura e de recursos (financeiros, humanos e tecnológicos) para o desempenho da atividade. Tal situação decorre do fato de os macroprocessos ainda não terem sido implementados pela organização, isto é, não são executados de forma repetida e sustentada.

Todas as unidades correccionais são, em regra, categorizadas no primeiro nível de maturidade correccional até que tenham concluído a sua primeira autoavaliação e identificado o seu atual nível de maturidade.

II - Nível 2 – Padronizado

No nível 2 os principais procedimentos e práticas correcionais são executados de forma padronizada e institucionalizada e já se observa o desenvolvimento inicial das estruturas de gerenciamento da atividade correcional.

Pode-se dizer que a linha divisória entre o Nível 1 o Nível 2 é o alcance da impessoalidade na condução das atividades essenciais.

III - Nível 3 - Integrado

No nível 3 as atividades correcionais já contemplam competência para julgamento, o desenvolvimento da transparência correcional (ativa), assim como, prevê uma atuação com independência, ou seja, com capacidade para realização de seu propósito.

IV - Nível 4 – Gerenciado

No quarto nível já se observa a prevenção de ilícitos a partir do mapeamento de riscos e vulnerabilidades, a gestão de equipes com base em projetos, a adoção de medidas de desempenho correcional ampliadas e estabelecidas como norteadores dos processos de melhoria contínua e a participação ativa da unidade setorial como componente essencial da integridade.

V - Nível 5 – Otimizado

No quinto e último nível há a incorporação de análises dos ambientes interno e externo da organização para orientar a inovação e o aprimoramento contínuo, bem como, o engajamento das equipes. A atividade correcional faz parte dos objetivos e do planejamento estratégico da organização. Nesse estágio é realizada a aferição da sensação de impunidade e da confiabilidade, com foco nos resultados correcionais.

Os elementos do CRG-MM

I - Elemento de Avaliação - Serviços e papel da atividade correcional

Este elemento trata basicamente do negócio da atividade correcional. Nele se busca estabelecer um novo patamar de atuação das unidades na organização.

O aumento da maturidade das atividades correcionais é prioridade, ou seja, as unidades devem evoluir em suas competências no que tange aos procedimentos investigativos e à instauração, condução e julgamento dos processos de responsabilização de agentes públicos e entes privados, trazendo para as

unidades correcionais as referidas competências, que em muitas das vezes estão sob a responsabilidade direta da autoridade máxima da organização, o que não é recomendável, seja pela especialidade que a atividade requer, seja pelo próprio risco da atividade, ampliado com a Lei de Abuso de Autoridade.

A especialização do trato da matéria correcional, dentro de uma unidade estruturada, permite maior independência na tomada de decisões, preservando a autoridade máxima como instância recursal para casos particulares, seja pela pessoa investigada (no caso de processos envolvendo autoridades de autarquias, fundações e agências reguladoras), seja pelo tipo de sanção (normalmente as expulsivas).

Ressalte-se que com o advento da Lei Geral de Proteção de dados foram atribuídas, tanto ao setor público como ao privado, responsabilidades de tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Com isso, os procedimentos disciplinares foram diretamente afetados e devem atentar para o tratamento de toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração. Ou seja, as atividades correcionais devem garantir a proteção de dados em todas as suas etapas, como por exemplo, na guarda de documentos e informações referentes a cadeia de custódia.

O conjunto do conteúdo dos procedimentos e processos correcionais constitui-se em um acervo de dados com informações da organização, que uma vez catalogados e mapeados permitem subsidiar mudanças a nível estratégico, assim como podem ser elementos importantes para fomentar a mitigação de riscos, seja por campanhas preventivas ou melhoria nos processos de trabalho da organização. Importante citar o conceito de gestão de riscos previsto no Decreto nº 9.203/17 como:

processo de natureza permanente, estabelecido, direcionado e monitorado pela alta administração, que contempla as atividades de identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a organização, destinado a fornecer segurança razoável quanto à realização de seus objetivos.

Para que esse tipo de trabalho possa ser realizado com eficiência é necessário um controle efetivo das informações organizadas em bancos de dados e o uso correto dos sistemas correccionais, motivo pelo qual há um KPA específico para o gerenciamento das informações e dados correccionais, bem como a participação de agentes que participam direta ou indiretamente no processo e que detenham as informações e conhecimento para mapear e identificar os riscos envolvidos.

II - Elemento de Avaliação - Gerenciamento de pessoas

O gerenciamento de pessoas dentro da administração pública brasileira está alocado nas áreas de recursos humanos que desempenham, no mais das vezes, funções burocráticas de departamento pessoal, folha de pagamento, férias e, quando aprovado por legislação, elaboração de um plano de cargos e salários (ou plano de carreira), o que confirma a importância de cada área específica se organizar quanto à gestão de seu pessoal para o aprimoramento do trabalho, com inovação, reconhecimento e motivação do time.

A construção do modelo de gerenciamento de pessoas segue a premissa de entrega de melhores resultados a partir de colaboradores capacitados, engajados e motivados.

A inovação constitui-se em elemento motivacional e de estímulo ao engajamento das equipes, uma vez que, dado os limites orçamentários e normativos, o recurso de promoções e melhorias salariais é limitado.

Neste elemento há valorização da rotatividade entre áreas, do apoio ao desenvolvimento de lideranças e fomento para que os colaboradores se sintam confiantes a assumirem diferentes responsabilidades dentro de suas atribuições.

III - Elemento de Avaliação - Gerenciamento do desempenho e transparência

Neste elemento o planejamento das ações e a escolha dos dados e informações para suporte e acompanhamento da gestão são fundamentais para o atendimento dos critérios exigidos, com foco na transparência ativa.

A aferição dos resultados capazes de avaliar a produtividade, custos e benefícios (resultados financeiros e não financeiros), assim como o desenvolvimento de outros indicadores que captem e expliquem o desempenho da unidade, são fomentados no CRG-MM.

IV - Elemento de Avaliação - Governança e relacionamento institucional

A comunicação e a cooperação são os termos que balizam esse grupo de macroprocessos da atividade correccional. Como dito anteriormente, o desenvolvimento do Modelo de Maturidade foi centrado na participação, princípio democrático que permeia a toda administração pública.

Como as demais áreas de defesa do estado e promotoras da integridade pública, a comunicação regular com a alta administração é fundamental, assim como a cooperação com outras unidades correccionais.

O planejamento e execução de atividade de prevenção de ilícitos constitui-se em parte essencial desse trabalho. A atividade preventiva se dá no movimento de aproximação da unidade correccional com o restante da organização. Essa aproximação pode se dar de diferentes formas presenciais ou virtuais. A aproximação da unidade correccional com as pessoas da organização tem o potencial de catalisar mudanças culturais no ambiente organizacional com resultados nos esforços de ampliação da integridade.

Outro ponto diz respeito à independência e autonomia da atividade correccional, visto que para tanto são necessárias prerrogativas que assegurem o seu pleno exercício. Dentre essas prerrogativas se destacam o irrestrito acesso a processos, sistemas e recursos humanos.

Nesse patamar, e a partir de pesquisas estruturadas e aplicadas em seu público-alvo, a unidade correccional afere o nível de reconhecimento da sociedade, com resultados mensuráveis, em relação à sensação de diminuição da impunidade e o do grau de confiabilidade nos resultados alcançados, a partir das ações correccionais, concluindo o ciclo de desempenho máximo da maturidade correccional.

O CRG-MM está alinhado aos princípios e diretrizes do Decreto nº 9.203/17, considerando que no mais alto nível de maturidade a unidade correccional passa a ter melhor capacidade de resposta; contribui com a integridade da organização e com o aumento da confiabilidade da sociedade em suas ações e resultados; presta contas identificando responsabilidades e promove a transparência das informações correccionais.

A primeira revisão do modelo CRG-MM

A partir da experiência de 2020, quando a autoavaliação foi realizada por adesão pelas unidades correccionais, o modelo foi revisto, com o objetivo principal de simplificá-lo, o que foi alcançado a partir da revisão dos KPAs e das atividades essen-

ciais A simplificação diminuiu macroprocessos e atividades, visando facilitar a aplicação do modelo de maturidade.

Na mesma revisão, demonstrando que o modelo não é estático, buscou-se eliminar atividades que não agregavam valor suficiente à maturidade correcional. Por outro lado, identificou-se uma melhora gradual na normatização do SisCor, bem como a continuidade na difusão das ferramentas já existentes, dentre elas: o Roteiro Unificado de Métodos Operacionais – RUMO; as Calculadoras de Penalidades Administrativas e de Viabilidade de TAC e do uso intensivo do Sistema e-PAD.

Outro objetivo buscado na revisão do modelo foi dar maior objetividade na apresentação e verificação de evidências, esforço este culminou na decisão das unidades correcionais, em 2022, terem a “Autoavaliação Assistida”. Essa nova forma de realizar a autoavaliação pressupõe algumas mudanças importantes nas etapas e na forma adotada até aquela ocasião, pois o acompanhamento e validação das evidências pela CRG se dá quando a unidade correcional está realizando a autoavaliação.

A mudança proporcionou uma maior aproximação da CRG com as unidades correcionais e, conseqüentemente, o fortalecimento da supervisão correcional. Ademais, a autoavaliação passou a ser obrigatória exigindo um esforço de planejamento da CRG que permitisse o acompanhamento individual das unidades em suas autoavaliações.

Desta forma, foi feito um cronograma em quatro etapas, cada uma contemplando, em média, um quarto das unidades do SisCor, permitindo um acompanhamento individualizado por parte da CRG durante o processo de realização da autoavaliação. Essa nova etapa proporcionou um apoio a cada unidade setorial de correção, com um mínimo de quatro horas de orientação e suporte destinado a cada unidade.

Em 2020, na primeira rodada do CRG-MM, as unidades realizaram as autoavaliações sem que fossem verificadas se as evidências apresentadas supriam os critérios de “existência” e “institucionalização”. Ressalte-se que os referidos critérios são definidores das evidências aceitas para atendimentos de cada atividade prevista no modelo. Essa decisão objetivou uma maior responsabilidade das unidades correcionais em conhecer os critérios do modelo e permitir uma reflexão individualizada de sua posição de maturidade, sem que houvesse a necessidade de validação por parte da CRG ou dos pares.

Já na segunda rodada de autoavaliação, ocorrida em 2022, cada evidência passou pelo crivo da CRG, de tal modo que foi possível verificar se o que

era apresentado pelas unidades atendia ou não aos critérios previstos, o que levou a orientações individualizadas e resultados mais precisos, uniformes e, principalmente, que permitiram fazer uma avaliação do estágio da gestão correcional de todo o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal. A partir desses dados, o órgão central do SisCor terá subsídios para aprimorar as orientações e entregar produtos que contribuam, de forma mais eficaz, para a melhoria contínua do Sistema.

Reflexões sobre a primeira rodada – Exercício de 2020

Após concluído o primeiro ciclo de autoavaliação das unidades correcionais do Poder Executivo federal, se fez necessário a análise e reflexão acerca das experiências e lições apreendidas.

A premissa inicial do modelo foi de que a participação, na primeira rodada, seria por adesão, ou seja, de caráter não obrigatório. Se por um lado essa escolha gerou um envolvimento de unidades correcionais que efetivamente compreenderam a importância da proposta e se envolveram, em grande medida, com um comprometimento para realizarem a autoavaliação e buscarem as evidências para a “existência” e a “institucionalização”, por outro, 52% das unidades correcionais não participaram. No entanto, a primeira rodada realizada com adesão integral de 48% das unidades, foi um momento ímpar para estreitar a aproximação e confiança entre a CRG e as unidades setoriais do SisCor. Ademais, as unidades participantes detinham grande representatividade no âmbito do Poder Executivo federal, pois abrangiam aproximadamente 70% (716 mil) dos servidores e 83% (US\$ 700 bilhões) do orçamento. Assim, a decisão do órgão Central do SisCor, para a próxima rodada, foi de que a autoavaliação da maturidade correcional seria obrigatória.

Além disso, e principalmente, as unidades que realizaram a sua autoavaliação obtiveram uma avaliação de sua maturidade correcional e estabeleceram o nível alvo almejado.

A equipe da CRG responsável no processo envolveu-se ativamente na sensibilização e na capacitação das unidades correcionais que realizaram suas autoavaliações, etapa que precedeu o uso do Sistema e-Aud (Sistema de Gestão de Auditoria da CGU) e que viabilizou a aplicação do modelo de forma integral

Já na etapa de autoavaliação, que durou dois meses, a estratégia foi manter uma interação próxima e constante com as unidades correcionais, oferecendo e viabilizando os mais diversos canais de comunicação, com criação de grupo de mensagens, e-mail específico para tratar das questões do

CRG-MM, bem como plantões semanais, viabilizados pelo aplicativo de videoconferência, abertos aos colaboradores das unidades correcionais e conduzidos pelos servidores da CRG, tratando de pautas pré-definidas e divulgadas com antecedências que versavam sobre temas do modelo.

Nesta etapa, foi possível criar um repositório com as dúvidas, dificuldades apontadas, como por exemplo, o entendimento de novos conceitos do modelo (existência e institucionalização), bem como as respectivas comprovações daqueles critérios, conforme estabelecido no CRG-MM. Essa dificuldade de entendimento tornou-se, em muitos casos, um óbice à interpretação/avaliação de que certa atividade essencial já estivesse sido implementada. Porém, a identificação dessas questões permitiu que a CRG trabalhasse em ações facilitadoras, como por exemplo, o oferecimento de dicas diárias sobre questões conceituais e operacionais, elaboração de infográfico, dentre outras.

Como resultado da primeira rodada, oito unidades se posicionaram como pertencentes aos níveis 2, 3, 4 ou 5, enquanto 93% se autoavaliaram no nível 1 - inicial. Esses resultados, *a priori*, demonstram o comprometimento das unidades correcionais em aplicarem a metodologia da forma mais adequada e aderente possível, buscando o retrato mais próximo de sua maturidade. Importante ressaltar, que as autoavaliações não foram validadas pela CRG. Desta forma, não se pode afirmar que as oito unidades com autoavaliação acima do nível 1 de fato ocupam o nível apresentado após a aplicação da metodologia. Esse fato levou à decisão de que a próxima rodada fosse realizada de forma assistida em que, no decorrer do processo da autoavaliação, a CRG já validasse o nível da unidade correcional.

No entanto, como um modelo de maturidade funciona como um guia para a organização de tal maneira que ela possa localizar onde está e como está, “espelhando-se” nele para, em seguida, realizar um plano de ação para chegar a algum ponto melhor do que o atual, é fundamental o pleno e real conhecimento de suas atuais rotinas de trabalho.

Outra questão relevante, que pode ter afetado os resultados alcançados, é o ineditismo do próprio modelo CRG-MM dado que foi a primeira vez que as atividades correcionais a serem desenvolvidas no âmbito do SisCor foram amplamente identificadas, detalhadas e descritas como boas práticas a serem implementadas pelas unidades correcionais.

Os plantões de orientação às unidades correcionais para aplicação do modelo foi uma prática adotada que se mostrou exitosa, pois em paralelo à troca de informações e experiências as unidades correcio-

nais contavam com o apoio e a orientação semanal da equipe especializada da CRG. Considerando a importância desta prática, fato este inclusive atestado por meio da pesquisa de satisfação realizada ao final da primeira rodada de autoavaliação, se decidiu dar continuidade aos encontros semanais no intuito de apoiar as unidades correcionais na elaboração dos seus planos de ação para evolução dentro do modelo.

Da autoavaliação assistida – Exercício de 2022

No primeiro semestre de 2022, iniciou-se o processo de Autoavaliação Assistida, no qual a CRG primeiramente avalia e dá *feedback* quanto ao diagnóstico elaborado e depois analisa e valida as evidências trazidas por cada unidade setorial.

O processo permite uma interação com cada unidade quanto à abordagem a ser dada à gestão correcional e tem demonstrado o quanto ainda há para se construir para o amadurecimento da gestão técnica e administrativa das unidades setoriais de correção e a efetiva integridade do SisCor.

A metodologia assistida permite uma aproximação do órgão central com as unidades setoriais a partir do tema da gestão correcional e o aprendizado dá em mão dupla, ou seja, tanto o órgão central se aproxima da realidade das setoriais como essas tem a oportunidade de conhecer o modelo de maturidade e as motivações das ações elencadas como relevantes para a melhoria da gestão correcional.

Distorções são reduzidas a partir do acompanhamento das autoavaliações, permitindo um resultado mais fidedigno da análise da realidade da gestão correcional e o planejamento de ações concretas para a melhoria da gestão das unidades setoriais de correção do SisCor.

Conclusão

A supervisão da atividade correcional com enfoque na gestão técnica e administrativa das unidades correcionais, a partir dos elementos de avaliação; - Serviços e Papel da Atividade Disciplinar, - Gerenciamento de Pessoas, - Gerenciamento de Desempenho e Transparência e - Governança e Relacionamento Institucional, permite o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis para o combate à ocorrência de irregularidades e à corrupção, bem como à geração de um ambiente de integridade. A mudança paradigmática do foco, antes centrado no acompanhamento e verificação de processos administrativos investigativos e sancionadores para a gestão estruturada da atividade correcional, ampliou o debate dando

maior visibilidade à função correcional, inserindo-a nos contextos interno e externo das organizações públicas com maior efetividade.

O desafio que se impõe à CRG e às unidades correcionais é que o instrumento CRG-MM seja utilizado, de fato, como apoio à gestão e à governança, contribuindo efetivamente no planejamento, organização, acompanhamento e nos resultados cada vez mais qualificados das atividades correcionais. Para isso, não obstante a complexidade do modelo, o seu uso deve trazer soluções de fácil aplicabilidade e compreensão para que cumpra sua finalidade, de alavancar a evolução da maturidade da gestão cor-

recional do SisCor. O objetivo é obter resultados da atividade correcional cada vez melhores e em patamares mais elevados quanto à apuração dos indícios de condutas irregulares praticadas por servidores e empregados públicos, bem como por pessoas jurídicas que se relacionam com a Administração Pública. Essa linha de atuação vai ao encontro dos anseios da sociedade, que espera da Administração Pública e de seus agentes o desempenho de atividades com presteza, eficiência, honestidade, imparcialidade e de forma aderente aos princípios constitucionais e legais que regem os serviços públicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Corregedoria-Geral da União. Modelo de Maturidade Correcional. Disponível em: <https://corregedorias.gov.br/acoes-e-programas/SISCOR/maturidade>. [Último acesso em: 24/07/2022].

_____. Corregedoria-Geral da União. Portal de Corregedorias. Disponível em: <https://www.corregedorias.gov.br>. [Último acesso em: 24/07/2022].

_____. Corregedoria-Geral da União. Relatório da 1ª rodada de autoavaliação CRG-MM. Disponível: https://corregedorias.gov.br/acoes-e-programas/SISCOR/maturidade/MM1A.RODADADEAUTOAVALIACAO_2020.pdf. [Último acesso em: 24/07/2022].

_____. Decreto nº 5.480/05, de 30 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 125, p. 3, 1 jul. 2005. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/408696/publicacao/15724627>. [Último acesso em: 24/07/2022].

_____. BRASIL. Decreto nº 8.777/16, de 11 de maio de 2016. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 90, p. 21, 12 mai. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8777.htm. [Último acesso em: 24/07/2022].

_____. BRASIL. Decreto nº 9.203/17, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 224, p. 3, 23 nov. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm. [Último acesso em: 24/07/2022].

_____. Decreto nº 10.768/21, de 13 de agosto de 2021. Altera o Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 154, p. 2, 16 ago. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Decreto/D10768.htm. [Último acesso em: 24/07/2022].

_____. Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 148, p. 1, 2 ago. 2013. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12846-1-agosto-2013-776664-norma-pl.html>. [Último acesso em: 24/07/2022].

NÓBREGA, Antônio Carlos Vasconcellos. A eficiência econômica nos Termos de Ajustamento de Conduta. Tese de Mestrado. Brasília, 2015. Disponível em: https://basedeconhecimento.cgu.gov.br/bitstream/1/2635/1/Dissertacao_Eficiencia_Economica_TAC.pdf. [Último acesso em: 24/07/2022].

SOUZA Neto, Leone Salomão de. “Termo de Ajustamento de Conduta”. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/31029/5/Artigo_Termo_Ajustamento_Conduta.pdf. [Último acesso em: 24/07/2022].

Gestão de riscos de corrupção com base em dados correcionais: um estudo de caso da Administração Direta federal

Eveline Martins Brito¹ e Renato de Oliveira Capanema²

Resumo: A integridade pública tem como objetivo implementar na cultura organizacional um conjunto de medidas voltadas para prevenir, detectar e punir fraudes e atos de corrupção. No entanto, as instituições públicas enfrentam dificuldades no mapeamento de seus riscos por não terem uma referência concreta que direcione à uma identificação dos principais gargalos e vulnerabilidades de seus processos. Este trabalho objetiva contribuir com a política de combate à corrupção propondo uma metodologia com base nas punições de agentes públicos, garantidos a ampla defesa e o contraditório, constantes nos sistemas correcionais, bem como um estudo de caso da Administração Direta federal. Os resultados refletirão os principais eventos de riscos, identificando o *modus operandi*, categorizando-os por tipo de agente, forma de detecção, impacto na política pública, dentre outros. Por ser uma metodologia de fácil aplicação, a recomendação é que seja adotada pelas unidades correcionais, de modo a contribuir com o Programa de Integridade da instituição a partir dos resultados das apurações correcionais.

Palavras-chave: Corrupção. Riscos. Correição. Integridade.

INTRODUÇÃO

A prevenção e o combate à corrupção estão cada vez mais presentes na rotina das organizações, sejam públicas ou privadas. Com o advento da Lei Anticorrupção, o que antes era boa prática, se tornou necessidade e até obrigatoriedade legal. Há incentivos econômicos claros para o investimento em medidas que diminuam as chances de colaboradores, dirigentes e até mesmo intermediários cometerem irregularidades, tendo em vista o alcance – inovador e severo – trazido pela responsabilidade objetiva.

A corrupção pode ser definida, de forma ampla, como o abuso de poder que tem como objetivo benefício particular. Esse fenômeno é um problema crônico que atinge entidades públicas e privadas, e afeta cidadãos e reputações e impactam os resultados de políticas públicas. Atualmente o foco para

combatê-la se volta para três eixos: prevenção, detecção e punição, que são complementares e se retroalimentam.

Nesse contexto, conhecer, mapear e gerir os riscos de corrupção passa a ser o caminho natural das organizações. Há duas razões para isso. A primeira é que a efetividade das estratégias anticorrupção depende da customização das medidas a serem implementadas. Entender a realidade específica de cada empresa, órgão ou entidade é requisito para moldar linhas de ação que, de fato, funcionem, que sejam capazes de mudar o ambiente organizacional e, em última instância, moldar comportamentos. A segunda razão é de ordem prática: em cenários de crescente escassez de recursos, definir os riscos mais críticos e estratégias precisas para lidar com eles pode ser a única forma de preservar a sustentabilidade do que se pretende implementar. Não há como atacar todos os riscos. Definir e tratar os mais críticos, aqueles poucos que, segundo o princípio de Pareto³, representam, em caso de materiali-

1. Auditora Federal de Finanças e Controle em exercício na Ouvidora-Geral da Presidência da República; eveline.brito@presidencia.gov.br

2. Auditor Federal de Finanças e Controle em exercício na Câmara dos Deputados; rcapanema@gmail.com

3. O princípio de Pareto (também conhecido como regra do 80/20 afirma que, para muitos eventos, aproximadamente 80% dos efeitos vêm de 20% das causas. O nome é uma homenagem ao economista italiano Vilfredo Pareto que notou a conexão 80/20 em sua passagem pela Universidade de Lausanne em 1892, como publicado em seu primeiro artigo "Cours d'économie politique".

zação, grande parte das consequências negativas, é vital. Pode ser o diferencial entre o êxito e a insignificância do programa de integridade.

Importante ressaltar, que o Brasil tem buscado engajamento à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) desde 1994, tornando-se um parceiro-chave ativo da Organização em 2007, estando envolvido em diversas iniciativas de fortalecimento da integridade das organizações públicas.

Nesse contexto, a OCDE lançou o relatório sobre a modernização da avaliação dos riscos para a integridade no Brasil, sendo o primeiro concluído em dezembro de 2021, tratando do tema “Fortalecendo a Integridade Pública no Brasil”.

O relatório seguinte, lançado em maio de 2022 tratou do tema Modernizando a avaliação dos riscos para a integridade no Brasil.

O último, abordará sobre a “Aplicação de Ciências Comportamentais à Políticas de Integridade Pública”, com previsão de entrega para novembro de 2022.

Este trabalho propõe uma metodologia que, com base nos casos concretos de agentes públicos punidos por atos de corrupção e após garantidos a ampla defesa e o contraditório, obtém-se informações sobre os principais eventos de riscos, modus operandi, regiões onde ocorreram, categoria do agente público (se servidor com ou sem cargo comissionado), se detectados pelos controles da organização ou por denúncias, dentre outros, possibilitando uma atuação precisa e direcionada em relação aos riscos reais identificados, com um estudo de caso da Administração Direta federal. Tal abordagem vai ao encontro dos estudos realizados e recomendações propostas pela OCDE.

Apesar da indiscutível importância da gestão de riscos, há que se reconhecer que implementá-la ainda tem sido um grande desafio para as organizações. Algumas se perdem na suposta complexidade dos sem-número de métodos e sistemas de gestão de riscos que são propagados e vendidos diuturnamente. Outras esbarram em processos demasiadamente longos ou repletos de vieses cognitivos inerentes a experiências e visões pessoais dos participantes. O resultado muitas vezes é decepcionante: depois de meses de debates e estudos, é comum que sejam mapeados riscos em excesso ou de pouca relevância.

O objetivo deste trabalho é propor uma metodologia de gestão de riscos de corrupção com base nas informações dos processos concluídos de punição de agentes públicos e pessoas jurídicas, que

constam dos sistemas estruturantes (CGU-PAD, CGU-PJ e e-PAD) gerenciados pela Corregedoria-Geral da União.

A metodologia a ser proposta tem na simplicidade e no uso intensivo de informações correccionais sua principal virtude e também sua principal limitação. Por um lado, propicia foco em situações reais e gravosas e oferece referenciais para tornar os processos de definição e avaliação dos riscos mais objetivos e, por consequência, menos sujeitos à influência de vieses cognitivos. Por outro, seu benefício e utilidade está limitado à quantidade e à qualidade dos dados. A ausência ou incompletude de dados pode evidenciar dificuldades dos órgãos e entidades em detectar e punir casos de corrupção, o que compromete o uso da ferramenta para a prevenção de casos futuros.

Em outras palavras, a metodologia não se propõe a substituir outras existentes. Deve ser vista, quando viável, como uma complementação aos modelos tradicionais, como uma contribuição para o aprimoramento da gestão de riscos e para o fortalecimento do sistema de integridade da Administração Pública federal.

METODOLOGIA

A metodologia pode ser didaticamente dividida em quatro fases: i. prospecção dos processos que envolvam atos de corrupção e sejam passíveis de análise qualitativa; ii. definição dos eventos de risco; iii. avaliação dos riscos; iv. levantamento de informações para subsidiar o tratamento dos riscos. A seguir serão detalhadas cada uma delas:

I. Prospecção dos processos que envolvam atos de corrupção e sejam passíveis de análise qualitativa:

O banco de dados gerenciado pela Corregedoria-Geral da União contempla todos os processos disciplinares (agentes públicos) e de responsabilização (pessoas jurídicas) inseridos pelas unidades correccionais dos órgãos e entidades do Poder Executivo federal. Em que pese sua utilização ser obrigatória, nem sempre os órgãos e entidades inserem as informações processuais ou anexam todos os documentos relacionados.

Importante ressaltar que a metodologia pressupõe a análise detalhada dos casos, a fim de que seja mapeado exatamente o que ocorreu. Como estratégia para viabilizar a análise qualitativa, definido o público-alvo (Administração Direta, Agências Reguladoras, Estatais, etc.) aplica-se o primeiro filtro: são compilados apenas os processos concluídos que

contenham o anexo “Relatório Final”. Os processos que têm relatório final são, em geral, bastante detalhados e contêm informações relevantes sobre o ato lesivo, sobre quem está envolvido, sobre como o caso foi descoberto e sobre o valor do prejuízo à Administração.

Filtrados os processos concluídos com relatório final, o próximo passo é identificar dentre eles os relativos a atos de corrupção.

Antes de avançar, é necessário definir o que se entende, para fins da metodologia, como atos de corrupção. O conceito de corrupção é largamente debatido na literatura especializada, e varia entre acepções mais estritas – que inclui apenas o que é expressamente definido como corrupção na legislação de cada país – até conceitos extremamente amplos, como o proposto pela Transparência Internacional⁴, que abrange, inclusive, a possibilidade de corrupção privada-privada. Para fins desta metodologia, será o utilizado o conceito formulado pela professora britânica Susan Rose-Ackerman (1978), uma das principais expoentes do mundo na área: “corrupção é o abuso do cargo público para ganho privado”.

Para que sejam identificados os processos concluídos com relatório final relacionados a atos de corrupção são realizados dois filtros adicionais. O primeiro deles consiste em separar os processos mais gravosos, ou seja, os processos disciplinares contra agentes públicos que geraram penalidades expulsivas – demissão do cargo efetivo, destituição do cargo em comissão ou função comissionada ou cassação da aposentadoria – e os processos de responsabilização de pessoas jurídicas por fraudes em licitações e contratos com base na Lei Anticorrupção. Assim, obtêm-se um conjunto de processos com grande probabilidade de se relacionar com corrupção. O segundo filtro consiste em excluir, desse conjunto de processos gravosos, aqueles que não envolvem atos de corrupção, como casos de agressão, de insubordinação, de insuficiência de desempenho e de abandono ou não comparecimento ao trabalho.

Aplicados os dois filtros citados, sobram os processos que, de fato, serão objeto da análise qualitativa.

II. Definição dos eventos de risco

A leitura esmiuçada dos processos (definidos de acordo com a fase I da metodologia) permite a descrição do *modus operandi* dos atos de corrupção. Para cada processo, é coletado um breve resumo com as informações mais relevantes relacionadas ao caso.

Importante ressaltar que o parâmetro para a descrição do caso é a ação do agente público, em que pese na maioria dos casos existir também um agente privado no “outro lado do balcão”. Ademais, para fins da pesquisa, em situações onde há mais de uma conduta, elege-se a mais gravosa – em outras palavras, a que causou maior dano.

Após a compilação das descrições, os atos de corrupção que envolvam *modus operandi* semelhantes são agrupados e, como resultado desse processo de agrupamento, definem-se os eventos de risco.

A definição dos eventos de riscos é possivelmente a fase mais sensível da metodologia, pois as fases posteriores são baseadas nos eventos identificados. Por isso é importante que os eventos de risco não sejam genéricos (inviabilizando o entendimento do que de fato englobam) mas que também não sejam muito específicos, para não dificultar sobremaneira a operacionalização da pesquisa.

III. Avaliação dos riscos

A terceira fase consiste em avaliar os eventos de risco sob a perspectiva da probabilidade e do impacto, de forma a definir sua criticidade.

Com relação a esse ponto, não há grandes diferenças com relação aos métodos usualmente utilizados para a avaliação de riscos. Serão utilizadas, inclusive, como referencial teórico, as orientações constantes do Manual de Gestão de Integridade, Riscos, Controles Internos da Gestão, desenvolvido pelo então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (atual Ministério da Economia).

A inovação metodológica aqui proposta é o uso intensivo de informações correccionais constantes dos casos concretos para diminuir a subjetividade das avaliações de impacto e probabilidade. A avaliação de probabilidade, em especial, costuma ser influenciada por nossos vieses cognitivos. Por exemplo, as pessoas costumam dar mais valor – e, portanto, atribuir maior probabilidade a situações que vivenciaram ou que despertaram nelas fortes emoções, ainda que na realidade não seja algo tão comum de acontecer. Outro exemplo: há uma tendência de se atribuir uma alta probabilidade a situações que ocorreram várias vezes, mesmo que o percentual de problemas no universo total de situações (problemas + situações onde não ocorreu problema algum) seja muito baixo.

4. A Transparência Internacional (organização internacional sem fins lucrativos que gerencia o Índice de Percepção da Corrupção) define corrupção como o “abuso do poder confiado para ganhos privados”. Informação acessada no site da instituição por meio do link <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption> em 07/12/2020.

Com relação à probabilidade, há duas informações importantes sobre os eventos de risco que podem ser extraídas dos casos concretos.

A primeira delas é a incidência, ou seja, quantas vezes na população (ou amostra, quando for o caso) o evento de risco em questão aconteceu. Quanto maior a incidência, maior a chance de que o evento venha a se repetir.

Ocorre que esse critério isolado pode não refletir a real probabilidade de novos casos, porque é notório que algumas situações são muito mais difíceis de serem identificadas – e por consequência punidas – do que outras. Por isso, também com base nas informações dos casos, propõe-se um critério complementar: a prevalência de controles ou

denúncias como forma de detecção. O raciocínio é simples. Quanto maior a prevalência de denúncias, maior a probabilidade da existência de outros casos, não detectados. Quanto maior a prevalência dos controles, menor essa probabilidade.

A figura abaixo detalha os critérios complementares de probabilidade. A combinação dos dois resulta na probabilidade que será utilizada para fins da metodologia. Caso se tenham duas probabilidades próximas com níveis diferentes (por exemplo, alta e muito alta ou baixa e média) prevalece a maior. Caso sejam observadas probabilidades diferentes e distantes, busca-se o meio termo (por exemplo, muito baixa e média = baixa ou média e muito alta = alta):

FIGURA 1: CRITÉRIOS DE PROBABILIDADE

Incidência observada	Probabilidade de outros casos (chance de não detecção)
<input type="checkbox"/> Muito baixa <input type="checkbox"/> Baixa <input type="checkbox"/> Média <input type="checkbox"/> Alta <input type="checkbox"/> Muito alta	<input type="checkbox"/> Muito baixa – todos os casos foram identificados por controles <input type="checkbox"/> Baixa – maioria dos casos foram identificados por controles <input type="checkbox"/> Média – identificados por controles ou denúncias <input type="checkbox"/> Alta – maioria dos casos foram identificados por denúncias <input type="checkbox"/> Muito alta – todos foram identificados por denúncias

No que tange ao impacto, a leitura dos casos concretos nos permite fazer dois tipos de avaliações. A primeira é relacionada ao impacto do ato de corrupção sobre a população, sobre a vida das pessoas (beneficiários das políticas públicas). A segunda é relacionada ao impacto financeiro, ou seja, ao prejuízo – muitas vezes calculado nos processos correccionais – causado à Administração Pública.

A Figura 2 detalha os critérios de impacto. A combinação dos dois resulta no impacto que será utilizado para fins da metodologia.

FIGURA 2: CRITÉRIOS DE IMPACTO

Impacto sobre os beneficiários das políticas públicas	Impacto financeiro para a Administração Pública
<input type="checkbox"/> Insignificante – não tem qualquer impacto <input type="checkbox"/> Pequeno – impacto reduzido sobre os serviços prestados <input type="checkbox"/> Moderado – afeta a capacidade de os órgãos prestarem serviços <input type="checkbox"/> Grande – distorção grave na execução da política pública <input type="checkbox"/> Catastrófico – inexecução da política pública	<input type="checkbox"/> Insignificante – prejuízo irrisório para a Administração <input type="checkbox"/> Pequeno – baixo prejuízo para a Administração <input type="checkbox"/> Moderado – moderado prejuízo para Administração <input type="checkbox"/> Grande – alto prejuízo para a Administração <input type="checkbox"/> Catastrófico – enorme prejuízo para a Administração

Por fim, a combinação entre os critérios de probabilidade e impacto resulta no nível de criticidade do evento de risco -- pequeno, moderado, alto ou crítico.

A figura abaixo, extraída do Manual de Gestão de Integridade, Riscos, Controles Internos da Gestão, demonstra os resultados da combinação dos diferentes níveis de probabilidade e impacto:

FIGURA 3: NÍVEIS DE RISCO

IMPACTO	Catastrófico	5	Risco Moderado	Risco Alto	Risco Crítico	Risco Crítico	Risco Crítico
	Grande	4	Risco Moderado	Risco Alto	Risco Alto	Risco Crítico	Risco Crítico
	Moderado	3	Risco Pequeno	Risco Moderado	Risco Alto	Risco Alto	Risco Crítico
	Pequeno	2	Risco Pequeno	Risco Moderado	Risco Moderado	Risco Alto	Risco Alto
	Insignificante	1	Risco Pequeno	Risco Pequeno	Risco Pequeno	Risco Moderado	Risco Moderado
			1	2	3	4	5
			Muito baixa	Baixa	Possível	Alta	Muito alta
			PROBABILIDADE				

IV. Levantamento de informações para subsidiar o tratamento dos riscos

A primeira informação relevante para o adequado tratamento dos riscos advém dos resultados da fase anterior, ou seja, a definição do nível de criticidade dos eventos de risco. Quanto mais crítico, mais prioritário o tratamento do risco, mais urgente é a necessidade de se refletir sobre como lidar com ele e sobre quais medidas de mitigação ou detecção podem ser implementadas.

Assim como na avaliação de riscos, aqui não há grandes diferenças com relação aos métodos e ferramentas usualmente utilizados. Os Manuais existentes, como por exemplo, o referencial que tem sido utilizado para a metodologia, que é repleto de sugestões de possíveis respostas aos riscos, o que, obviamente, depende da estrutura e do apetite de risco de cada organização.

Mais uma vez o diferencial da metodologia são as informações que podem ser extraídas dos casos concretos.

Por exemplo, quem cometeu os atos de corrupção? Se nos eventos de riscos há prevalência de atos cometidos por servidores sem cargo, imagina-se determinadas medidas para o tratamento desses riscos; por outro lado, se há prevalência de atos cometidos por ocupantes de cargos de chefia, as medidas a serem implementadas parecem ser de outra natureza. Outro exemplo: a prevalência de

controles como forma de detecção sugere caminhos de tratamento de riscos bem diferentes da prevalência de denúncias.

Pela perspectiva da prevenção, ações de captação de denúncias voltadas para casos recorrentes é um desafio para as ouvidorias. Complementarmente, a avaliação de riscos, momento crucial do planejamento das auditorias, deve considerar os insumos e possíveis estratégias de detecção de tipos de corrupção apurados pelas corregedorias.

O levantamento de informações para subsidiar o tratamento de riscos é o ponto central de conexão entre as perspectivas de punição e prevenção, pois viabiliza que sejam implementadas ações concretas de mitigação e detecção com base nos dados correccionais.

Estudo de caso: Administração Direta federal

O estudo de caso escolhido para a aplicação da metodologia são os órgãos da Administração Pública Direta do Poder Executivo federal.

Incluem-se no âmbito da Administração Direta para fins do estudo: i) os dezesseis Ministérios da Esplanada -- Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento, Ministério da Cidadania, Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, Ministério da Defesa, Ministério da Economia, Ministério da Educação, Ministério da Infraestrutura, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos,

Ministério da Saúde, Ministério das Comunicações, Ministério das Relações Exteriores, Ministério das Minas e Energia, Ministério do Desenvolvimento Regional, Ministério do Meio Ambiente e Ministério do Turismo, ii) os órgãos (sem personalidade jurídica) inseridos na estrutura organizacional dos Ministérios, com destaque para o Departamento de Polícia Federal, o Departamento de Polícia Rodoviária Federal e a Secretaria da Receita Federal; e iii) a Advocacia-Geral da União, a Controladoria-Geral da União, a Defensoria Pública da União, a Secretaria de Governo da Presidência da República e a Secretaria Geral da Presidência da República.

A seguir serão aplicadas as quatro fases da metodologia, detalhadas no tópico anterior.

I - Prospecção dos processos que envolvam atos de corrupção e sejam passíveis de análise qualitativa

Primeiramente, foram extraídos dos bancos de dados da Corregedoria-Geral da União os Processos Administrativos Disciplinares (PADs) com sanções expulsivas e os Processos Administrativos de Responsabilização (PARs) com sanções por fraudes em licitações e Contratos e/ou com base na Lei Anticor-

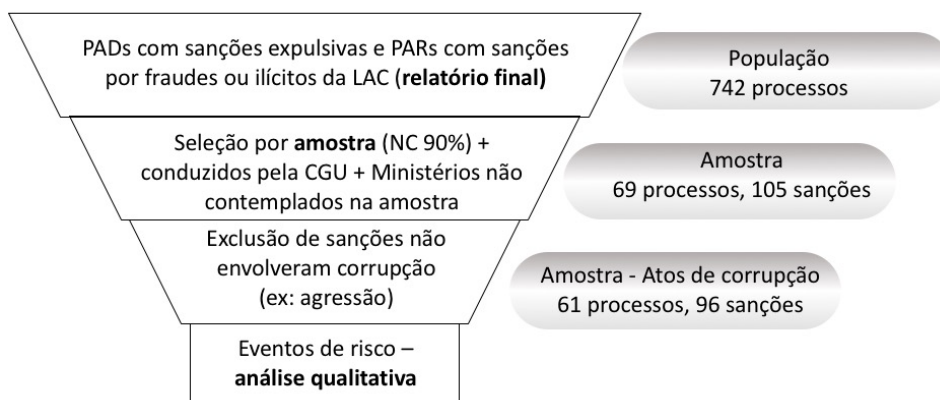
rupção que possuíssem Relatório Final em anexo. Da aplicação dos filtros, restaram 742 processos passíveis de análise qualitativa.

Como, mesmo com aplicação dos filtros, o número de processos continuou muito alto, a solução encontrada para viabilizar o estudo foi selecionar um grupo de processos que refletissem a população, por amostra aleatória simples com nível de confiança de 90%. Para assegurar a representatividade da amostra, foram instituídos dois critérios complementares: incluiu-se a totalidade dos processos conduzidos pela Controladoria-Geral da União (que tem a prerrogativa de avocar processos) e também, quando viável, pelo menos 1 processo de Ministérios não contemplados na amostra aleatória. Da aplicação dos critérios mencionados restaram 69 processos, que ao todo abarcaram 105 sanções.

O próximo passo foi verificar quantos processos de fato se relacionavam com atos de corrupção, utilizando como referência o conceito de corrupção explicitado no tópico anterior. Da aplicação desse filtro foram definidos os processos-base (61 processos, 96 sanções) para a análise qualitativa que embasou as próximas fases do estudo.

A seguir, a Figura 4 resume a aplicação da primeira fase da metodologia à Administração Direta do Poder Executivo federal:

FIGURA 4: PROSPECÇÃO DE PROCESSOS – FASE I



II - Definição dos eventos de risco

Da análise pormenorizada e da categorização dos processos prospectados foram definidos 20 eventos de risco:

1. Fraudes na celebração ou execução de parcerias com organizações não governamentais- ONGs;

2. Favorecimento a pessoas naturais (físicas) ou pessoas jurídicas - PJs na formulação ou execução de políticas públicas;
3. Advocacia administrativa para beneficiar PJs na liberação de recursos para Estados e Municípios;
4. Uso de emendas parlamentares para viabilizar contratações direcionadas em Estados e Municípios;

5. Fraudes na concessão de benefícios assistenciais;
 6. Omissão em fiscalizar, investigar ou aplicar penalidade em conluio com pessoa física ou PJ;
 7. Extorsão para deixar de realizar atividade de fiscalização ou investigações;
 8. Redução indevida de débitos e penalidades em benefício de pessoas naturais (físicas) ou PJs;
 9. Vazamento de informações privilegiadas relacionadas a fiscalizações, investigações ou operações policiais;
 10. Venda de consultoria ao fiscalizado para beneficiá-lo em atividade de fiscalização;
 11. Contratação direta fora das hipóteses permitidas;
 12. Fraudes na celebração de aditivos contratuais;
 13. Conluio com representante da PJ para fraudar a execução do contrato (superfaturamento);
 14. Fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório;
 15. Ingerência em contratos com empresas terceirizadas para colocar amigos e parentes nos quadros de funcionários;
 16. Uso do cargo público em benefício de atividade privada da qual o servidor participa;
 17. Fraudes em licenças médicas e auxílios moradia;
 18. Uso de veículo oficial em benefício próprio;
 19. Apropriação indevida de bens; e
 20. Venda de informações pessoais constantes de bancos de dados públicos.
- Para fins didáticos, os eventos de riscos foram agrupados em 4 categorias: i) Formulação e Execução de Políticas Públicas; ii) Fiscalizações e Investigações, iii) Licitações e Contratos, e iv) Abuso do Cargo em Benefício Próprio.
- Abaixo podem ser evidenciadas as incidências das categorias (figura 5) e dos eventos de risco na amostra (figuras 6,7, 8 e 9):

FIGURA 5: INCIDÊNCIAS DAS CATEGORIAS

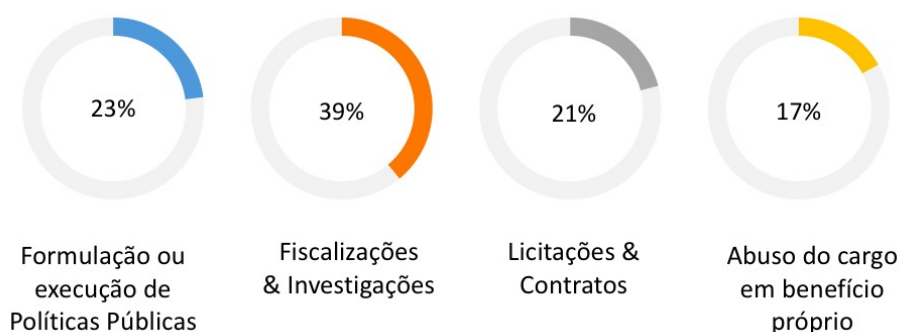


FIGURA 6: INCIDÊNCIAS DOS EVENTOS DE RISCO • CATEGORIA FORMULAÇÃO OU EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

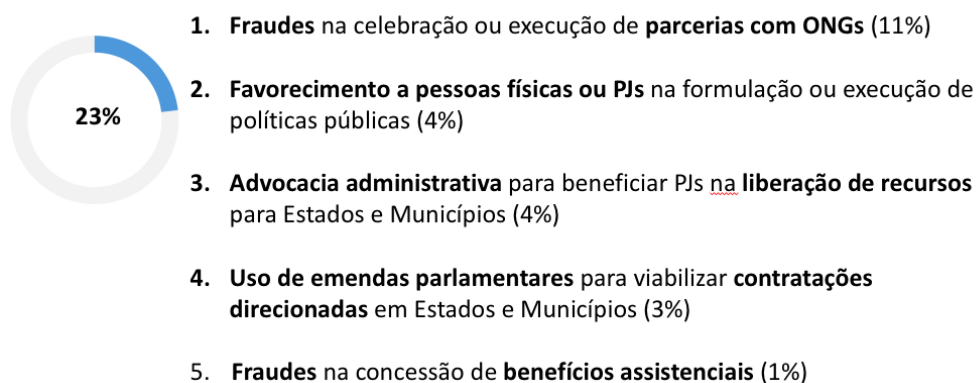


FIGURA 7: INCIDÊNCIAS DOS EVENTOS DE RISCO • CATEGORIA FISCALIZAÇÕES E INVESTIGAÇÕES

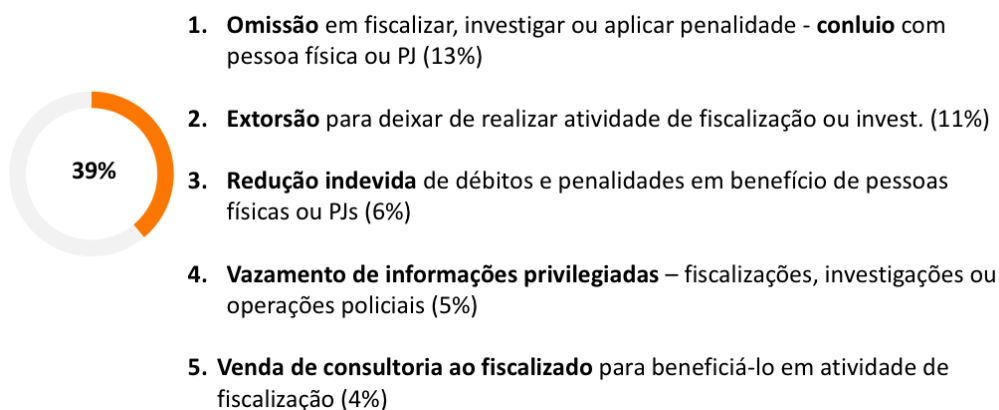


FIGURA 8: INCIDÊNCIAS DOS EVENTOS DE RISCO • CATEGORIA FISCALIZAÇÕES E INVESTIGAÇÕES

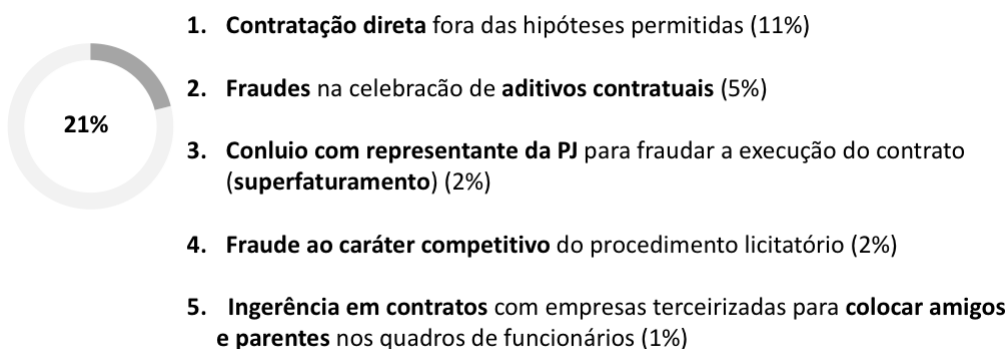
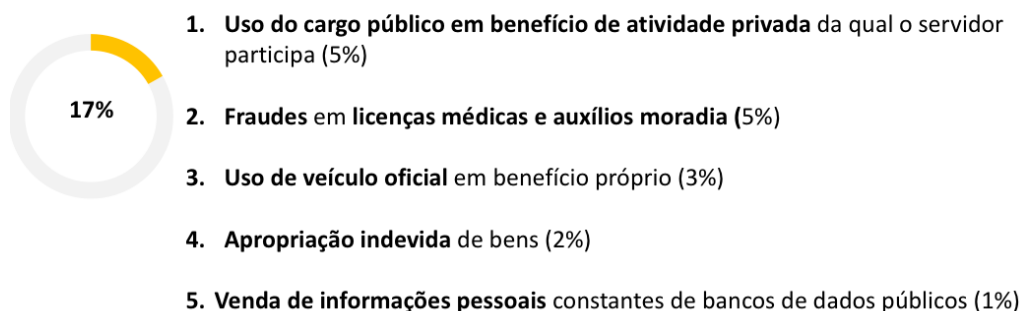


FIGURA 9: INCIDÊNCIAS DOS EVENTOS DE RISCO • CATEGORIA ABUSO DO CARGO PÚBLICO EM BENEFÍCIO PRÓPRIO



III - Avaliação dos riscos

Os 20 eventos de risco foram avaliados de acordo com os critérios especificados no tópico anterior. Com relação à incidência – um dos critérios de probabilidade – é necessário destacar que a avaliação exposta na metodologia (muito baixa, baixa, média, alta e muito alta) teve como parâmetro a variação observada nos eventos de risco – 1 a 13%.

Da aplicação dos critérios foram definidos 8 riscos críticos, 7 riscos altos, 2 riscos médios e 1 risco baixo. As figuras abaixo mostram com detalhamento os resultados encontrados, por categoria:

FIGURA 10: NÍVEIS DE RISCO • CATEGORIA FORMULAÇÃO OU EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

RISCO	PROBABILIDADE	IMPACTO	NÍVEL DE RISCO
Omissão em fiscalizar, investigar, aplicar penalidade – conluio	Muito Alta	Moderado	CRÍTICO
Venda de consultoria ao fiscalizado para beneficiá-lo em atividade de fiscalização	Alta	Grande	CRÍTICO
Vazamento de informações privilegiadas - investigações ou operações policiais	Alta	Moderado	CRÍTICO
Extorsão para deixar de realizar atividade de fisc. ou invest.	Muito Alta	Baixo	ALTO
Redução indevida de débitos e penalidades em benefício de pessoas físicas ou PJs	Media	Moderado	ALTO

FIGURA 11: NÍVEL DE RISCO • CATEGORIA FISCALIZAÇÕES E INVESTIGAÇÕES

RISCO	PROBABILIDADE	IMPACTO	NÍVEL DE RISCO
Omissão em fiscalizar, investigar, aplicar penalidade – conluio	Muito Alta	Moderado	CRÍTICO
Venda de consultoria ao fiscalizado para beneficiá-lo em atividade de fiscalização	Alta	Grande	CRÍTICO
Vazamento de informações privilegiadas - investigações ou operações policiais	Alta	Moderado	CRÍTICO
Extorsão para deixar de realizar atividade de fisc. ou invest.	Muito Alta	Baixo	ALTO
Redução indevida de débitos e penalidades em benefício de pessoas físicas ou PJs	Media	Moderado	ALTO

FIGURA 12: NÍVEL DE RISCO • CATEGORIA LICITAÇÕES E CONTRATOS

RISCO	PROBABILIDADE	IMPACTO	NÍVEL DE RISCO
Fraudes na celebração de aditivos contratuais	Alta	Grande	CRÍTICO
Conluio com representante da PJ para fraudar a execução do contrato (superfaturamento)	Média	Grande	ALTO
Contratação direta fora das hipóteses permitidas	Média	Moderado	ALTO
Fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório	Baixa	Moderado	MODERADO
Ingerência em contratos com empresas terceirizadas - amigos e parentes nos quadros de func.	Média	Baixo	MODERADO

FIGURA 13: NÍVEL DE RISCO • ABUSO DO CARGO EM BENEFÍCIO PRÓPRIO

RISCO	PROBABILIDADE	IMPACTO	NÍVEL DE RISCO
Uso do cargo público em benefício de atividade privada da qual o servidor participa	Alta	Catastrófico	CRÍTICO
Venda de informações pessoais constantes de bancos de dados públicos	Média	Moderado	ALTO
Apropriação indevida de bens	Média	Pequeno	MODERADO
Uso de veículo oficial em benefício próprio	Baixa	Pequeno	MODERADO
Fraudes em licenças médicas e auxílios moradia	Baixa	Insignificante	BAIXO

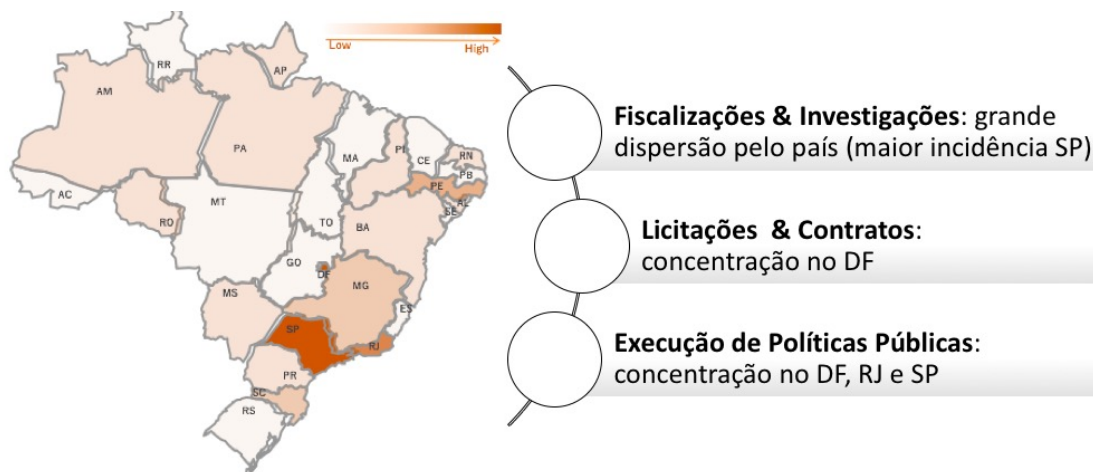
IV - Levantamento de informações para subsidiar o tratamento dos riscos

No estudo de caso foram levantadas informações que têm potencial para auxiliar o processo de tratamento de riscos, que deve ser conduzido por cada um dos órgãos, tendo em vista as especificidades envolvidas, o apetite ao risco e a disponibilidade e priorização de recursos financeiros e humanos.

As informações mapeadas estão organizadas por categorias e se referem: i) aos locais de ocorrência dos atos de corrupção; ii) a quem praticou o ato, se servidor sem cargo ou com cargo de chefia; e iii) à forma como os atos de corrupção foram descobertos, se por controles ou por denúncias.

i) Locais de ocorrência de atos de corrupção

FIGURA 14: INCIDÊNCIA POR ESTADOS DA FEDERAÇÃO



Como pode ser visto na figura 14, considerando os casos analisados no estudo, há uma maior incidência de atos de corrupção em alguns Estados da Federação, em especial Distrito Federal, São Paulo e Rio de Janeiro. No Distrito Federal foram identificados o maior número de atos de corrupção relacionados a Licitações e Contratos, enquanto em São Paulo foi verificada a maior incidência de atos de corrupção relacionados a Fiscalizações e Investigações.

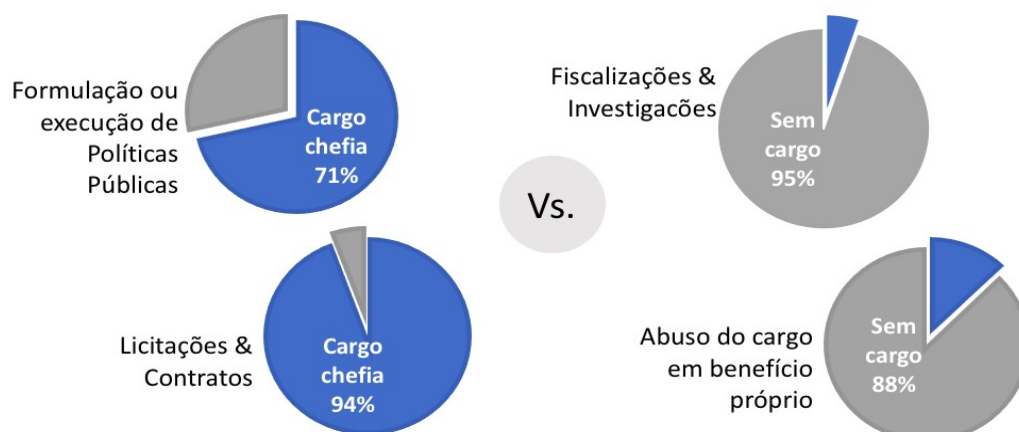
Outro dado interessante é que, diferentemente de outras categorias onde houve concentração de atos de corrupção em poucos Estados, na categoria Fiscalizações e Investigações os atos de corrupção foram identificados em diversos Estados. A grande

dispersão sugere que os atos são praticados tanto por servidores nas sedes dos órgãos quanto por aqueles lotados em unidades regionais, em grandes centros urbanos ou em regiões isoladas ou de fronteira.

Por fim, há que se ressaltar que a incidência muito baixa ou nula em alguns Estados não significa, de forma alguma, que não há atos de corrupção. Muito pelo contrário: pode indicar problemas nessas unidades da Federação no que tange à detecção e à punição de atos de corrupção. Quanto menos se investiga e pune, menos dados estão disponíveis para a condução da pesquisa (limitação já exposta na introdução do artigo).

ii) Quem praticou o ato de corrupção?

FIGURA 15: INCIDÊNCIA – CARGOS DE CHEFIA VERSUS SERVIDORES SEM CARGO



Conforme pode ser observado na Figura 15, há uma clara diferença entre as categorias no que concerne ao praticante do ato de corrupção, se ocupante de cargo de chefia ou servidor sem cargo.

Nas categorias Licitações e Contratos e Formulação ou Execução de Políticas Públicas evidencia-se uma prevalência de atos de corrupção praticados por servidores com cargo de chefia. Na categoria Licitações e Contratos, inclusive, o número se aproxima da totalidade dos casos (94%). Os dados sugerem que a prática dos atos de corrupção relacionados às duas categorias é potencializada pelo nível hierárquico do agente público e pelo seu poder decisório para definir questões estruturantes, como a priorização de políticas públicas ou a contratação de bens e serviços.

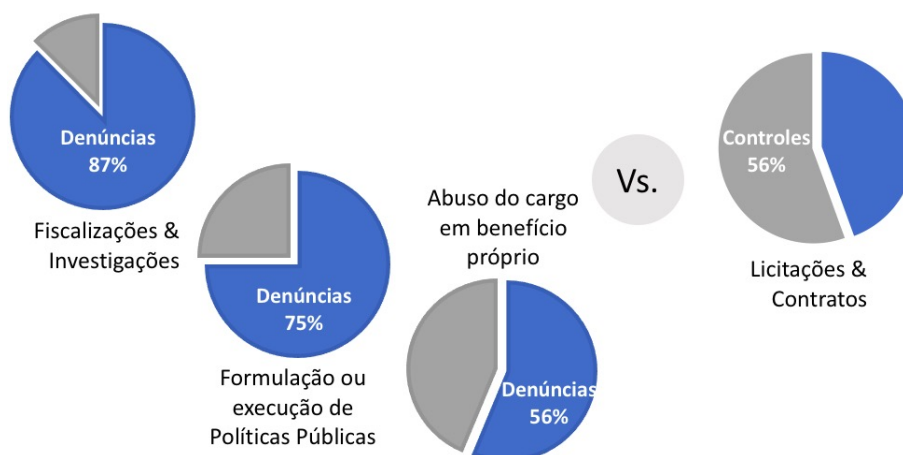
Por outro lado, nas categorias Fiscalizações e Investigações e Abuso do Cargo em Benefício Próprio observa-se a prevalência de atos praticados por servidores sem cargo, sendo que na primeira o número se aproxima da totalidade (95%). Aqui as razões para o alto número de servidores sem cargo parecem ser distintas para cada uma das categorias.

Na categoria Fiscalizações e Investigações, o ato parece ser praticado, via de regra, em situações em que o fiscalizador está em contato direto com o fiscalizado. Em outras palavras, o que pesa nesse tipo de prática não é o nível hierárquico do agente ou o poder em dar a última palavra em questões estruturantes, mas sim o grau de influência direta que sua atuação – seguindo ou não os procedimentos definidos – tem na vida das pessoas. Enquadram-se nesse rol, por exemplo, decisões sobre multas, retenção de mercadorias, apontamento de irregularidades. É o chamado “micropoder”.

Já na categoria Abuso do Cargo em Benefício Próprio a predominância de atos de corrupção praticados por servidores sem cargo (71%) parece remeter à distribuição existente de servidores com e sem cargo existente na Administração Pública federal, tendo em vista que os dados não sugerem que a prática esteja relacionada com alguma condição ou circunstância específica. Há mais servidores sem cargo, logo o número de atos de corrupção relacionado à categoria praticados por tais servidores também é maior.

iii) Como o ato de corrupção foi descoberto?

FIGURA 16: INCIDÊNCIA – DENÚNCIAS VERSUS CONTROLES



Os percentuais expostos na figura 16 demonstram a importância das denúncias como mecanismo de descoberta de atos de corrupção. Em duas das categorias – Fiscalizações e Investigações e Formulação ou Execução de Políticas Públicas, 87% e 75% respectivamente – observa-se uma prevalência acentuada das denúncias como forma de detecção. Na categoria Abuso do Cargo em Benefício Próprio, ainda que não exista grande discrepância, as de-

núncias também são maioria. Apenas na categoria Licitações e Contratos os controles aparecem em percentual superior às denúncias, ainda assim com baixa diferença.

Os números revelam, por um lado, que os controles têm sido efetivos para descortinar corrupções relacionadas a Licitações e Contratos e, em certa medida, para desvendar corrupções relacionadas ao Abuso do Cargo em Benefício Próprio. Por outro

lado, indicam que os controles não têm a mesma efetividade no que concerne a outros tipos de corrupção, como, por exemplo, os relacionados a Fiscalizações e Investigações e à Formulação ou Execução de Políticas Públicas.

Além disso, sugerem que entender licitações e contratos como o “calcanhar de Aquiles” da corrupção na Administração Pública pode ser uma percepção enviesada, fomentada pela maior “visibilidade” desses casos, passíveis de detecção por controles.

Desta forma, há um espaço para que a auditoria adote, nos seus mecanismos de planejamento e execução, os riscos de corrupção decorrentes dos resultados efetivos de ilícitos detectados e sancionados. A inclusão de uma perspectiva real de casos apurados poderá se mostrar um importante insumo para desenvolver novos testes de auditoria com a retroalimentação da lógica de integridade nos órgãos e entidades.

Por fim, parecem indicar que, a depender do tipo de corrupção, investir em controles pode ser inócuo. Melhor caminho, nesses casos, parece ser o fortalecimento de mecanismos para fomentar as denúncias e proteger os denunciantes, bem como disponibilizar trilhas mais transparentes que permitam o denunciante relatar os casos recorrentemente constatados nos órgãos e entidades. Em especial pessoas de dentro da própria organização, que conhecem os procedimentos, acessam as irregularidades, mas muitas vezes se calam por medo de serem vistos como traidores ou sofrer retaliações.

CONCLUSÃO

Os dados correcionais, tradicionalmente vistos como o resultado formal da atuação coercitiva do Estado, podem trazer caminhos e insights para induzir mudanças estruturais e evitar problemas futuros. Essa é a principal reflexão que o presente trabalho traz à tona: a possibilidade de usar punições como ferramentas de apoio à prevenção.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 150, n. 148, p. 1, 2 ago. 2013. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12846-1-agosto-2013-776664-norma-pl.html>. [Último acesso em: 30/06/2022].

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Manual de Gestão de Integridade, Riscos, Controles Internos da Gestão. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publica->

Entender o que ocorreu no passado pode ser um bom ponto de partida para processos efetivos de mudanças. O modus operandi dos casos concretos de corrupção podem indicar, por exemplo, falhas que precisam ser corrigidas, soluções que podem ser fortalecidas e até mesmo desmistificar crenças arraigadas que dificultam a luta contra a corrupção.

O desafio está na apropriação, pelas instituições, da metodologia aqui apresentada, para que passem a utilizá-la como efetivo instrumento de identificação e mitigação de riscos de corrupção, a partir da realidade de cada uma, favorecendo o ciclo virtuoso da prevenção, detecção e punição com a consequente evolução da maturidade das unidades correcionais.

A metodologia de gestão de riscos de corrupção com base em dados correcionais permite o foco em situações gravosas que causaram danos à Administração Pública e, em última instância, à sociedade. A identificação e a avaliação de riscos a partir de casos reais possibilita a diminuição de vieses cognitivos e conecta, ainda que de forma limitada, a teoria à prática, oferecendo insumos para a última e mais importante fase de todo o processo: o tratamento dos riscos.

Quem praticou o ato de corrupção? O que exatamente ocorreu? Como o ilícito foi descoberto? As respostas a essas perguntas orientam as medidas de prevenção e detecção a serem propostas ou aprimoradas, e podem indicar caminhos novos, diferentes dos usualmente trilhados.

Prevenção, detecção e punição são frentes interligadas que se retroalimentam. A metodologia proposta e sua aplicação à Administração Direta federal são exemplos de como o uso de dados obtidos em uma das áreas pode contribuir para as outras se aperfeiçoarem. Afinal, todas fazem parte do mesmo sistema e têm o objetivo comum de moldar comportamentos íntegros e diminuir os espaços e os incentivos para a corrupção.

[coes/planejamento/control-interno/manual_de_girc_versao_2_0.pdf](#). [Último acesso em: 30/06/2022].

OECD (2021). Fortalecendo a Integridade Pública no Brasil: Consolidando as Políticas de Integridade no Poder Executivo Federal, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/5414ae92-pt>. [Último acesso em: 30/06/2022].

_____. 2022. A OCDE e o Brasil: Uma relação mutuamente benéfica. Disponível em: <https://www.oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/>. [Último acesso em: 30/06/2022].

_____. 2022. Modernizando a dos riscos para a avaliação no Brasil: Rumo a uma abordagem comportamental e orientada por dados, OECD Publishing, Paris. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/modernizando-a-avaliacao-dos-riscos-para-a-integridade-no-brasil_61d7fc60-pt. [Último acesso em: 30/06/2022].

Programa de Conformidade e Ética Anticorrupção para Negócios da UNODC: Um Guia Prático. Disponível em: <https://www.gov.br/dnit/pt-br/assuntos/integridade/coordenacao-geral-de-integridade/legislacao-basica/guia-de-avaliacao-de-risco-de-corrupcao.pdf>. [Último acesso em: 30/06/2022].

ROSE-ACKERMAN, Susan (1978), Corruption: A Study in Political Economy, New York: Academic Press.

ROTTENSTREICH, Y., e HSEE, C. K. (2001). Money, kisses, and electric shocks: On the affective psychology of risk. Psychological science, 12(3), 185-190.

- SUTER, R. S., PACHUR, T., e HERTWIG, R. (2016). How affect shapes risky choice: Distorted probability weighting versus probability neglect. Journal of Behavioral Decision Making, 29(4), 437-449.

Estudo sobre a eficácia e a eficiência do uso da ferramenta Alice como fundamento para a prevenção e o combate à corrupção no âmbito da Controladoria-Geral da União

Daniela de Quadros Dantas¹ e Leandro Barbosa Martins²

Resumo: O artigo se dedica a avaliar a eficiência e a eficácia do uso de ferramenta de inteligência artificial como auxílio na prevenção e no combate à corrupção. A pesquisa focou na utilização do robô Alice, na Controladoria-Geral da União, e foi baseada nos indicadores de eficiência e eficácia relacionados à economicidade (benefício financeiro) e a qualidade dos alertas gerados pela ferramenta. Os resultados encontrados possibilitaram verificar que a ferramenta Alice é eficaz, pois atinge o objetivo de identificar tempestivamente a ocorrência de fraudes, desvios, irregularidades ou erros que possam comprometer os objetivos da licitação; e eficiente, pois os benefícios financeiros gerados pela ferramenta são superiores aos seus custos, notadamente em relação ao custo do trabalho dos auditores envolvidos. No entanto, a ferramenta carece de melhorias, pois a quantidade de alertas improcedentes foi considerada alta (76,4%), causando impacto na carga horária dos auditores da CGU envolvidos nos tratamentos desses alertas.

Palavras-chave: CGU; Alice; Licitação; Contratação pública; Inteligência artificial.

INTRODUÇÃO

Mundialmente, os gastos relacionados com contratos públicos constituem uma parcela significativa das despesas governamentais, e representam parte significativa da atividade econômica dos países. Dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE indicaram que, em 2020, os gastos com contratos públicos por seus países membros representaram 14,9%³ do PIB (OCDE, 2021). No mesmo ano, o Brasil gastou cerca de R\$ 35,5 bilhões na contratação de bens, serviços e obras (OCDE, 2022), o que representou aproximadamente 4,8%⁴ do PIB. Estima-se que essa atividade no Brasil represente um pouco mais de um quarto de todo o gasto público.

Devido à quantidade de recursos que movimenta e a pluralidade de atores envolvidos (tanto entes públicos, como privados), o processo de compras públicas é uma das atividades governamentais mais vulnerável à corrupção. Como todo ato de corrupção, os prejuízos causados também são significativos. A OCDE afirma que há evidências de que as fraudes às licitações podem gerar um incremento de 20% nos preços dos contratos, e que, em alguns casos, esse adicional chega a representar 50% no preço final das contratações (OCDE, 2022).

Desse modo, o risco de corrupção deve ser objeto de atenção em todas as suas concepções. A primeira a ser apresentada é a prevista na legislação penal brasileira⁵, que define a corrupção como sendo o ato de oferecer ou receber vantagem indevida, se dividindo em ativa ou passiva. Para a Trans-

1. Auditora Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União, desde 2009. Lotada na CGACE/DE/SFC. Formação em Arquitetura e Urbanismo; daniela.dantas@cgu.gov.br

2. Auditor Federal de Finanças e Controle. Chefe de Divisão de Auditoria das Empresas Estatais de TI e Telecomunicações e Coordenador-Geral de Auditoria das Estatais de Logística e Serviços - Substituto; leandro.martins@cgu.gov.br

3. A informação não engloba todos os países membros da OCDE, refere-se a somente 22 países membros que na data da publicação possuíam os dados disponíveis. OECD. Government at a Glance 2021, OECD Publishing, Paris, 2021

4. A percentagem foi obtida considerando o PIB de 2020 de R\$ 7,4 trilhões, conforme reportagem “PIB de 2020 fecha com queda de 4,1%, revela pesquisa do IBGE” da Agência Brasil, disponível em <https://tinyurl.com/2p92v7d8>.

5. Art. 317 e 333 do Código Penal.

parência Internacional, é o abuso de poder confiado a alguém para obtenção de ganho privado, sendo um problema social de difícil mensuração justamente por conta de sua natureza secreta e complexa. Outro conceito relevante é o utilizado pela United Nations Office on Drugs and Crime – UNODOC.

O conceito de corrupção é amplo, incluindo as práticas de suborno e de propina, a fraude, a apropriação indébita ou qualquer outro desvio de recursos por parte de um funcionário público. Além disso, pode envolver casos de nepotismo, extorsão, tráfico de influência, utilização de informação privilegiada para fins pessoais e a compra e venda de sentenças judiciais, entre diversas outras práticas.

Portanto, levando em conta a situação apresentada, em relação aos riscos de corrupção em compras governamentais, este artigo visa realizar um estudo sobre a utilização da tecnologia da informação aplicada à prevenção à corrupção, no contexto de ações de controle realizadas pela Controladoria-Geral da União - CGU.

Considerando a perversidade dos malefícios causados pela corrupção e a magnitude do desafio de prevenir sua ocorrência nas contratações públicas, percebe-se que a administração pública tem encontrado nas soluções tecnológicas uma alternativa para tornar seu trabalho mais assertivo e eficiente.

Esse é o caso, por exemplo, do Projeto Alice - Analisador de Licitações, Contratos e Editais. Idealizado pela CGU em 2014, o Alice tem por objetivo automatizar a detecção de possíveis indícios de fraudes em contratações públicas, aumentando assim a capacidade de fiscalização do Estado.

Nesse sentido, este artigo tem por objetivo discutir os desafios e benefícios relacionados ao emprego de soluções de tecnologia no combate à corrupção, a partir do exemplo concreto da utilização da ferramenta Alice no âmbito da CGU.

Para tanto, este trabalho está dividido em 4 partes. A primeira indica o referencial teórico e realiza-se uma revisão bibliográfica a respeito da utilização de soluções de tecnologia no combate à corrupção. A segunda parte apresenta a metodologia empregada para o levantamento dos dados utilizados para a análise da eficácia e eficiência da ferramenta Alice. A terceira parte apresenta os resultados identificados. Por fim, a quarta e última seção cuida da análise dos resultados.

Destaca-se que a revisão bibliográfica foi realizada com o intuito de verificar a existência de estudos sobre o tema. Dessa forma, foram utilizadas as fontes Scielo e Capes/Teses e Dissertações

mediante o uso dos verbetes “Alice tecnologia prevenção corrupção”, não sendo encontrados trabalhos. Foram pesquisados, ainda, os verbetes “automação prevenção corrupção”, “inteligência artificial corrupção” ou ainda “tecnologia da informação corrupção”.

Além das fontes científicas, buscou-se embasamento teórico e boas práticas nas publicações dos seguintes órgãos internacionais: OCDE, Banco Mundial e Transparência Internacional. Nesse diapasão, buscou-se identificar os assuntos pesquisados para posteriormente agrupá-los e organizá-los nas seções 1, 2 e 4 deste artigo.

1. UTILIZAÇÃO DE FERRAMENTAS DIGITAIS

Pode-se afirmar que, atualmente, há um incremento no interesse pela automação digital no combate à corrupção. Nesse diapasão, cabe citar trabalhos de Andersen (2009), Bertot, Jaeger e Grimes (2010) e Lio, Liu e Ou (2011), que relatam sobre a capacidade das ferramentas de TI na prevenção e combate à corrupção. Esses estudos estimulam primordialmente a prevenção, em contraponto às medidas repressoras.

Especialmente no setor público, pode-se afirmar que, há alguns poucos anos atrás, as informações dos processos governamentais tramitavam em formato físico, por meio de “processos em papel”, o que muitas vezes inviabilizava o controle efetivo e a transparência das informações, favorecendo a corrupção.

Para Vasarhelyi, Kogan e Tuttle (2015), a tecnologia implica a apropriação da natureza variável dos registros e a incorporação de fontes não tradicionais de dados nos domínios da auditoria. Assim, novas oportunidades de análise de auditoria proporcionadas pelo uso de tecnologia vão ao encontro da necessidade de alterações nos padrões de controle.

No contexto atual, a quantidade, a diversidade e a complexidade de informações geradas tornam praticamente inviáveis a coleta e a análise das informações pelos servidores públicos, havendo cada vez mais a necessidade do uso de bancos de dados e ferramentas eletrônicas que facilitem e automatizem essa tarefa. Nesse aspecto, segundo o Relatório de Gestão da CGU (BRASIL, 2021), em 2020, aproximadamente 250 editais de licitação foram publicados diariamente e, todos os anos, cerca de 90.000 processos de contratação pública são realizados.

No âmbito do Governo Federal, destacam-se três ferramentas que utilizam a inteligência artificial para monitoramento e processamento de bases de dados de compras públicas: o Projeto Cérebro, o Monica e o Alice.

O Projeto Cérebro foi desenvolvido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade com o objetivo de detectar cartéis. Utiliza mineração de dados e testes estatísticos para identificar padrões suspeitos, tais como supressão de propostas, lances de cobertura, propostas rotativas, propostas supérfluas, divisão de mercados estáveis, padrões de preços, similaridades nos textos das propostas e metadados dos arquivos apresentados.

Nesse sentido, em 2018, o Cade conduziu a “Operação Ponto de Encontro” baseada em informações obtidas pelo Projeto Cérebro. Foi identificado comportamento suspeito em 13 empresas, evidências de conluio em 50 licitações e indícios de que as empresas teriam atuado de maneira coordenada em mais de 4.700 procedimentos licitatórios.

Já o Monitoramento Integrado para o Controle de Aquisições - Monica, desenvolvido pelo Tribunal de Contas da União - TCU, é um painel que contempla informações relativas às aquisições efetuadas pela esfera federal, incluindo os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Ministério Público Federal.

Por último, o Projeto Alice, foi criado em 2014 pela CGU utilizando inteligência artificial para processar editais de licitação e atas de registro de preços publicados pela administração federal, certos órgãos públicos estaduais e empresas estatais.

Nesse contexto, ressalta-se a importância da utilização de “robôs”⁶ como ferramenta anticorrupção, incrementando a eficácia das análises empreendidas, especialmente no que concerne à verificação tempestiva e ampla de milhões de documentos, objetivando detectar correlações e apontar alertas, alcançando uma otimização que não seria possível sem a utilização de sistemas computacionais. Nesse sentido, passamos a um estudo específico do uso do “robô” Alice pela CGU, conforme seções a seguir.

1.1. O ALICE

O Alice foi desenvolvido pela CGU, em 2014, para auxiliar os trabalhos de auditoria concernentes a busca, categorização e análise automatizada de

editais, termos de referência e demais documentos publicados nas plataformas de licitações do governo, tais como Comprasnet e Licitações-e. Em 2016 foi assinado acordo de parceria entre o TCU e a CGU, possibilitando que ambos atuassem em conjunto para melhoria e disseminação do uso da ferramenta. A última versão do Alice foi lançada em 2020, sendo dotada de funcionalidades mais sofisticadas de auditoria.

Em 2019 foi criado o projeto Alice Nacional, decorrente da cooperação entre os tribunais de contas estaduais e municipais e o TCU. O projeto Alice Nacional difere do Alice, pois o primeiro recebe os editais de licitação de estados e municípios encaminhados pelos respectivos tribunais de contas, enquanto o segundo busca as informações para análise a partir de portais como o Comprasnet e o Licitações-e

O Alice utiliza técnicas de mineração de textos para identificar possíveis irregularidades em editais de contratações publicados nos portais eletrônicos de compras do Governo Federal, sendo, portanto, uma ferramenta de análise autônoma de editais. A ferramenta desenvolvida pela CGU nasceu da necessidade de dar respostas tempestivas frente às centenas de processos licitatórios publicados e tem por objetivo prevenir a ocorrência de fraudes, desvios e erros ao identificar, eletronicamente, inconsistências nos editais, como falhas legais que possam comprometer os objetivos da licitação e o resultado do processo, causando danos ao erário.

Sendo assim, o Alice acessa diariamente as plataformas de licitações, realiza o download e efetua análise textual dos arquivos dos editais e dos termos de referência publicados e, com base em trilhas de auditorias⁷ pré-definidas, aponta indícios de inconsistências, ilegalidades e fraudes, tais como: licitação imotivada; sobrepreço; e superestimativa. Por meio do texto do edital o Alice obtém, ainda, o valor estimado da licitação, quando possível, conforme demonstrado na Seção 4. A ferramenta realiza também análises focadas em restrição de competitividade na habilitação, a exemplo da exigência de certidão não amparada legalmente.

Dessa forma, a ferramenta emite alertas, encaminhando e-mails para os auditores pré-cadastrados, contendo informações sobre as licitações publicadas ou realizadas no dia e eventuais irregu-

6. Software robótico é o conjunto de comandos codificados ou instruções que informam um dispositivo mecânico e um sistema eletrônico quais tarefas executar, conhecidos em conjunto como um robô.

7. Possibilidades de inconsistências que podem ser identificadas. Atualmente, as trilhas de auditoria que estão em produção abrangem dois enfoques: as que são executadas logo após a publicação dos editais, que são em sua maioria baseadas em análise textual por meio da localização de palavras-chave; e as que são acionadas após a publicação dos resultados dos pregões eletrônicos, para as quais os alertas que apontam possíveis indícios de irregularidades são gerados a partir de trilhas que envolvem cruzamento de dados, utilizando as diversas bases disponíveis no CGUDATA, tais como CPF, CNPJ, CEIS, Yggdrasil, entre outras.

laridades identificadas por meio da análise automatizada. A partir desses alertas, os auditores da CGU avaliam se há a necessidade ou não de aprofundamento das análises. Caso haja elevado risco na licitação, realiza-se uma atuação preventiva para análise detalhada da situação. Com isso, as inconformidades e fraudes podem ser averiguadas pelos auditores ainda no prazo de vigência do edital do certame licitatório.

De acordo com o Relatório de Gestão da CGU de 2019 (BRASIL, 2020):

A CGU atuou de forma preventiva em 41 licitações, no valor de aproximadamente R\$ 4,2 bilhões, com o objetivo de apoiar a gestão quanto à identificação de riscos nas contratações e evitar prejuízos para a União decorrente de pregões desnecessários, com indícios de fraudes ou falta de justificativa para os itens a serem licitados. A realização dessas avaliações resultou, no âmbito da administração pública federal, na revogação de 9 pregões, na suspensão de 15 pregões que estavam em andamento e em ajuste em 11 pregões que apresentavam riscos na contratação.

Já em 2020, segundo o Relatório de Gestão da CGU de 2020 (BRASIL, 2021), a ferramenta enviou 1276 alertas. A partir desses alertas foram abertas 77 auditorias preventivas sobre licitações que somam valores estimados de R\$ 2,69 bilhões. Destes, registraram-se suspensões e cancelamentos de certames no valor de R\$ 718 milhões.

Nessa medida, surge o desejo de averiguar se os alertas emitidos pelo Alice, estão impedindo fraudes nas licitações e ainda se esses alertas estão sendo gerados corretamente e não de forma incorreta (falso positivo), uma vez que, um alerta aberto de forma incorreta aloca tempo de trabalho dos auditores, prejudicando a atuação em outras ações de controle.

A hipótese é que a ferramenta Alice induz a economicidade (benefício financeiro) e a prevenção à corrupção e fraude, porém, cabe ressaltar que, na atuação diária dos auditores, é observada a geração de muitos alertas incorretos, sugerindo a necessidade de uma melhoria das trilhas da ferramenta. Assim, conduziu-se a um estudo de caso, contabilizando e verificando os alertas abertos, de forma a identificar a quantidade de alertas total, alertas procedentes e improcedentes (falsos positivos) gerados, bem como o montante dos recursos financeiros economizados em virtude do uso do “robô”.

Com isso, foi possível identificar a quantidade de alertas emitidos, contabilizar os benefícios financeiros relacionados ao uso da ferramenta Alice, verificar o percentual de alertas improcedentes e

analisar os resultados. Destaca-se que este artigo objetiva auxiliar e balizar as tomadas de decisões estratégicas no âmbito da CGU, de forma a contribuir com a melhoria dos serviços prestados pelo Alice.

2. LEVANTAMENTO EMPÍRICO

A metodologia utilizada neste artigo foi empírica e quantitativa, contabilizando e verificando os alertas abertos pela ferramenta Alice, de forma a identificar a quantidade de alertas improcedentes gerados e o montante dos recursos financeiros economizados para as estatais de TI e Telecomunicações em 2021, em virtude do auxílio da ferramenta no trabalho dos auditores da CGU.

Nesse sentido, é importante informar que os alertas foram averiguados pelos auditores da CGU, preferencialmente antes da realização de cada certame licitatório. Esses alertas são enviados por e-mails para auditores pré-cadastrados e contêm informações sobre as licitações publicadas ou realizadas diariamente, bem como eventuais irregularidades identificadas por meio da análise automatizada. Assim, de posse dos alertas são realizadas atuações preventivas nas licitações, caso o alarme seja procedente, ou é detectado que o alerta é improcedente, sendo este encerrado sem atuação preventiva.

Considerando a impossibilidade de análise de todos os alertas gerados pelo Alice no ano de 2021, decidiu-se por realizar uma amostragem dos dados identificados. A escolha da amostra foi não aleatória, tendo se decidido analisar tão somente os dados relativos às empresas estatais Serpro (Serviço Federal de Processamento de Dados), Dataprev (Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência) e Telebras (Telecomunicações Brasileiras S/A). A escolha decorreu de dois fatores: (i) facilidade na disponibilidade dos dados e (ii) prazo para a realização da pesquisa necessária para a conclusão do artigo.

Todos os alertas, bem como o histórico de atuação e registro de benefícios ficam concentrados no sistema e-Aud, que integra, em uma única plataforma eletrônica, todo o processo de auditoria, desde o planejamento das ações de controle até o monitoramento das recomendações emitidas e o registro dos benefícios no âmbito da CGU. Com isso, a fonte principal de informações foi a base de dados de alertas do Alice no sistema e-Aud para as empresas de TI e Telecomunicações apresentadas neste artigo.

Além disso, foi levantado o volume de benefícios financeiros registrado com o auxílio da ferramenta Alice no âmbito da auditoria das empresas estatais anteriormente apresentadas.

2.1. CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO

Optou-se por utilizar os critérios de avaliação propostos pela OCDE, segundo esta organização (OECD, 2021), a avaliação de mérito de uma intervenção (política, estratégia, programa, projeto ou atividade) deve ser baseada em seis critérios avaliativos – relevância, coerência, eficácia, eficiência, impacto e sustentabilidade. Neste artigo, iremos focar nos pilares de eficácia e eficiência do uso da ferramenta Alice como fundamento para a prevenção e o combate à corrupção na CGU.

A OCDE (OECD, 2021) estabelece que a avaliação da eficácia afere o atingimento dos objetivos, focando em estabelecer se a intervenção alcançou os resultados pretendidos em diferentes níveis. Dessa forma, deve-se questionar se a ferramenta atingiu os seus objetivos. Visando verificar a eficácia do “robô” Alice, foi avaliado se a ferramenta atingiu o objetivo de identificar tempestivamente a ocorrência de fraudes, desvios, irregularidades ou erros que possam comprometer os objetivos da licitação e o resultado do processo, bem como se a ferramenta alterou positivamente o processo anterior de análises preventivas de licitações no âmbito da CGU.

Eficiência é a medida que a intervenção produz, ou é provável que produza, resultados de forma econômica e oportuna. Este critério é uma oportunidade para verificar se os recursos investidos podem ser justificados pelos seus resultados, o que é de grande importância prática e política. Os recursos devem ser entendidos no sentido mais amplo e in-

cluir os custos econômicos totais (humanos, ambientais, financeiros e de tempo). Não é o mesmo que o orçamento do programa ou o dinheiro gasto.

O Guia referencial para medição de desempenho e manual para construção de indicadores (BRASIL, 2009) define eficiência como a relação entre os produtos/serviços gerados (outputs) com os insumos utilizados, relacionando o que foi entregue e o que foi consumido de recursos, usualmente sob a forma de custos ou produtividade.

Visando verificar a eficiência do “robô” Alice, pretende-se checar se a relação benefícios gerados pela ferramenta com os custos humanos e de tempo é positiva. Para isso será contabilizado o registro de benefícios financeiros e a quantidade de alertas procedentes e improcedentes (falsos positivos) emitidos pelo “robô” e analisados pela equipe de auditoria.

3. APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS

Após a apresentação das primeiras seções, passou-se então para a identificação dos diversos achados em relação aos alertas gerados pela ferramenta Alice e analisados pelos auditores da CGU, no ano de 2021, para as estatais de TI e Telecomunicações. Para o escopo analisado, foram encontrados 17 alertas detalhados nos quadros abaixo, separados por unidades, contendo a identificação da licitação, do objeto da contratação e da procedência ou não do alerta.

QUADRO 1: ALERTAS ALICE ANALISADOS SERPRO 2021

Nº LICITAÇÃO	OBJETO	TRATAMENTO
9/2021	Pregão Eletrônico - Contratação de serviço contínuo de manutenção de Grupo Geradores - Regional Belém e Escritórios.	Falso positivo
2032/2021	Pregão Eletrônico - Contratação de empresa para manutenção de elevadores instalados na SERPRO Regional São Paulo.	Falso positivo
160/2021	Pregão Eletrônico - Prestação de serviços de manutenção preventiva de um Sistema Ininterrupto de Energia UPS, composto de um módulo No-Break de 30kVA e um módulo No-Break de 60kVA, com banco de baterias seladas instalados no SERPRO Regional Florianópolis, sem mão de obra dedicada	Falso positivo
198/2021	Pregão Eletrônico - Aquisição de lâmpadas LED tubo T8 G13 18w para a Regional Rio de Janeiro.	Falso positivo
751/2021	Pregão Eletrônico - Aquisição de notebooks.	Procedente
1312/2021	Pregão Eletrônico - Serviço Anti-DDoS em Nuvem	Falso positivo
321/2021	Pregão Eletrônico - Prestação de serviços de manutenção em 02 (dois) no-breaks de 100 KVA, instalados no SERPRO Regional Salvador, sem mão de obra dedicada	Falso positivo
825/2021	Pregão Eletrônico - Contratação de Ferramenta de Gestão Educacional na modalidade Software como Serviço (Software as a Service - SaaS), com serviços de implantação e serviços técnicos especializados.	Falso positivo

Nº LICITAÇÃO	OBJETO	TRATAMENTO
160/2021	Pregão Eletrônico - Prestação de serviços de manutenção preventiva de um Sistema Ininterrupto de Energia UPS, composto de um módulo No-Break de 30kVA e um módulo No-Break de 60kVA, com banco de baterias seladas instalados no SERPRO Regional Florianópolis, sem mão de obra dedicada	Falso positivo
1143/2021	Pregão Eletrônico - Ferramenta Gestão Desempenho Profissional e Serviços	Falso positivo
1146/2021	Pregão Eletrônico - Contratação de empresa especializada em engenharia para prestação continuada dos serviços de manutenção do sistema NoBreak instalado no SERPRO Regional São Paulo sem mão de obra dedicada.	Falso positivo
1002/2021	Pregão Eletrônico - Solução 'turn key' de datacenter modular	Procedente

Fonte: Sistema e-Aud

QUADRO 2 : ALERTAS ALICE ANALISADOS DATAPREV 2021

Nº LICITAÇÃO	OBJETO	TRATAMENTO
734/2021	Pregão Eletrônico - Contratação de Subscrição de Suporte do Gateway de API pelo período de 24 (vinte e quatro) meses, incluindo prestação dos serviços de Capacitação Técnica e de Orientação Técnica a serem utilizados sob demanda, conforme condições estabelecidas neste Edital e seus anexos.	Procedente
751/2021	Pregão Eletrônico - Contratação de empresa especializada no ramo de engenharia, para implantação de Solução DCIM, nos 03 (três) DATA CENTERS da DATAPREV, Data Center Rio de Janeiro (DCRJ), Data Center São Paulo (DCSP) e Data Center Distrito Federal (DCDF), conforme condições constantes do Edital e seus anexos.	Falso positivo
737/2021 ⁸	Pregão Eletrônico - Aquisição de Desktop, Notebook e Ultrabook com garantia pelo período de 60 (sessenta) meses.	Procedente

Fonte: Sistema e-Aud

QUADRO 3 : ALERTAS ALICE ANALISADOS TELEBRAS 2021

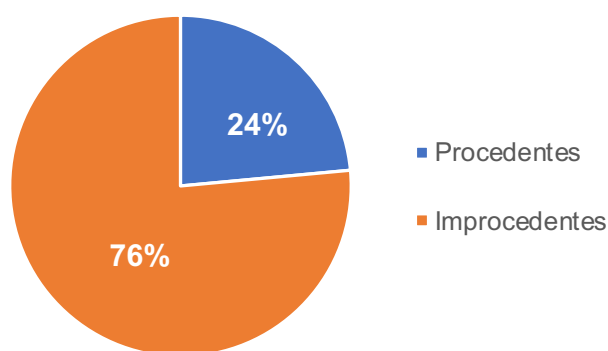
Nº LICITAÇÃO	OBJETO	TRATAMENTO
04/2021	Pregão Eletrônico - O objeto da presente licitação é a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de administração e fornecimento de vales-alimentação e refeição, na forma de cartões eletrônicos com chip, para uso em restaurantes, lanchonetes e similares, supermercados, mercearias e congêneres, como meio de pagamento utilizado na aquisição de refeições e gêneros alimentícios 'innatura' respectivamente, conforme normas do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT.	Falso positivo
06/2021	Pregão Eletrônico - O objeto da presente licitação é a contratação de seguro contra danos e perdas do SGDC em órbita, com vigência de 12 (doze) meses, observadas as disposições técnicas constantes do Wording do Seguro do Satélite em Órbita Anexo 1 do Termo de Referência e demais anexos.	Falso positivo

Fonte: Sistema e-Aud

O gráfico 1 apresenta a percentagem aproximada de tipos de alertas emitidos pelo Alice, ou seja alertas procedentes ou improcedentes (falsos positivos) e apresenta um panorama geral para os alertas do Alice gerados para as estatais em análise.

8. Na data de análise dos dados (março de 2022), o Pregão 737/2021 ainda estava em análise pela CGU.

GRÁFICO 1: PERCENTAGEM APROXIMADA DE TIPOS DE ALERTAS EMITIDOS PELO ALICE PARA AS ESTATAIS DE TI E TELECOM EM 2021



Fonte: Sistema e-Aud

4. ANÁLISE DOS RESULTADOS

Este artigo objetiva avaliar a intervenção do “robô” Alice nas auditorias preventivas de compras públicas. Como tratado anteriormente, essa é uma das atividades governamentais mais vulneráveis à corrupção, devido a quantidade de recursos e atores envolvidos. Para isso, foram avaliados dois dos critérios estabelecidos pela OCDE: a eficácia e a eficiência, para verificar os resultados atingidos pelo Alice nas contratações das empresas estatais Serpro, Dataprev e Telebras no exercício de 2021.

A eficácia trata sobre o atingimento dos objetivos, dessa forma, considerando que o objetivo do “robô” Alice é, em última instância, identificar tempestivamente a ocorrência de fraudes, desvios, irregularidades ou erros que possam comprometer os objetivos da licitação, avaliou-se se a ferramenta foi capaz de identificar irregularidades a tempo de os auditores sugerirem alterações nos editais publicados.

De acordo com os resultados, verifica-se que foram analisados e alterados tempestivamente os editais com alertas procedentes (Pregões 1002/2021, 751/2021 e 734/2021), seguindo a recomendação dos auditores da CGU. Essas recomendações de alterações visaram tratar especialmente inconsistências, ilegalidades e fraudes, primordialmente no tocante à sobrepreço, estimativa não justificada e cerceamento competitivo ou direcionamento, que são práticas que se não coibidas, promovem uma gestão deficiente, tendo o potencial de facilitar a própria corrupção. Ressalta-se que não é possível informar os valores estimados das licitações apresentadas, e estes valores, na maioria das vezes, também não são

coletados pelo Alice, em virtude da Lei nº 13.303/16⁹, que faculta à empresa estatal contratante a disponibilização desta informação.

Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificativa na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

Destaca-se ainda, que, com essas alterações propostas pelas recomendações, foi alcançado o benefício financeiro registrado de R\$ 18.407.834,21, detalhado em R\$ 16.538.836,11, R\$ 1.414.422,74 e R\$ 454.575,36, referentes às análises dos Pregões 1002/2021, 751/2021 e 734/2021 respectivamente.

Nessa análise, pode-se afirmar que o Alice é eficaz na medida em que promove um maior controle sobre as licitações futuras, automatizando a atividade humana, promovendo um método eficiente de prevenção à corrupção e à má gestão. Destaca-se ainda que, anteriormente à implantação do Alice, não havia avaliação preventiva automatizada na CGU e que, quando algum trabalho preventivo era realizado, o insumo era de um processo rudimentar de pesquisa no Diário Oficial da União, sobre as licitações que iriam ocorrer futuramente, ou ainda análises preventivas eram realizadas somente em caso de denúncias.

O outro aspecto analisado foi a eficiência, podendo ser definida como a medida que a intervenção produz, ou seja provável que produza, resul-

9. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

tados de forma econômica e oportuna. Este critério é uma oportunidade para verificar se os recursos de uma intervenção podem ser justificados pelos seus resultados.

Ao analisar a relação entre benefícios gerados pela ferramenta com os custos humanos e de tempo utilizados nas análises dos alertas, verifica-se que o “robô” Alice é eficiente, pois o benefício gerado foi superior aos recursos empreendidos. Com o auxílio da ferramenta, os auditores contabilizaram uma economia de recursos financeiros nas estatais de TI e Telecomunicações, em 2021, no valor aproximado de R\$ 18 milhões de reais, o que representa aproximadamente 60 anos de salário¹⁰ de um Auditor Federal de Finanças e Controle – AFFC, lotado na CGU. Nesse aspecto, destaca-se ainda que a análise de cada alerta é, em geral, realizada em até sete dias úteis, por um único servidor público, em geral um(a) AFFC.

Contudo, apesar do “robô” Alice ser considerado eficaz e eficiente é preciso ressaltar que dos 17 alertas verificados pela CGU, somente 4 foram procedentes, ou seja, 23,5%. Dessa forma, este cenário demonstra que 76,4% dos alertas foram improcedentes, o que comprova a hipótese de que a ferramenta Alice induz a economicidade (benefício financeiro) e a prevenção à corrupção e fraude, porém, ainda existe a geração de muitos alertas incorretos, sendo esse aspecto um contraponto à eficiência da ferramenta.

Dessa forma, cabe indicar que a ferramenta necessita de melhorias em suas trilhas, especialmente para as empresas estatais, que são regidas pela Lei nº 13.303/16, estatuto diverso das Leis nº 8.666/93 e 14.133/21, que regem as licitações e contratos administrativos na Administração Pública.

Essas melhorias adequariam a ferramenta às especificidades das empresas estatais, que contam com um estatuto diferente da Administração Pública, bem como possuem o potencial de diminuir a quantidade de falsos positivos, que impactam na disponibilidade dos auditores para outras ações de controle, aumentando a eficiência da ferramenta Alice em relação ao grande número encontrado de falsos positivos.

Ainda nesse raciocínio, porém analisando o contexto para a adoção de ferramentas tecnológicas no âmbito de auditorias e na prevenção à corrupção, existem outros desafios e obstáculos no caminho da utilização dessas ferramentas tecnológicas, além dos seus benefícios potenciais (CARVALHO, 2020).

Nesse sentido propõem-se ainda 4 categorias diferentes de desafios a serem superados, especificamente para o setor público: (i) implementação

da tecnologia, (ii) legislação e regulação da aplicabilidade da Tecnologia, (iii) ética e (iv) paradigma comportamental (WIRTZ; WEYERER; GEYER, 2019). Cabe ressaltar ainda o desafio comportamental, levando em consideração os desafios inerentes à burocracia (BARZELAY, 2019; BRESSER-PEREIRA, 2008), como a substituição e a transformação da força de trabalho, a aceitação e a confiança da adoção de tecnologias em detrimento dos métodos convencionais de trabalho, e, ainda, a interação homem-software/máquina, bem como a questão sobre os efeitos que as ferramentas tecnológicas geram na substituição de auditores como na área de controle e fiscalização.

CONCLUSÃO

Este artigo tem por objetivo discutir os desafios e benefícios relacionados ao emprego de soluções de tecnologia no combate à corrupção, a partir do exemplo concreto da utilização da ferramenta Alice no âmbito das CGU. Nesse sentido, a análise buscou identificar deficiências e propor sugestão de melhorias nas trilhas da ferramenta Alice.

No artigo evidenciou-se que a ferramenta Alice é um grande avanço para o processo de atuação preventiva no âmbito da CGU em contratações, porém o robô Alice ainda carece de customização e melhorias em suas trilhas de auditoria, em especial no que toca a sua utilização pela CGU em empresas estatais, notadamente as empresas abordadas neste artigo

De posse dos alertas citados e armazenados no e-Aud, os resultados encontrados possibilitaram verificar a efetividade do Alice na economicidade nas licitações e prevenção de irregularidades e corrupção em licitações das empresas estatais de TI e Telecomunicações, na ordem de 18 milhões em 2021, bem como foi possível verificar um percentual de alertas incorretos gerados pela ferramenta (76,4%), que causam impacto na carga horária dos auditores da CGU envolvidos nos tratamentos desses alertas.

Destaca-se que a contribuição do trabalho pode ser identificada como um referencial para decisões estratégicas a serem tomadas da CGU, influenciando diretamente na melhoria dos controles relacionados à prevenção da corrupção. Vale lembrar que a adoção das sugestões deste artigo, conforme a pesquisa quantitativa realizada, permitirá uma implementação mais favorável de trilhas do sistema Alice, sobretudo no âmbito das empresas estatais.

Em virtude da limitação de tempo para a realização do trabalho e do sigilo das informações sobre as trilhas do sistema Alice, não foi possível elencar trilhas específicas para a ferramenta, pois a publi-

10. Para o cálculo foi utilizado a remuneração bruta de um Auditor Federal de Finanças e Controle, de R\$ 25.0000,00.

cidade dessas trilhas contribuiria para um possível mecanismo de burla desses controles. Nesse sentido, sugere-se que trabalhos futuros abordem a implementação de trilhas de alertas específicas para esta-tais na ferramenta Alice, a serem discutidas com os

responsáveis pela ferramenta, assim como os desafios colocados à análise de auditoria proporcionada pelo uso de tecnologia: (i) implementação da tecnologia, (ii) legislação e regulação da aplicabilidade da Tecnologia, (iii) ética e (iv) paradigma comportamental.

REFERÊNCIAS

- BARZELAY, **Public Management as a Design-Oriented Professional Discipline**. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited The Lypiatts. 2019.
- BERTOT, J. C.; JAEGER, P. T.; GRIMES, J. M. Using ICTs to create a culture of transparency: e-government and social media as openness and anti-corruption tools for societies. **Government Information Quarterly** 27. Elsevier, 2010 p. 264-271,
- BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Relatório de Gestão, 2020**. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/65266>. Acesso em: 01 fev. 2022.
- BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO (MP). **Produto 4 : guia referencial para medição de desempenho e manual para construção de indicadores**. Disponível em <https://bibliotecadigital.economia.gov.br/handle/777/613>. Acesso em 01 abr.. 2022.
- BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial de combate à fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública / Tribunal de Contas da União**. 2.ed., 2018. 148 p. Disponível em: <https://bit.ly/3KQ4ns> . Acesso em 10 mar.mar.. 2022.
- BRESSER-PEREIRA, L. C., O modelo estrutural de gerência pública. **Revista de Administração Pública**, v. 42, n. 2, 2008. p. 391-410.
- CARVALHO, S.T.N., **Impacto da inteligência artificial na atividade de auditoria: equacionando gargalos nos repasses da união para entes subnacionais**, Rio de Janeiro, 2020.
- COSTA, Marcos Bemquerer; BASTOS, Patrícia Reis Leitão. Alice, Monica, Adele, Sofia, Carina e Ágata: o uso da inteligência artificial pelo Tribunal de Contas da União. Controle Externo: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, 2020. p. 11-34.
- LIO, M.; LIU, M.; OU, Y. Can the internet reduce corruption? A cross-country study based on dynamic panel data models. **Government Information Quarterly**, v. 28, n. 1, 2011. p. 47-53.
- OECD. **Applying evaluation criteria thoughtfully**, OECD Publishing, Paris, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/543e84ed-en>. Acesso em 04 mar. 2022.
- OECD. **Government at a Glance 2021**, OECD Publishing, Paris, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/1c258f55-en>. Acesso em 08 mar. 2022
- OCDE. **Combate a cartéis em licitações no Brasil: Uma revisão das Compras Públicas Federais**. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/fighting-bid-rigging-in-brazil-a-review-of-federal-publicprocurement.htm>. Acesso em 08 mar. 2022.
- OCDE. **Seminário OCDE-CADE sobre Licitação Pública e Colusão**. Disponível em: <https://www.oecd.org/about/secretary-general/seminario-ocde-cade-sobre-licitacao-publica-e-colusao-discurso-de-abertura.htm> Acesso em 08 mar. 2022.
- RIBEIRO, M. S. A Tecnologia Como Catalisadora da Informação na Prevenção e no Combate à Corrupção. in: "Lei Anticorrupção: Transparência e Boas Práticas". **Cadernos FGV Projetos**. Ano 11, n. 27, 2016. p. 54-65.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, **Perguntas Frequentes**. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/perguntas-frequentes/>. Acesso em 04 de mar. 2022.
- VASARHELYI, M. A.; KOGAN, A.; TUTTLE, B. M. **Big data in accounting: An overview**. **Accounting Horizons**, v. 29, n. 2, 2015. p. 381-396.
- WIRTZ, B. W.; WEYERER, J. C.; GEYER, C. Artificial Intelligence and the Public Sector—Applications and Challenges. **International Journal of Public Administration**, v. 42, n. 7, 2019. p. 596-615.

Programa Time Brasil como estratégia para o aperfeiçoamento da transparência, integridade pública e participação social em governos locais

Time Brasil Program as a strategy for improving transparency, public integrity and social participation in local governments

Keyne Tanaguchi Santos¹ e Maria Francisca Santos Abritta Moro²

Resumo: O combate à corrupção é uma agenda do governo brasileiro, pois seus efeitos deletérios impactam na qualidade das políticas públicas e na confiança da população em seus governantes. O tema governo aberto vem se apresentando no cenário internacional e nacional como uma potente alternativa para fortalecer as democracias dos países e atuar na prevenção à corrupção a partir da implementação de seus princípios. A Controladoria-Geral da União tem atuado no âmbito feral nessa perspectiva e apresenta um programa para governos locais com ações para governo aberto com ênfase em três eixos: transparência, integridade e participação, por meio do Programa Time Brasil. Esse artigo se propõe, com base em uma revisão bibliográfica existente e por meio do método dedutivo de análise, a lançar luz sobre o debate conceitual da corrupção, bem como a justificar a necessidade de um aprimoramento da gestão pública, por meio da valorização da transparência, integridade e participação social, para um enfrentamento mais efetivo da corrupção em estados e municípios.

Palavras-chave: Corrupção. Transparência. Governo Aberto.

Abstract: The fight against corruption is an agenda of the Brazilian government, as its deleterious effects impact the quality of public policies and the population's trust in their rulers. The open government theme has been presented on the international and national scene as a powerful alternative to strengthen the democracies of the countries and act in the prevention of corruption from the implementation of its principles. The General Controller of the Union has acted in the general scope in this perspective and presents a program for local governments with actions for open government with an emphasis on three axes: transparency, integrity and participation, through the Time Brazil Program. This article proposes, based on an existing bibliographic review and through the deductive method of analysis, to shed light on the conceptual debate on corruption, as well as to justify the need for an improvement in public management, through the valorization of transparency, integrity and social participation, for a more effective fight against corruption in states and municipalities.

Academic work: Corruption. Transparency. Open Government.

1. Auditor Federal de Finanças e Controle, Controladoria-Geral da União; keyne.taniguiche@cgu.gov.br
2. Professora requisitada, Controladoria-Geral da União; maria.moro@cgu.gov.br

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o combate à corrupção se tornou tema constante na agenda de governo e no slogan de campanha da maioria dos candidatos políticos. Na mídia, é recorrente a eclosão de escândalos de corrupção envolvendo membros, do executivo, do legislativo ou judiciário, na União, estados ou municípios. Escândalos como Sanguessugas, Mensalinho, Mensalão, Operação Lava-Jato, entre outros, seguem preenchendo capas de jornais e a estampar noticiários brasileiros.

Porém, a relevância do tema não se restringe ao nosso território. O controle da corrupção é assunto que preenche, também, a agenda de organizações internacionais relacionadas ao desenvolvimento econômico global. Citamos, como exemplo, os trabalhos realizados pelo Banco Mundial e pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), instituições que apoiam o desenvolvimento de programas anticorrupção com o objetivo de melhorar a capacidade da gestão pública, a lutar contra a pobreza e a promover o desenvolvimento econômico (CROIX & DELAVALLADE, 2009).

O esforço dessas instituições se justifica pelo prejuízo global trazido pela corrupção. Segundo Reis & Almeida, estudos demonstram que a corrupção é diretamente responsável por distorções orçamentárias, diminuição de gastos do governo com educação, redução do crescimento econômico e provoca ineficiência na alocação de recursos em áreas relevantes como a da saúde (2021). Como veremos adiante, a corrupção é perpetuada e causa mais danos em localidades onde há maior carência estrutural. No Brasil, notadamente essa carência ocorre nas localidades mais distantes do controle federal, ou seja, em estados e municípios.

Em face do exposto acima, entende-se que o caráter perene e sistêmico da corrupção no Brasil é digno de debates, esforços e investigações que ajudem a explicar e, sobretudo, a combater este fenômeno que assola o país. Porém, toda pesquisa requer uma delimitação de seu objeto. Todavia, quando tratamos de um tema complexo e de difícil compreensão como a corrupção, a delimitação do tema pode enviesar a pesquisa torando-a incompleta.

Segundo Filgueiras (2009), não há uma teoria da corrupção no Brasil. Para o autor, o tema da corrupção foi deixado de lado nas reflexões acadêmicas e teóricas, não havendo, nesse sentido, uma abordagem que trate do tema no âmbito da política, da economia, da sociedade e da cultura de forma abrangente.

Nesse sentido, este artigo se propõe, com base em uma revisão bibliográfica existente e por meio do método dedutivo de análise, a lançar luz sobre o debate conceitual da corrupção, bem como a justificar a necessidade de um aprimoramento da gestão pública, por meio da valorização da transparência, integridade e participação social, para um enfrentamento mais efetivo da corrupção em estados e municípios. Uma vez que o programa Time Brasil, lançado em edição nacional em 2021, é a principal iniciativa da Controladoria-Geral da União (“CGU”) com foco em governo aberto local, pretende-se, com esta pesquisa, buscar elementos que possam justificar e subsidiar ajustes no modelo atual utilizado pelo programa.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Apontamentos sobre a corrupção

No Brasil, não é raro nos depararmos com notícias e escândalos relacionados à malversação de recursos públicos, ao pagamento de propina ou ao uso indevido da máquina estatal. Tais notícias, associadas à crise política e econômica agravada pela pandemia da Covid-19, criam uma sensação de mal-estar coletivo e favorecem a geração de um ceticismo com relação ao futuro do país.

Tal sensação pode ser favorecida pela profusão de escândalos de corrupção que eclodiram no passado recente. Resumidamente, podemos citar, apenas no âmbito federal da administração pública brasileira, os escândalos envolvendo os últimos presidentes: José Sarney foi marcado por escândalo envolvendo concessões de rádios e TVs em troca de votos e apoio político; Fernando Collor; por seu impeachment; o de Itamar Franco, pelo escândalo dos “anões do orçamento”; Fernando Henrique, pelas denúncias de compra de votos para viabilizar a aprovação de emenda constitucional com vistas à própria reeleição; Lula e Dilma, por escândalos envolvendo o Mensalão e o Petrolão, além das pedaladas fiscais que culminaram no impeachment da Dilma; Temer, chegou a ser preso por suposto envolvimento nos delitos de corrupção ativa e lavagem de dinheiro relacionados à contratos da Eletronuclear; e, por fim, notícias recentes relacionam o governo Bolsonaro a fraudes na compra de vacinas.

Dado o histórico, não é exagero admitir que o fenômeno da corrupção no Brasil é suprapartidário, uma vez que não se vincula ou se subordina a partidos políticos específicos (SACRAMENTO; PINHO, 2018). Existe, ainda, a percepção de que o fenômeno da corrupção possui caráter sistêmico, uma vez que

escândalos noticiados frequentemente envolvem organizações públicas e privadas, diferentes Poderes do Estado, e permeiam todas as esferas de governo, alcançando a administração direta, indireta, além de governos locais em estados e municípios.

Power e Taylor (2011) frisam que as oportunidades para a prática de corrupção no Brasil são inúmeras, dando uma sensação de imortalidade para esse fenômeno:

it is remarkable just how pervasive embezzlement and fraud in Brazilian public bidding and public contracts have been, surviving regime change, institutional innovations, and new accountability technologies. Democracy, the creation of accountability institutions, and mechanisms of electronic government have been unable to eliminate these practices. (p. 185)³

Os repetidos escândalos e a aparente ineficiência do Estado no combate à corrupção criam uma sensação de impotência por parte da sociedade, a qual se limita a aguardar o escândalo que estampará as próximas capas dos jornais. Esse mal-estar coletivo acaba por criar concepções de senso comum. Ressalta-se, porém, que, por não existir uma fórmula exata para se medir a corrupção, os estudos sobre o tema são desenvolvidos de forma comparativa e tentam medir justamente a percepção da corrupção como forma de demonstrar os seus efeitos sobre o Estado e à sociedade (AVRITZER, BIGNOTTO, GUIMARÃES, & STARLING, 2008). Tal metodologia é criticada por parte da literatura, uma vez que significa compreender a corrupção por meio de dados volúveis e suscetíveis, por exemplo, ao direcionamento da mídia (FILGUEIRAS, 2009) e, mais recentemente, das redes sociais.

Embora indireta, a percepção da população pode revelar traços dos elementos culturais da corrupção. De acordo com Filgueira, a tolerância à corrupção decorreria da forma como o brasileiro compreende determinadas normas morais em confrontação com concepções práticas:

Um indivíduo percebe algo quando fórmula impressões a respeito do objeto com base em parâmetros pressupostos para a sua compreensão. Nesse caso, partimos da premissa de que a percepção da corrupção por parte do cidadão comum significa sua capacidade de descrever e avaliar a corrupção com base em parâmetros morais definidos previamente. (...) a

corrupção expressa um juízo moral, em que o indivíduo avalia a ação praticada por um agente com base em uma moralidade pressuposta, fundamentada em consensos a respeito de valores e normas que organizam concepções de bom governo. (FILGUEIRA F., 2009, P.407)

Em seu estudo, Filgueiras ressalta os modos de acordo com os quais o brasileiro compreende o conceito de interesse público. Na pesquisa, são contrastadas a noção de interesse público que se liga a uma noção de Estado com a noção de interesse público como aquilo que interessa o maior número de pessoas. Tais noções de interesse público influenciam na forma como o brasileiro pensa a corrupção. Em um dos resultados da pesquisa, percebeu-se que a compreensão do interesse público como uma responsabilidade do Estado implica o fato de se compreender a corrupção como uma prática realizada por funcionários públicos. Com efeito, a corrupção estaria associada à esfera estatal e não à dimensão da sociedade em seu conjunto (2009).

Outros resultados revelam que, embora exista um parâmetro moral em que a corrupção é condenável do ponto de vista dos valores da sociedade, os resultados da pesquisa demonstram que os entrevistados concordam com situações em que a corrupção pode ser praticada. Mais que isso, a pesquisa mostra que, ao avaliar as possíveis antinomias entre normas morais e prática social, diante de uma situação prática, um percentual relativamente alto de entrevistados concordam com situações de corrupção e julgam que ela seja algo “natural” à política. Um último resultado de sua pesquisa revela que, apesar de as pessoas concordarem com normas morais como o valor de honestidade, elas estão propensas a participar de esquemas de corrupção. Para Figueira F. os resultados carregam um sentido prático definido em torno de concepções culturais e conhecimento social latente (2009).

Em suma, a pesquisa revela que os entrevistados possuem a noção dos valores públicos, mas os juízos de necessidade os corrompem. Embora essa dicotomia possa soar estranha em sociedades pós-materialistas, ela pode ser vista como um indicador de que valores de sobrevivência obstaculizam o combate à corrupção no Brasil (SACRAMENTO; PINHO, 2018).

Em seu artigo, Sacramento e Pinho concluem que “grande parte dos brasileiros ainda tende a conferir maior ênfase aos valores materialistas do que

3. Tradução livre: é notável como a apropriação indébita e a fraude têm sido difundidas nas licitações e contratos públicos brasileiros, sobrevivendo a mudanças de regime, inovações institucionais e novas tecnologias de responsabilização. A democracia, a criação de instituições de prestação de contas e os mecanismos de governo eletrônico não conseguiram eliminar essas práticas.

aos seculares-rationais e de autoexpressão, afinal metas relacionadas a esses dois últimos tipos de valores estão situadas abaixo das necessidades básicas, as garantidoras de segurança física e econômica – como emprego e renda” (2018, P. 131). Tal variável, associada a falta de um padrão de crescimento econômico e a um baixo nível educacional, que afeta a autonomia cognitiva da população, criam um cenário propício ao clientelismo e à aceitação de lemas do tipo “rouba, mas faz”.

Nesse sentido, a corrupção tende a afetar os Estados menos desenvolvidos devido às carências estruturais que já são incapazes de suprir as condições mínimas de serviços básicos de parte da população (SACRAMENTO; PINHO, 2018). Pressupõe-se assim que, considerando uma corrupção sistêmica, os estados e municípios, que tendem a possuir uma menor carência estrutural, sejam mais afetados pelos efeitos da corrupção.

Observa-se assim que o estudo da corrupção possui facetas que transcendem a compreensão deste fenômeno como uma mera sobreposição do interesse privado em detrimento do público, divergindo, entre elas, apenas as causas que originam as práticas corruptas e a forma de combatê-las. Por exemplo, a corrente positivista jurídica estuda a corrupção por um prisma notadamente normativo. A funcionalista, por sua vez, realiza a sua análise por uma correlação entre a corrupção e o estágio de modernização da sociedade. No geral, o estudo da corrupção não consegue proporcionar uma concepção de interesse público que integre a dimensão da política e moralidade, porquanto não agregam, ao termo “corrupção”, aspectos políticos, morais, sociais e culturais (MACEDO; VALADARES, 2020). Porém, alguns estudos recentes já abordam a corrupção a partir de discussões que retomam a teoria democrática, a qual associa o fenômeno da corrupção a um sério déficit de democracia. Nesse sentido, a organização ou o empoderamento da sociedade civil seria uma forma de favorecer a accountability e, por conseguinte, contribuir para uma política sem corrupção (WARREN, 2004). Com relação ao controle público não estatal, estudos de Avritzer e Filgueiras (2011) apontam para a necessidade de se permitir ao cidadão controlar e participar das decisões coletivas.

Ao incluirmos, nos estudos da corrupção, aspectos morais, culturais, políticos e sociais, extrapolamos a definição de corrupção como um mero “uso de bens, serviços e do poder público para o benefício privado, podendo assumir uma vasta gama de formas, como pagamento de propinas, fraudes

em licitações, desvios de verbas e compra de votos” (LOPES & TOYSHIMA, 2013. P 203) e nos aproximamos à temática do governo aberto.

2.2. Governo Aberto: Conceito e Princípios

Governo Aberto é um tema abordado desde à segunda metade do século XVIII, por meio de instrumentos jurídicos, tais como, legislações que garantiram a liberdade de acesso à informação na Suécia e a liberdade de imprensa nos Estados Unidos da América, em 1776 e na França, em 1789 (Wikipedia, 2016). Em 2009, com o intuito de reforçar a democracia, promover a eficiência e a eficácia por meio da transparência, da participação e da colaboração, no início da administração do presidente dos Estados Unidos, Barack Obama, é publicada a Declaração de Governo Aberto.

O tema entrou na agenda internacional em setembro de 2011 com a Parceria para Governo Aberto (Open Government Partnership), atualmente com mais de setenta países e iniciativas em governos locais e segundo Guimarães (2014) a partir das seguintes premissas: i) A transparência promove o controle social; ii) a participação dos cidadãos melhora a eficácia governamental e a qualidade de tomada de decisões; iii) a colaboração incorpora os cidadãos às ações realizadas pelo governo.

Governo Aberto tem relação com acesso à informação, participação cidadã, transparência, prestação de contas (accountability), abertura de dados, colaboração e cocriação entre governo e sociedade civil, inovações na gestão de políticas públicas. Para a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, o Governo Aberto é aquele que disponibiliza informações e dados; prioriza o interesse público em relação ao interesse privado; explica suas ações em resposta às demandas dos cidadãos e da sociedade; age de forma responsiva; e incorpora as perspectivas e contribuições dos cidadãos na tomada de decisões públicas. O conceito de governo aberto pode ser bem difundido e promove práticas governamentais progressistas e transformadoras (LIMA; BELLIX 2022).

2.3. A estratégia da Controladoria-Geral da União para promover a prevenção da corrupção em governos locais

A Controladoria-Geral da União (CGU) desempenha suas funções institucionais a partir de um feixe de competências estruturado em torno de cinco áreas principais de atuação: auditoria governamental; ouvidoria; promoção da transparência e prevenção da corrupção; combate à corrupção; e correição.

Na estrutura da CGU, de acordo com o estabelecido no art. 16 do Decreto nº 9.681, de 03 de janeiro de 2019, compete à Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção formular, coordenar, fomentar e apoiar a implementação de planos, programas, projetos e normas voltados à prevenção da corrupção e à promoção da transparência, do acesso à informação, da conduta ética, da integridade e do controle social no Poder Executivo federal. Além disso, o art. 17, em seu inciso III, especifica que é atribuição da Diretoria de Transparência e Controle Social apoiar e orientar os Estados, os Municípios e o Distrito Federal na implementação de políticas e programas de prevenção da corrupção, de promoção da transparência, do acesso à informação, da conduta ética, da integridade e do controle social.

Na perspectiva de promover a prevenção da corrupção em governos locais, a área da CGU, em 2018, remodelou o antigo Fortalecimento da Gestão Pública (FGP) em um novo programa de caráter experimental, acrescentando algumas iniciativas realizadas pelo Programa Brasil Transparente (PBT) e boas práticas de integridade pública e de participação social já aplicadas em outras áreas da Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC). A iniciativa foi batizada, informalmente, de Programa “Pacto”, estendendo-se entre março de 2018 e março de 2019. O “Pacto” concebeu uma nova forma de cooperação entre a CGU e 11 municípios, distribuídos em 10 estados selecionados (DF, GO, PE, PR, PB, ES, SP, RJ, SC e AL) com o objetivo de promover mudanças na gestão pública dos entes subnacionais para institucionalizar a capacidade de detecção e prevenção da corrupção.

Para acompanhar o piloto e viabilizar a criação do programa, foi implantado o Comitê Gestor do Pacto com a presença de todas as regionais da CGU coordenadoras de municípios. Com reuniões mensais, no Comitê eram apresentadas as conquistas e dificuldades de implementação dos planos de ação municipais e, desta maneira, eram construídas as principais diretrizes do programa.

Em novembro de 2018, foi realizada a primeira avaliação do projeto piloto do programa Pacto. Como resultado, os principais avanços (não homogêneos) nos municípios participantes foram: formalização da Lei de Acesso à Informação em nível local, implementação de sistema eletrônico de pedidos de informação para solicitação e acompanhamento de pedidos pelo cidadão e melhoria de processos internos de monitoramento de prazos e respostas, reformulação de Portais de Transparência Municipais e formalização dos processos internos para monitoria e inserção de dados, criação e melhoria de estruturas

de controladoria municipais com fomento de suas quatro macro funções, aprimoramento normativo para a promoção da integridade e implantação de ações de participação social e educação cidadã.

Em 2019, o programa “Pacto” sofreu algumas reformulações: sua matriz de ações foi simplificada e o programa foi renomeado oficialmente como “Time Brasil”. A principal mudança, todavia, foi a iniciativa de se realizar um piloto em larga escala, mas atuando somente em um único estado – Goiás, com a intenção de se atingir todos os seus 246 municípios, e contando com o apoio de uma rede de parceiros institucionais locais, regionais e nacionais.

2.4. Time Brasil para ações de governo aberto

O Time Brasil é o programa da Controladoria-Geral da União para as ações de Governo Aberto” no âmbito da Controladoria-Geral da União - CGU, com a finalidade de fomentar, apoiar e orientar os entes federados subnacionais para a adoção de políticas e programas de prevenção da corrupção e para a promoção da transparência e do acesso à informação, da integridade e da participação social, que constituem os princípios de Governo Aberto. A iniciativa funciona de forma cooperativa entre os entes federados, a CGU e os órgãos parceiros.

São seus principais objetivos: fortalecer políticas de transparência local; implantar funções de controladoria; disseminar boas práticas de integridade pública; e estimular ações de participação e controle social.

No atual formato, o Time Brasil foi lançado, no segundo semestre de 2019, no estado de Goiás. A primeira oficina foi realizada em Uruaçu, nos dias 10 e 11 de setembro. A segunda capacitação ocorreu em Goiânia, nos dias 29 e 30 de outubro. Os dois municípios funcionaram como cidades polo da região, sendo possível, portanto, a participação de representantes de outros municípios do estado.

Em 2022, o Time Brasil incorporou de forma mais evidente os pressupostos, metodologia e linguagem de Governo Aberto, denominando-se “Programa Time Brasil: Transparência, Integridade e Participação Social para as Ações de Governo Aberto”. Essa mudança se materializa na portaria que institui o programa, segundo a qual o Time Brasil terá a finalidade de “fomentar, apoiar e orientar os entes federados subnacionais para a adoção de políticas e programas de prevenção da corrupção e para a promoção da transparência e do acesso à informação, da integridade, da participação social, que constituem os princípios de Governo Aberto”.

O programa possui três eixos (Transparência, Integridade e Participação) e está alinhado com a Agenda 2030 (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável), aprovada pela Resolução A/RES/70/1 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 25 de setembro de 2015, em especial com três metas integrantes do Objetivo 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes). Esses eixos estão organizados na Matriz Transparência, Integridade e Participação (Matriz TIP), instrumento de organização do trabalho do Programa Time Brasil. O instrumento consiste em uma relação de itens para o ente construir o seu Plano de Ação, incluindo determinações legais e boas práticas para a gestão local. A Matriz TIP pretende mensurar a maturidade dos estados e municípios aderentes ao Programa em três eixos: Transparência, Integridade e Participação.

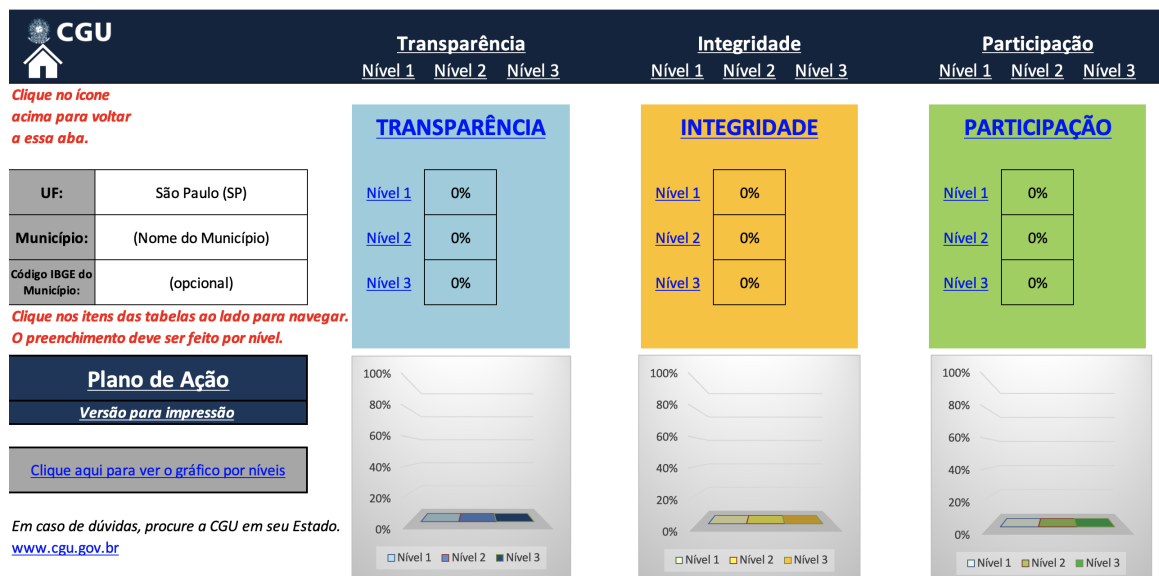
Inicialmente, os interessados utilizam a Matriz TIP para uma autoavaliação e definição de um diagnóstico orientativo quanto aos eixos do Programa. Feito isso, o ente, voluntariamente, elabora um Plano de Ação para implementar ou melhorar os itens da Matriz que ele escolher. A partir de então, haverá treinamentos e oficinas para auxiliar na melhoria dos aspectos apontados no documento. Encontra-se vinculada à cada eixo da Matriz uma trilha de conhecimento (Trilhas TIP), destinada ao aprendizado dos entes com vistas a alcançar os objetivos estipulados no Plano de Ação. As Trilhas TIP reúnem o conhecimento produzido pela CGU (cursos, carti-

lhas, modelos, instruções, sistemas, checklists etc.) e, nesse momento, suas lacunas estão sendo completadas pelos NAOPs e órgão central.

A primeira versão da Matriz, com mais de 200 itens, foi elaborada ainda em 2017 para o projeto-piloto denominado Pacto, que teve início em 2018. Após a reformulação do Programa para aplicação do segundo piloto em 2019, e com a nova denominação Time Brasil, foi elaborada uma segunda versão da Matriz, validada por todas as secretarias da CGU, com 111 itens, ainda disponível no site do Time Brasil. Em 2020, fomos procurados pelo Tribunal de Contas da União, que estava preparando um diagnóstico semelhante, com a proposta de unificarmos os dois instrumentos, no que fosse possível. Elaborou-se, então, a terceira versão da Matriz, com 93 itens, incorporada parcialmente ao questionário do TCU, mas mantendo sua identidade como ferramenta do Time Brasil da CGU.

Após a aplicação dos dois pilotos, constatou-se a necessidade de simplificação da apresentação da Matriz e criação de um escalonamento por níveis de aprofundamento nos temas, com graus crescentes de complexidade dos itens. Foram testados alguns formatos e, nesta quarta versão da Matriz TIP, criamos duas “camadas”: a primeira camada apresenta os 3 eixos (Transparência, Integridade e Participação) distribuídos em 3 níveis (I, II e III), cada nível contendo 3 grupos por eixo, totalizando 27 grupos; a segunda camada apresenta os itens que compõem cada um dos 27 grupos, como mostra a Figura 1.

FIGURA 1 – IMAGEM DA MATRIZ TIP MULTINÍVEL



Fonte: Elaborada pelos autores, por print de tela da matriz disponível na página web do Time Brasil, 2022.

Com esse modelo multinível, os estados e municípios aderentes podem situar-se em setores diferentes da Matriz TIP, conforme o eixo. Assim, por exemplo, um ente pode estar simultaneamente no nível I (básico) do eixo Transparência (T1), no nível II (intermediário) do eixo Integridade (I2) e no nível III (avançado) do eixo Participação (P3). Após a autoavaliação, o ente irá chegar a um resultado do tipo “Ente X: T1, I2, P3”, sendo possíveis 27 combinações. No exemplo dado, isso permitirá ao ente constatar que é necessário um Plano de Ação que o faça progredir em Transparência e Integridade para avançar nos níveis.

A estrutura da Matriz TIP não deve ser alterada pelos entes participantes. Se for o caso, o ente poderá acrescentar ao seu Plano de Ação algum item adicional que não esteja previsto na Matriz, entretanto, ele também deverá ser cumprido ao final do prazo estabelecido.

Atualmente integram o programa 108 governos locais, incluindo dois governos estaduais (Rondônia e Santa Catarina). A dimensão do programa Time Brasil pode ser mais bem apreendida quando aferimos o conjunto de itens incluídos nos 108 Planos de Ação recebidos, os quais totalizam 2.147 ações a

serem implementadas e monitoradas, assim distribuídas: i) Transparência: 895 itens; ii) Integridade: 730 itens e iii) Participação: 522 itens.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao atuar em consonância com convenções e declarações internacionais, a Controladoria-Geral da União fortalece a política internacional da Parceria para Governo Aberto. A Implementação dos princípios de governo aberto em governos locais, alinhados em políticas e projetos e a inclusão de novos atores políticos, como a sociedade civil, poderão resultar no fortalecimento da democracia e estabelecer novos paradigmas para a prevenção à corrupção no país, para avançarmos nas questões apresentadas por Filgueiras (2009) e Lima e Bellix (2022). O programa Time Brasil apresenta-se como uma das estratégias para fomentar ações para governo aberto e nessa perspectiva, esse artigo ora apresentado como trabalho de conclusão de curso, propõe ampliar o diálogo e o debate para o desenvolvimento de sinergias com outros atores políticos, visando a mudança de cenário em relação ao combate à corrupção no país para análise da metodologia proposta pelo programa e a elaboração de indicadores que possam mensurar os resultados alcançados.

REFERÊNCIAS

Avritzer, L., Bignotto, N., Guimarães, J., & Starling, H. M. M. (Orgs.). (2008). *Corrupção ensaios e críticas*. Belo Horizonte, MG: Editora UFMG.

Avritzer, Leonardo. 2003. “O orçamento participativo e a teoria democrática: um balanço crítico.” *A inovação democrática no Brasil*. São Paulo: Cortez: 13-60.

BOURDIEU, P. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. Macedo, Suélem Viana e Valadares, Josiel Lopes *Corruption: Epistemological Reflections and Contributions to the Public Sector*. Organizações & Sociedade [online]. 2021, v. 28, n. 96 [Acessado 20 Março 2022], pp. 164-186. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1984-92302021v28n9607EN> <https://doi.org/10.1590/1984-92302021v28n9607PT>>.

BRASIL. Declaração de Governo Aberto. Controladoria-Geral da União. 2014. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/governo-aberto/central-de-conteudo/documentos/arquivos/declaracao-governo-aberto.pdf>>. Acesso em: 04.abr.2022.

BRASIL. OCDE e Governo Aberto. Controladoria-Geral da União. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/governo-aberto/governo-aberto-e-a-ocde>>. Acesso em: 04.abr.2022.

BRASIL. Portaria nº 3.553, de 12 de novembro de 2019. Aprova o Regimento Interno e o Quadro Demonstrativo de Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Controladoria-Geral da União - CGU e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-3.553-de-12-de-novembro-de-2019-227654932>>. Acesso em: 08.abr.2022.

BRASIL. Portaria nº 06, de 24 de março de 2022. Institui o “Programa Time Brasil: Transparência, Integridade e Participação Social para as ações de Governo Aberto”, no âmbito da Controladoria-Geral da União. Brasília: Controladoria-Geral da União. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-normativa-n-6-de-24-de-marco-de-2022-388636325>>. Acesso em 25 mar.2022.

- BRASIL. Controladoria-Geral da União. Time Brasil. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/governo-aberto/time-brasil>>. Acesso em: 08.abr.2022.
- Calderón, Cesar; Lorenzo, Sebastián. 2010. Open Government. Editora Algon Editores: México. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/30343946/Open-Government-Gobierno-Abierto>>. Acesso em: 08 abr. 2022.
- Campagnucci, Fernanda. 2016. Por um governo aberto que pense também que tipo de tecnologia queremos. Disponível em: <http://umdadoamais.com/?p=809>. Acesso em: 07 set 2016
- Campagnucci, Fernanda e Schneider, Alexandre. 2019. Governo aberto é mais eficiente. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2019/03/governo-aberto-e-mais-eficiente.shtml>>. Acesso em: 08 abr.2022.
- COSTA, Natalia Lacerda Macedo. “Nudge” como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil. Revista de informação legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p. 91-111, abr./jun. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p91>.
- Croix, D.; Delavallade, C. Growth, public investment and corruption with failing institutions. Economics of Governance, [S. l.], v. 10, n. 3, p. 187-219, 2009.
- Filgueiras, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. Opinião Pública [online]. 2009, v. 15, n. 2 [Acessado 4 Abril 2022], pp. 386-421. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-62762009000200005>>.
- Guimarães, Caroline Burle dos Santos. 2014. Parceria para-Governo Aberto e Relações Internacionais: oportunidades e desafios. 164 f. Dissertação (Mestrado) - Relações Internacionais, Unesp/Unicamp/PUC-SP, Programa San Tiago Dantas de Pós-graduação em Relações Internacionais, São Paulo. Disponível em: <<http://repositorio.unesp.br/handle/11449/121891>>. Acesso em: 04 abr. 2022.
- Lima, Amanda Faria e Bellig, Laila. 2022. Instituto de Governo Aberto. AS PREFEITURAS E GOVERNO ABERTO: Transformando a relação entre o governo e a Sociedade. Disponível em: <https://institutogovernoaberto.files.wordpress.com/2022/04/as-prefeituras-e-o-governo-aberto_vf.pdf>. Acesso em: 01.mai.2022.
- Lopes, L. S., & Toyoshima, S. H. (2022). EVIDÊNCIAS DO IMPACTO DA CORRUPÇÃO SOBRE A EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS DE SAÚDE E EDUCAÇÃO NOS ESTADOS BRASILEIROS. Planejamento e Políticas Públicas, (41). Recuperado de <www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/265>.
- Macedo, Suélem Viana e Valadares, Josiel Lopes. Corruption: Epistemological Reflections and Contributions to the Public Sector. Organizações & Sociedade [online]. 2021, v. 28, n. 96 [Acessado 7 Março 2022], pp. 164-186. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1984-92302021v28n9607EN> <https://doi.org/10.1590/1984-92302021v28n9607PT>>.
- OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Recommendation on Public Integrity. Recomendação. 2017.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. Convenção Interamericana Contra a Corrupção. 1996.
- OLIVIERI, Cecília. Combate à corrupção e controle interno. Cadernos Adenauer - Ética pública e controle da corrupção, vol. 2. ISSN: 1519-0951. Belo Horizonte. 2011.
- Sacramento, A. R. S.; Pinho, J. A. G. Combate à Corrupção no Brasil: Identificando Entraves à Luz da Versão Revisitada da Teoria da Modernização. Revista Interdisciplinar de Gestão Social, v. 7, n. 1, p. 113-134, 2018.
- Silva, Luciano Valentin. 2021. Cooperação Federativa para o Fortalecimento do Controle Interno: Aprendizagens a Partir do Programa Pacto da CGU em Navegantes/SC. 126 f. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado de Santa Catarina, Centro de Ciências da Administração e Socioeconômicas, Programa de Pós-Graduação Profissional em Administração, Florianópolis.
- Warren, M. E. (2004). What does corruption mean in democracy? American Journal of Political Science, 48(2), 328-343. doi:10.2307/1519886
- Wikipidia. 2016. Open Government (article). Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Open_government>.

O compartilhamento de dados pessoais entre instituições públicas para fins de apuração disciplinar

Access and sharing of personal data between public institutions for disciplinary investigation

Maria Amélia Eugênia Pinheiro¹ e Carla Rodrigues Cotta²

Resumo: O debate entre o acesso à informação e a proteção de dados pessoais não é recente, mas tem se intensificado nas últimas décadas. De um lado existe a necessidade de transparência, que fundamenta o Estado democrático, de outro, há que se garantir a privacidade dos seus cidadãos. Com a implementação das normas a partir da promulgação da Constituição de 1988, com destaque para a Lei de Acesso à Informação (LAI) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), é necessário ter clara as implicações de tais normas no âmbito da atuação do setor público, bem como a identificação de eventual antinomia entre elas. Seguindo essa linha de raciocínio, o presente artigo apresenta, inicialmente, um breve histórico sobre a evolução das normas que tratam dos direitos de acesso à informação e da proteção dos dados pessoais no âmbito nacional e internacional. Posteriormente, o estudo perpassa os principais aspectos das normas vigentes que regem as matérias no âmbito nacional, analisando suas implicações à atuação do setor público. No que se refere ao direito de acesso à informação foram abordadas as diretrizes da Lei de Acesso a Informação, bem como descritos trabalhos de análise e de classificação da transparência e das restrições de acesso, buscando estabelecer correlação com a lei brasileira. Em seguida, o trabalho trata das implicações da LGPD na atuação da Administração Pública, analisando especialmente aspectos relativos ao compartilhamento de dados para a apuração disciplinar. Dessa forma, o estudo demonstra que o direito à privacidade e, conseqüentemente, a proteção aos dados pessoais dos envolvidos, não pode ser invocada com a finalidade de obstaculizar investigação de natureza administrativa que objetiva apurar irregularidades cometidas contra a Administração Pública, uma vez que o interesse público deve ter prevalência sobre o direito privado.

Palavras-chave: LGPD. Compartilhamento de dados. Administração Pública.

Abstract: The debate between access to information and the protection of personal data is not recent, but has intensified in recent decades. On one hand, there is the need for transparency, which is the foundation of the democratic state, and on the other, there is the need to guarantee the privacy of its citizens. With the implementation of the norms since the enactment of the 1988 Constitution, especially the Law of Access to Information (LAI) and the General Law of Protection of Personal Data (LGPD), it is necessary to be clear about the implications of such norms in the public sector, as well as to identify any possible antinomy between them. Following this line of reasoning, this article presents, at first, a brief history on the evolution of the norms that deal with the rights of access to information and the protection of personal data in the national and international sphere. Subsequently, the study goes through the main aspects of the current rules that govern the matters at national level, analyzing their implications for the actions of the public sector. With regard to the right of access to information, the guidelines of the Access to Information Law were addressed, as well as the analysis and classification of transparency and access restrictions, seeking to establish a correlation with the Brazilian law. Then, the work deals with the implications of the LGPD in the performance of the Public Administration, analyzing especially aspects related to the sharing of data for disciplinary investigation. Thus,

1. Analista Técnico Administrativo do Ministério da Infraestrutura. Coordenadora do Núcleo de Apoio ao Gabinete da Corregedoria-Geral da União; maria.pinheiro@cgu.gov.br

2. Auditora Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União. Diretora de Responsabilização de Agentes Públicos da Corregedoria-Geral da União; carla.cotta@cgu.gov.br

the study shows that the right to privacy and, consequently, the protection of personal data of those involved cannot be invoked in order to hinder the administrative investigation aimed at investigating irregularities committed against the Public Administration, since the public interest must take precedence over private law.

Keywords: General Law for the Protection of Personal Data, Data Sharing, Public Administration.

1. INTRODUÇÃO

O direito à privacidade e o direito ao acesso à informação têm sido moldados ao longo da história da humanidade. Segundo Immanuel Kant, “são injustas todas as ações que se referem ao direito de outros homens cujas máximas não se harmonizem com a publicidade”. Para o filósofo alemão a transparência é o pilar de uma nação democrática.

Entretanto, com o avanço da tecnologia, o processamento de dados tornou-se um grande fator de risco no que concerne ao tratamento de dados pessoais, tal se deve em razão de na Era Digital os dados terem se tornado de grande interesse para o mercado e para a indústria, passando a integrar a Quarta Revolução Industrial. Revolução em que a tecnologia da informação estimula a atividade econômica utilizando operações de tratamento de dados pessoais (PONTES e SANTANA, 2020).

Nesses termos, torna-se premente o fortalecimento das legislações e demais instrumentos de proteção, sem, por outro lado, permitir o enfraquecimento da democracia e dos institutos a ela inerentes, como o direito à informação, à transparência e à liberdade de expressão. As normas mais recentes incorporam tal dinâmica em seus textos.

Assim, a atenção despendida aos dados pessoais provocou a elevação de sua proteção ao patamar constitucional em vários países, como Portugal, Áustria, Espanha, Estônia e Polônia (PONTES e SANTANA, 2020). Em 1970, a preocupação em relação à proteção de dados pessoais ganhou seu primeiro contorno jurídico formal e autônomo, com a promulgação do Hessisches Datenschutzgesetz (Lei de Proteção de Dados de Hesse) na Alemanha. Desde então vários países normatizaram a matéria.

No Brasil, a Constituição Federal, promulgada após a redemocratização do país, trouxe em seu rol de direitos e garantias fundamentais a proteção aos direitos da personalidade, quais sejam, a privacidade, a intimidade, a honra e a imagem (art. 5º, X), estabelecendo, ainda, o direito de o interessado ter conhecimento sobre suas informações pessoais porventura existentes em registros e bancos de dados do Estado ou de caráter público, sendo possível a sua retificação (art. 5º, LXXII). A Carta Magna ainda estabelece o direito de todos receberem dos órgãos públicos informações de interesse particular ou pú-

blico, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII).

Cabe destacar que os direitos da personalidade incluídos no texto constitucional constituem cláusula pétrea, assim como os demais direitos e garantias individuais previstos no referido artigo. Nesse sentido, não é possível restringir, abolir ou suprimir tais direitos fundamentais. Além disso, por meio da Emenda Constitucional nº 19, a Constituição definiu que a observância do direito de acesso à informação deve ser realizada em conjunto com os direitos da personalidade (art. 37, § 3º).

Nesse sentido, em maio de 2020 a ministra do Supremo Tribunal Federal, Rosa Weber, em decisão liminar, posteriormente confirmada pelo Plenário, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393 suspendeu a Medida Provisória nº 954/2020, que determinava o compartilhamento de dados pessoais de proprietários de linhas telefônicas fixas e móveis, controlados por empresas de telecomunicações, com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sob o fundamento de que a relação de nomes, números de telefone e endereços, “relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecutorias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII)”.

Importante destacar que a temática de proteção da dados pessoais evoluiu progressivamente desde a inclusão dos direitos da personalidade no texto constitucional, perpassando outros marcos normativos, entre os quais, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet, a Lei do Cadastro Positivo, a Lei de Acesso à Informação (LAI) e, mais recentemente, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Verifica-se, portanto, o estreito vínculo existente entre o direito à privacidade e, em consequência, à proteção de dados pessoais, e o direito ao acesso à informação, previsto nos arts. 5º, XXXIII, 37, § 3º, II, e 216, § 2º, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 - Lei de Acesso à Informação (LAI).

Tal norma estabelece em seu art. 31 a necessidade de proteção de informação pessoal pelos órgãos e entidades do poder público, sem necessidade da classificação de sigilo, pelo prazo de até cem anos. No entanto, permite o acesso a tais dados por expresso consentimento de seu titular, quando as informações forem necessárias ao tratamento médico de pessoa física ou legalmente incapaz, para realização de pesquisas científicas e estatísticas de interesse público ou geral, por determinação judicial, para defesa de direitos humanos ou para a “proteção do interesse público e geral preponderante” (art. 31, § 3º). Adicionalmente, a LAI atribui à Administração Pública a competência da gestão transparente das informações, bem como da proteção das informações sigilosas e pessoais (art. 6º).

A LAI ainda dispõe expressamente no seu art. 31, § 4º, que a restrição de acesso às informações pessoais não pode ser utilizada com a finalidade de prejudicar processos de apuração de irregularidades, sendo que eventuais danos causados por divulgação não autorizada de informações pessoais sujeitam o agente público à responsabilização (art. 34, LAI), em consonância com o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

O Brasil tem caminhado para seguir os progressos da sociedade no que se refere à proteção legal dos dados, visto que vários países instituíram seu regulamento sobre o tema, como na Europa, o *General Data Protection* (GDPR) e, nos Estados Unidos, a *California Consumer Privacy Act* (CCPA).

Assim, em 2018, foi publicada a Lei nº 13.709, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), com *vacatio legis* de 24 meses, exceto para os dispositivos que tratam da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade.

A partir da vigência da LGPD, a rotina das atividades já desenvolvidas em órgãos e entidades do poder público sofreram alterações, embora de forma bastante incipiente e, por vezes, desarrazoada. Uma vez que para além da proteção à privacidade, a proteção dos dados envolve outros bens a serem juridicamente tutelados, os quais não se restringem a questões meramente individuais do titular, mas alcançam os fundamentos do Estado Democrático de Direito (FORTINI, AMARAL, CAVALCANTI, 2021).

Mais recentemente, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 115, de 2022, que inseriu no rol de direitos e garantias fundamentais a proteção de dados pessoais, pautada na “necessidade de um es-

forço multissetorial para o fortalecimento de uma cultura de privacidade e proteção de dados no País.” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2022).

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada foi a revisão doutrinária, tendo sido verificada a inexistência de estudos sobre o tema na consulta a fontes Scielo, Qualis CAPES, Portal de Teses e Dissertações CAPES, LexMI e Base de Conhecimento da Controladoria-Geral da União, mediante o uso dos verbetes e conectores “LGPD no compartilhamento de dados”, “LGPD na apuração disciplinar”, “LGPD na apuração administrativa disciplinar”, “LGPD no combate à corrupção” e “compartilhamento de dados pessoais”, considerando o retorno temporal desde agosto de 2018, data de edição da norma.

Dessa forma, o trabalho foi desenvolvido considerando estudos que tratam dos temas “transparência” e “proteção de dados pessoais” aplicados ou setor público.

Em conjunto com a revisão doutrinária foi utilizada a metodologia empírica, baseada nos conhecimentos e experiências práticas adquiridos nos trabalhos realizados na Controladoria-Geral da União.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1. DO ACESSO AOS DADOS PESSOAIS

Diante da recente evolução normativa na garantia da proteção dos dados pessoais, é necessário, no âmbito da Administração Pública, relembrar do direito, também fundamental dos cidadãos, de acesso à informação pública, objeto da Lei de Acesso à Informação (LAI) e melhor entender e trabalhar os limites e compatibilidades entre a proteção de dados pessoais e a transparência pública (RIBEIRO, 2020).

Nesse sentido, verificou-se, a partir de consultas formuladas por unidades correccionais à Corregedoria-Geral da União, que diversos órgãos e entidades passaram a negar o compartilhamento de informações pessoais de servidores públicos para instrução de procedimentos e processos disciplinares, sob a justificativa de que tais informações se encontram protegidas pela nova legislação, a LGPD.

Surge, então, a questão: há uma antinomia entre a LAI e a LGPD? Em caso positivo, qual a regra a ser utilizada para a resolução do conflito?

Caso se entenda pela inexistência de tal conflito, possível considerar que a LGPD apenas inovou em relação aos procedimentos a serem adotados para o tratamento e, mais especificamente, para o

compartilhamento de dados pessoais entre órgãos e entidades públicas, uma vez que a LAI já continha dispositivos sobre a matéria?

Nesse cenário, o presente ensaio pretende discutir sobre os instrumentos jurídicos de proteção dos direitos fundamentais, com a identificação do bem jurídico protegido e o exame de eventuais reservas legais restritivas, o que possibilitará a apresentação de perspectivas e soluções para a atuação dos órgãos e entidades da Administração Pública de forma a mitigar o risco no tratamento de informações pessoais e não obstaculizar o cumprimento das atribuições legais das instituições públicas.

3.2. DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO E À PRIVACIDADE

Considerando a normatização no Brasil quanto ao direito de acesso à informação e à proteção de dados pessoais, respectivamente por meio da Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei 12.527/2011) e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei 13.709/2018), partiremos da análise do direito ao acesso aos dados públicos e, em seguida, analisaremos as salvaguardas do tratamento dos dados pessoais.

3.2.1. Do acesso à informação

A Lei de Acesso à Informação, ao regulamentar o direito constitucional de acesso à informação, definiu regras e procedimentos para que o Estado disponibilize as informações de que dispõe no exercício de suas atribuições. A aplicação da norma é nacional e atinge órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Ministério Público e Defensoria Pública, bem como às entidades de direito privado sem fins lucrativos que recebam recursos públicos. Observa-se, portanto, a submissão às regras de transparência quando presente o regime jurídico administrativo (RIBEIRO, 2020).

Assim, as diretrizes que norteiam o planejamento e a coordenação da política de transparência, se encontram descritas no artigo 3º da LAI e podem ser assim resumidas:

- a) a publicidade torna-se a regra e o sigilo, a exceção;
- b) a divulgação de informações de interesse público independente de solicitações;
- c) uso das TICs (Tecnologias de Informação e Comunicação) para viabilizar a divulgação dos dados; e

- d) fomento à cultura da transparência na Administração Pública, a fim de promover o controle social das ações estatais.

A primeira diretriz estabelece a transparência como a regra e o caráter excepcional do sigilo. Dessa maneira, o comportamento habitual na Administração Pública deve ser a publicação de seus atos, característica elementar do Estado Democrático de Direito (RIBEIRO, 2020). Dessa forma, a regra é a publicidade das informações produzidas ou custodiadas pelo Estado, ou sejam, que tenham sido produzidas pelo próprio órgão ou entidade ou por terceiros, caráter público ou privado.

A transparência de informações pelo Poder Público é fomentada internacionalmente por iniciativas como o da Parceria do Governo Aberto (Open Government Partnership - OGP).

Rodrigues (2020) propõe a divisão da transparência nas organizações públicas em 4 subtipos de acordo com a natureza da informação: a (1) transparência plena; a (2) transparência nominal; a (3) transparência condicionada; e a (4) transparência na atribuição e gestão de informações sigilosas.

A transparência é **plena** quando há disponibilização ativa das informações com altos níveis de visibilidade e inferabilidade. Exemplo desse tipo de transparência são as bases de dados abertas ao público, como o Portal da Transparência. A inferabilidade ocorre quando o público-alvo tem as suas necessidades informacionais atendidas, seja de maneira simplificada ou complexa.

Por outro lado, quando se restringe a inferabilidade de uma informação, ainda que mantendo sua visibilidade, temos a **transparência nominal**. Nesta situação os dados estão disponíveis, mas não há preocupação em relação ao seu caráter informacional. Rodrigues afirma que tal situação pode decorrer de várias razões, desde má vontade da burocracia ou tentativa de esconder algo, até limitações dos sistemas de informações atuais e ausência de definições claras sobre responsabilidades na produção da informação.

Observa-se, portanto, que a diferenciação entre transparência plena e nominal, depende, dentre outros fatores, de normas e procedimentos aplicáveis à Administração Pública na gestão das informações.

As três últimas diretrizes estabelecidas na LAI - a divulgação de informações de interesse público independente de solicitações, o uso das TICs na divulgação dos dados e o fomento à cultura da transparência, com vistas à promoção do controle social - se referem a aspectos da gestão da Política de Transparência regulamentada, no âmbito do Poder Executivo Federal, pelo Decreto 7.724/2012. Tem-se, assim,

a denominada transparência ativa, que, a partir da utilização de ferramentas de tecnologia, deve disponibilizar um rol mínimo de informações, nos termos definidos do citado regulamento.

Além da transparência ativa, a LAI cria o procedimento de pedido de acesso à informação, no qual o cidadão pode solicitar acesso às informações públicas de seu interesse. Tal procedimento viabiliza a denominada transparência passiva, conforme definido no 3º capítulo da LAI e regulamentado no 4º capítulo do Decreto 7724/2012. O pedido deve ser registrado preferencialmente no sistema informatizado governamental e direcionado à instituição pública detentora do dado ou informação. Esta se submeterá ao prazo legal de resposta, sendo facultado ao solicitante recorrer, por até quatro vezes, caso não concorde com a resposta recebida. No âmbito do Poder Executivo Federal, as duas primeiras instâncias são apreciadas dentro da instituição destinatária do pedido e as duas últimas, fora da organização. É a Controladoria-Geral da União quem aprecia os recursos em 3ª instância e a Comissão Mista de Reavaliação de Informações (CMRI), composta por representantes de vários órgãos da Administração direta, quem aprecia o pedido em última instância.

Essa breve descrição do procedimento de pedido de acesso à informação visa destacar a importância dada pelo legislador no estabelecimento de mecanismos de governança da política de transparência, que, segundo as diretrizes, têm a finalidade de promover o controle social.

Ribeiro (2020) afirma que a transparência pública é essencial para assegurar que os cidadãos tenham conhecimento dos atos de seus representantes, auxiliando, portanto, na legitimação da escolha popular objeto da democracia representativa. Além disso, destaca que o conhecimento dos dados públicos é fundamental para a democracia participativa e direta, que se operacionaliza por meio de consulta popular, plebiscito, referendo, audiência pública, leis de iniciativa popular e conselhos de participação social.

Todavia, Pozen (2020) apresenta estudo em que argumenta que a transparência não é um valor primário, visto que não tem um fim em si mesma, mas deve ser uma ferramenta para alcançar o interesse público. O autor aborda os potenciais impactos que o Governo Aberto pode implicar e observa que, assim como uma política regulatória, a transparência pode trazer beneficiados e prejudicados.

Dessa forma, de acordo com Pozen a transparência se apresenta de forma contingente e contextual e exige uma análise mais ampla dos resultados na aplicação da política de transparência, incluindo aspectos políticos, sociais e culturais.

3.2.2. Das restrições ao acesso

Pozen (2020) afirma ainda que os riscos e potencial dano da transparência em determinadas circunstâncias levaram a legislação sobre o tema a resguardar o acesso a algumas informações. Dessa forma, alguns dados produzidos ou custodiados pelo Governo devem ser cuidadosamente tratados, com o objetivo de enxergar e definir procedimentos decorrentes do custo e dos benefícios de sua disponibilização.

As informações de acesso restrito que compõem exceções à transparência, de acordo com a LAI, se referem a: (1) informações submetidas aos sigilos legais, como bancário, fiscal etc. (art. 22); (2) informações classificadas (art. 23); (3) informações pessoais (art. 31); e (4) documentos preparatórios (art. 7, §3º), constituindo esta última em uma restrição especial.

A LAI recepcionou explicitamente os **sigilos** estabelecidos por outras normas legais específicas do ordenamento jurídico brasileiro em seu artigo 22. Assim, o legislador reconheceu o risco na publicação de determinadas informações cuja proteção já estava assegurada.

Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.

São exemplos de sigilos legais específicos os sigilos: bancário, fiscal, segredo de justiça, segredo industrial e o sigilo empresarial.

Dessa forma, nos documentos produzidos ou custodiados pela Administração pública que contenham tais informações não podem ser disponibilizados integralmente. Portanto, quando em um mesmo suporte (documento ou banco de dados) coexistirem informações sem restrição de acesso e informações protegidas por algum tipo de sigilo, deverá ser disponibilizado o documento com a ocultação das informações sigilosas (tarja) ou produzido um outro documento que descreva apenas as informações públicas (extrato ou certidão) (CGU, 2019).

De acordo com a classificação proposta por Rodrigues (2020), trata-se da **transparência na atribuição e gestão do sigilo**, em que tanto a visibilidade quanto a inferibilidade da informação estão

restritas. Segundo a autora este tipo deve ocorrer sempre que políticas públicas democraticamente legítimas necessitem de sigilo para acontecer.

Portanto, tal categorização também é conferida às **informações classificadas**, cuja proteção decorre do art. 5º, XXXIII, da Carta Magna. Logo, depreende-se que o princípio da publicidade não se aplica a informações “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Nesse sentido e considerando que o enquadramento de hipóteses passíveis de aplicação de tal dispositivo constitucional poderia ser bastante abrangente, o legislador estabeleceu um rol taxativo de informações que devem ser classificadas no artigo 23 da LAI.

A salvaguarda conferida a tais informações é temporária, pois podem ter seu acesso resguardado por até 5 anos, quando reservada; até 15 anos, quando secreta, e 25 anos quando ultrassecreta. Sendo este último prazo o único passível de prorrogação por até igual período, cabendo à Comissão Mista de Reavaliação de Informações (CMRI) decidir sobre essa prorrogação, no âmbito do Poder Executivo Federal. Assim, após transcorrido o prazo da classificação, o documento torna-se ostensivo, ou seja, de acesso público, o que não exclui a necessidade de resguardar eventuais dados pessoais sensíveis ou resguardados por sigilos legais.

O tratamento aplicável à informação classificada encontra-se regulamentado, no âmbito da Administração Pública Federal, no Decreto 7.845, de 2012.

Quanto à proteção das **informações pessoais**, objeto deste estudo, a Lei nº 12.527/2011 definiu que informação pessoal é aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável (art. 4º, inciso IV). Já o artigo 31 da LAI estabelece que informações referentes à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem são submetidas à proteção, assegurando os direitos constitucionais à privacidade e à vida privada (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2019).

De acordo com a LAI, as informações pessoais possuem acesso restrito, independente de classificação, estabelecendo, ademais, o prazo de até 100 anos de restrição para as informações pessoais sensíveis. Nesse período, conforme o Decreto nº 7.724/2012, tais informações ficam restritas ao titular dos dados, aos agentes públicos legalmente autorizados, aqueles a quem o titular do dado consentir expressamente, além de outras exceções dispostas nos artigos 57 e 58 do referido decreto.

Art. 57. O consentimento referido no inciso II do caput do art. 55 não será exigido quando o acesso à informação pessoal for necessário:

I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização exclusivamente para o tratamento médico;

II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, vedada a identificação da pessoa a que a informação se referir;

III - ao cumprimento de decisão judicial;

IV - à defesa de direitos humanos de terceiros; ou

V - à proteção do interesse público geral e preponderante.

Art. 58. A restrição de acesso a informações pessoais de que trata o art. 55 não poderá ser invocada:

I - com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades, conduzido pelo Poder Público, em que o titular das informações for parte ou interessado; ou

II - quando as informações pessoais não classificadas estiverem contidas em conjuntos de documentos necessários à recuperação de fatos históricos de maior relevância.

Destaca-se que são situações em que o consentimento se torna dispensável diante de interesse particular do titular (art. 57, inciso I) ou relevante interesse público.

Cabe ressaltar que às informações pessoais sensíveis foi atribuído o tratamento de **transparência condicionada**, conforme classificação proposta por Rodrigues (2020), visto que seu acesso e tratamento foi submetido a condições específicas de necessidade de saber. Ademais, quando a Administração Pública for disponibilizar documentos que contenham informações pessoais sensíveis, estas devem ser tarjadas, assim como descrito no tratamento das informações submetidas a sigilo legal.

Por outro lado, após decorridos os 100 anos ou o período estabelecido de sua restrição, a mesma informação comporá a transparência plena, por não mais se submeter a restrição de acesso.

Outro tipo de informação cujo acesso possui condições estabelecidas pela legislação são aquelas presentes nos **documentos preparatórios**. Trata-se de uma restrição de acesso especial, visto que não possui uma lei específica determinando tal restrição. Todavia, a própria Lei de acesso à Informação, bem como o decreto que a regulamenta no âmbito do Poder Executivo Federal, reconhece a restrição do acesso aos documentos preparatórios, que são

aqueles que visam fundamentar um ato decisório. Sua disponibilização não é vedada, mas há discricionariedade de sua publicização antes da tomada da decisão (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2019).

O Manual de Aplicação da LAI, da Controladoria-Geral da União, esclarece que as restrições devem ocorrer apenas quando houver risco à finalidade do processo ou risco à sociedade. Exemplos da primeira situação são os procedimentos disciplinares, que são mantidos sob acesso restrito até sua conclusão, com o objetivo de não prejudicar o andamento das apurações. Como exemplo do segundo caso, podemos citar a elaboração de uma minuta de decreto que impacte o sistema financeiro, cuja divulgação pode provocar expectativas, especulações ou prejuízos a cidadãos desnecessariamente.

Em todos os casos, porém, uma vez concluído o processo, os documentos preparatórios que fundamentaram a decisão devem ter seu acesso garantido, conforme estabelecido nos dispositivos transcritos abaixo:

Lei de Acesso à Informação

Art. 7º O acesso à informação do que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

(...)

§3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.

Decreto nº 7.724/12

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se: (...) XII - documento preparatório documento formal utilizado como fundamento da tomada de decisão ou de ato administrativo, a exemplo de pareceres e notas técnicas.

Observa-se a preocupação do legislador com os riscos aos processos deliberativos decorrentes da transparência. Isso porque a associação entre transparência e processos de decisão deve ser cuidadosamente tratada caso a caso, por se tratar de uma questão contextual e contingente. Nesse sentido, Pozen (2020) afirma que, ambigualmente, a transparência pode possibilitar tanto a atuação de lobistas em detrimento do interesse público, como pode impulsionar o aprimoramento da atuação estatal em outras situações.

Além disso, quando presente risco na divulgação de documentos preparatórios, observa-se mais um caso de transparência condicionada, cuja

decisão, quando proferida, confere caráter público ao processo tornando aplicável a transparência plena (RODRIGUES, 2020).

3.3. TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Por tratamento de dados pessoais entende-se toda e qualquer operação realizada com tais dados, conforme definido no art. 5º, inciso X, da LGPD, a exemplo da coleta, retenção, processamento, compartilhamento e eliminação.

No que concerne aos órgãos e entidades da Administração Pública, a autorização para o tratamento de dados pessoais se encontra disposta no art. 23 da norma, devendo limitar-se à execução da respectiva competência ou cumprimento de atribuições legais.

Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do [art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 \(Lei de Acesso à Informação\)](#), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que:

I - sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos;

II - (VETADO); e

III - seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39 desta Lei; e

Registre-se, ademais, que também os órgãos da Administração Pública devem nortear o tratamento de dados pessoais conforme os princípios estabelecidos no art. 6º da LGPD: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

Destacam-se entre os princípios mencionados, pela relevância em relação ao tema ora tratado, o da finalidade, o da adequação e o da necessidade, que estabelecem que a coleta de dados pessoais deve estar relacionada com o objetivo final do seu trata-

mento, devendo este ser legítimo, explícito e informado ao titular, restringir-se ao mínimo necessário para o alcance da sua finalidade.

No que concerne à informação acerca do tratamento de dados ao seu titular, preconiza-se que devem constar em transparência ativa nos sítios eletrônicos dos órgãos e entidades.

Por fim, quanto aos princípios do livre acesso e da transparência, cabe aqui mais uma vez mencionar a restrição de acesso dos documentos preparatórios, nos termos do art. 7º, § 3º, da LAI, de forma que a aplicação daqueles será postergada em tal situação.

3.3.1. Compartilhamento de dados para apuração disciplinar

O Combate à corrupção pública depende da atuação conjunta entre órgãos. Essa atuação coordenada deve ocorrer na prevenção, detecção e punição das irregularidades, uma vez que os corruptos e corruptores atuam em dinâmicas cada vez mais complexas.

As organizações criminosas atuam de forma organizada, com hierarquia estabelecida, blindagem patrimonial dos envolvidos, além da prática de lavagem de dinheiro. Dessa forma, para proporcionar a atuação efetiva dos órgãos de controle na obtenção de provas, o compartilhamento de dados e informações entre estas instituições se faz necessário.

Tal necessidade de compartilhamento também ocorre no âmbito das unidades correccionais na apuração das mais diversas infrações funcionais. De forma que eventual impossibilidade de obtenção de informações e documentos provoca a paralisação do apuratório e eventual prescrição da pretensão punitiva do Estado, o que eleva a sensação de impunidade que acomete os servidores do respectivo órgão, bem como da sociedade brasileira, caracterizando-se como um incentivo deletério.

A LGPD excluiu expressamente a incidência de suas regras para a execução de atividades de investigação e repressão de infrações penais (art. 4º. III, d), o que não se verifica em relação à apuração de irregularidades administrativas, as quais devem se nortear pelo disposto na norma.

Assim, considerando consultas e outros expedientes recebidos pela Corregedoria-Geral da União (CRG/CGU), a partir de 1º de agosto de 2021, data em que passaram a vigorar as sanções administrativas dispostas nos arts. 52, 53 e 54 da LGPD, verificou-se que muitos órgãos e até mesmo unidades do mesmo órgão passaram a responder negativamente aos pedidos de compartilhamento de dados pessoais para

fins de instrução de procedimentos investigativos e processos acusatórios disciplinares, com fundamento na LGPD.

Certo é que o tratamento de dados não constitui atividade principal dos órgãos e entidades públicas, ocorrendo tão somente em razão da necessidade da consecução de políticas públicas e demais atividades a elas atribuídas em lei.

Ademais, como visto acima, o compartilhamento de informações entre órgãos e entidades públicas é regido pela Lei de Acesso à Informação, sendo possível ainda que se trate de informações classificadas, caso em que se observará, no âmbito do Poder Executivo Federal, o procedimento disposto no Decreto nº 7.845, de 14 de novembro de 2012.

Lado outro, cabe ressaltar que a LGPD não dispõe sobre publicização ou compartilhamento de dados, devendo ser compreendida como um complemento ao regramento já existente. Nesse sentido, estabelece em seu Capítulo IV os parâmetros a serem observados no compartilhamento de dados pessoais entre órgãos e entidades públicas, restando claro o reforço ao dever de cautela a ser dispensado ao tratamento das informações.

Nesse sentido, é o entendimento expresso no Enunciado CGU nº 4, de 10 de março de 2022, *in verbis*:

ENUNCIADO Nº 4, DE 10 DE MARÇO DE 2022

Nos pedidos de acesso à informação e respectivo recursos, as decisões que tratam da publicidade de dados de pessoas naturais devem ser fundamentadas nos arts. 3º e 31 da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI), vez que:

A LAI, por ser mais específica, é a norma de regência processual e material a ser aplicada no processamento desta espécie de processo administrativo; e

A LAI, a Lei nº 14.129/2021 (Lei de Governo Digital) e a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD) são sistematicamente compatíveis entre si e harmonizam os direitos fundamentais do acesso à informação, da intimidade e da proteção aos dados pessoais, não havendo antinomia entre seus dispositivos. (Diário Oficial da União, Seção 1, p. 152, 14 mar. 2022)

A edição do Enunciado se fundamentou no fato de a LAI “possuir previsões legais necessárias e suficientes para a avaliação quanto à sujeição de dados pessoais ao princípio da publicidade”, conforme consta na Nota Técnica nº 3069/2022/OGU.

Assim impende notar que a LAI previu a preponderância do interesse público sobre o interesse privado, não tendo se furtado a fixar o regime de proteção aos direitos da personalidade dos titulares dos dados, nos termos dos arts. 6º, inciso III, e 31, harmonizando-os.

Portanto, considerando tratar-se a LGPD de norma de caráter procedimental, nos casos de compartilhamento de dados pessoais, deverão ser observados os ditames da referida norma em conjunto com as regras estabelecidas na LAI.

Ademais, cabe observar que a LGPD traz previsão expressa em seu art. 26, que dispõe sobre os parâmetros a serem observados quando do compartilhamento de dados entre órgãos e entidades públicas, sendo necessário que tal tratamento atenda a finalidades específicas para a execução de políticas públicas e atribuições legais.

E vai além, quando dispõe sobre o compartilhamento de dados pessoais com entidades privadas para execução de atividade pública descentralizada, nos casos em que os dados forem publicamente acessíveis, mediante contratos, convênios ou instrumentos congêneres, bem como nas hipóteses de proteção da segurança e integridade do titular dos dados e de prevenção de fraudes e irregularidades.

Nos interessa de modo especial a última hipótese, que consiste na expressa a autorização do legislador para o compartilhamento de dados pessoais por parte da Administração Pública com entes privados para finalidade específica de prevenir irregularidades.

Diante de tal autorização, a única conclusão possível é a de que também resta permitido o compartilhamento de dados pessoais entre órgãos e entidades públicas, de direito público ou de direito privado, com a finalidade de prevenir ou reprimir irregularidades praticadas em desfavor da Administração Pública.

Tal compartilhamento prescinde do tarjamento de informações, não obstante, deva-se observar os parâmetros estabelecidos na norma – hipóteses de tratamento e princípios, cabendo especial atenção aos princípios da finalidade, da necessidade e da adequação (art. 6º), aliados ao interesse público.

Assim, caberá ao órgão solicitante deixar consignado no seu pedido as razões pelas quais necessita dos dados pessoais, indicando, ainda, a previsão normativa da atribuição ou atividade a ser executada.

Já ao órgão solicitado, recomenda-se que, ao enviar as informações, deixe consignado o dever de tratamento adequado pelo órgão solicitante, ao qual

compete a adoção das devidas medidas de segurança, técnicas e administrativas, no sentido de garantir a privacidade e a proteção dos dados pessoais.

Ademais, tratando-se de procedimentos e processos correccionais, entende-se como uma boa prática a utilização de informe direcionado aos envolvidos e seus procuradores, às testemunhas e demais agentes que venham a neles atuar, quando à possibilidade de responsabilização pela utilização indevida dos dados pessoais constantes dos autos.

4. CONCLUSÃO

A proteção aos direitos da personalidade e, conseqüentemente, aos dados pessoais, ganhou destaque a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Posteriormente, outros diplomas legais pátrios passaram a tutelá-los, a exemplo da Lei nº 12.527, de 2011, que estabeleceu a transparência como regra e a restrição de acesso a informações como a exceção.

Entre as exceções, podem ser citadas as informações pessoais (art. 31), as informações classificadas (art. 23), as informações submetidas aos sigilos legais, como bancário, fiscal etc. (art. 22) e os documentos que servirão de fundamento à decisão administrativa (art. 7, §3º).

Em 2020 entrou em vigor a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que trouxe parâmetros a serem observados no tratamento dos dados pessoais pelas pessoas físicas e jurídicas, de direito privado e público, com vistas à proteção aos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Não obstante o rol de normas tratando do assunto, verificou-se não haver qualquer incompatibilidade entre elas, sendo, ademais, complementares.

Nesse sentido e considerando que o presente estudo se restringe à análise dos impactos das normas no procedimento de compartilhamento de dados pessoais entre órgãos e entidades da Administração Pública, para fins de investigação e apuração de irregularidades, tem-se que a publicização e a decisão quanto à possibilidade de compartilhamento de informações devem observar as regras estabelecidas na Lei nº 12.527, de 2011 a LAI.

Quando entre as informações a serem compartilhadas se encontrem dados pessoais, necessário que se atente para os parâmetros definidos na Lei nº 13.709/2018, de forma complementar, especialmente no que concerne às hipóteses (art. 7º) e aos

princípios (art. 6º), entre os quais sobressaem os princípios da finalidade, do interesse público, da necessidade, da adequação e da transparência.

Embora a LGPD não tenha excepcionado a apuração correcional de seu âmbito de aplicação, como o fez em relação a atividades de investigação e repressão de infrações penais (art. 4º, III, d), entende-se não haver restrição explícita ou implícita na norma que venha de alguma forma obstaculizar o andamento de procedimentos investigativos ou processos administrativos disciplinares. Reforça tal assertiva o disposto no art. 26, § 1º, inciso V, que excepciona a vedação de transferência a entidades privadas de dados pessoais por parte do Poder Público quando necessário à prevenção de fraudes e irregularidades.

Assim, a partir de uma análise sistemática, conclui-se pela possibilidade de realização do tratamento pelo Poder Público e envio das informações,

incluindo dados pessoais, a outros órgãos e entidades para fins de prevenção ou repressão de irregularidades, atividades precipuamente desenvolvidas pelas unidades correcionais.

Para tanto, deve o órgão solicitante consignar em seu pedido de compartilhamento de dados pessoais a finalidade e a hipótese legal incidente.

Lado outro, recomenda-se que o órgão solicitado informe sobre o dever do órgão solicitante em dar o tratamento adequado, com a adoção das devidas medidas de segurança, técnicas e administrativas, para a garantia da privacidade e da proteção dos referidos dados.

Ante todo o exposto, conclui-se não haver óbice ao compartilhamento de dados pessoais entre órgãos e entidades da Administração Pública, com fins de investigação ou apuração de irregularidades, ante a prevalência do interesse público.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Marcus Vinícius Reis de, ALVES, Paulo José Ribeiro. Controles internos e proteção de dados. In: **Lei Geral de Proteção de Dados no setor público** (pp. 337-350). Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BLUM, Renato Opice; LÓPEZ, Nuria. **Lei Geral de Proteção de Dados no setor público**: transparência e fortalecimento do Estado Democrático de Direito. São Paulo: Cadernos Jurídicos, v. 21, n. 53, p. 171-177, jan./mar. 2020. Disponível em <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/ii_7_cadernos_juridicos_epm.pdf?d=637250348268501368> Acesso em 5 dez. 2021.

BOMFIM, Daiese Quênia Jaala Santos, PIRONTI, Rodrigo. Os Tribunais de Contas e os reflexos da Lei Geral de Proteção de Dados. In: **Lei Geral de Proteção de Dados no setor público** (pp. 123-136). Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BOREGGIO NETO, Angelo, SILVA, Leticia Meneses Araújo da. A possibilidade do compartilhamento de dados financeiros entre órgãos de controle e suas consequências. In: PONTES, Mayanne, FIGUEIRÊDO NETO, Pedro Camilo de. **Lei Geral de Proteção de Dados**: novos paradigmas do direito no Brasil. Salvador: Mente Aberta, 2020.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

BRASIL, Comitê Central de Governança de Dados. **Regras para compartilhamento de dados**. Brasília, 2020. Disponível em <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/regras-de-compartilhamento_v1-0.pdf> Acesso em 5 dez. 2021.

CARDOSO, Oscar Valente. Introdução à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. [S.l.]: Xangri-lá, 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO; OUVIDORIA-GERAL DA UNIÃO. **Aplicação da Lei de Acesso à Informação na Administração Pública Federal**, 4ª edição revista, atualizada e ampliada. Brasília: Controladoria-Geral da União; Ouvidoria-Geral da União, 2019. Disponível em: <[file:///C:/Users/Windows10/Downloads/aplicacao-da-lai-2019%20-%204%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Windows10/Downloads/aplicacao-da-lai-2019%20-%204%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o%20(3).pdf)> Acesso em 05 fev. 2022

KUJAWSKI, Fábio Ferreira. CASTELLANO, Ana Carolina Heringer. Compartilhamento de dados pessoais no âmbito da administração pública sob a égide da Lei Geral de Proteção de Dados. In: DAL POZZO, Augusto Neves, MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). **LGPD e administração pública: uma análise ampla dos impactos** (pp. 321-332). São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

LEVIN, Alexandre. Tratamento de dados pessoais pelo Poder Público – particularidades previstas na LGPD (Lei 13709/2018), In: DAL POZZO, Augusto Neves, MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). **LGPD e administração pública: uma análise ampla dos impactos** (pp. 233-248). São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

MACIEL, Rafael Fernandes. Manual prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Goiânia: RM Digital, 2019.

MOREIRA, Patrícia Prietto. Tratamento e uso compartilhado de dados pessoais pela administração pública na execução de políticas públicas. In: DAL POZZO, Augusto Neves, MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). **LGPD e administração pública: uma análise ampla dos impactos** (pp. 275-292). São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

OCDE. **Recommendation of the Council concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. Paris: OCDE, 2013. Disponível em: <<https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsofPersonalData.htm>> Acesso em 6 dez. 2021.

PONTES, Mayanne, SANT'ANA, Robson. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. In: PONTES, Mayanne, FIGUEIRÊDO NETO, Pedro Camilo de. **Lei Geral de Proteção de Dados: novos paradigmas do direito no Brasil**. Salvador: Mente Aberta, 2020.

PORTO, Viviane de Araújo. **Descomplicando a Lei Geral de Proteção de Dados**. Goiânia: [s.n.], 2020.

POZEN, David. **Seeing Transparency More Clearly. Public Administration Review**, vol 80, n.2, p. 326-331. Disponível em <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/puar.13137>> Acesso em 05 dez. 2021.

QUEIROZ, Isabel Cristina Arriel de. **Lei Geral de Proteção de Dados: saiba como tudo vai funcionar**. São Paulo: Etheria, 2020.

RIBEIRO, Giovana Bellini. Compatibilidade entre a proteção de dados pessoais e o dever de transparência pública. In: DAL POZZO, Augusto Neves, MARTINS, Ricardo Marcondes (coord.). **LGPD e administração pública: uma análise ampla dos impactos** (pp. 321-332). São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

RODRIGUES, Karina Furtado. **Desvelando o conceito de transparência: seus limites, suas variedades e a criação de uma tipologia**. Cadernos EBAPE.BR [online]. 2020, v. 18, n. 2, pp. 237-253. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1679-395173192x>> Acesso em 05 fev. 2022.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales, TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth, MELGARÉ, Plínio (coord.). **Proteção de dados: temas controversos**. Indaiatuba: Foco, 2021.

WIMMER, Miriam. Proteção de dados pessoais no Poder Público: incidência, bases legais e especificidades. **Revista do Advogado**, Ano XXXIX, n. 144, nov. 2019. p. 126-133. Disponível em <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/index.html> Acesso em 6 dez. 2021.

Potencial de incidência da consensualidade no processo disciplinar

Potential of incidence of consensus in the disciplinary process

George Miguel Restle Maraschin¹ e Ricardo Balinski²

Resumo: Este trabalho tem por objetivo analisar o instituto do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) dentro do sistema disciplinar da Administração Pública Federal. A promulgação da Constituição Federal (CF) de 1998 e o crescente engajamento em busca da eficiência ocorrido na década de 1990 potencializaram o crescimento do fenômeno da consensualização em nosso ordenamento jurídico, até então muito calcado na solução dos litígios por meio do processo judicial. O processo administrativo disciplinar (PAD), meio ordinário para apuração das infrações disciplinares, demonstrou sinais de esgotamento, consumindo elevados recursos e tempo em seu trâmite, ainda possibilitando alto percentual de prescrições. Como consequência para o sistema disciplinar, além da falta de efetividade, surgiram lacunas que colocam em risco sua integridade. A procura por soluções alternativas e consensuais para a resolução de conflitos no sistema disciplinar resultou na normatização do TAC pela Controladoria-Geral da União (CGU) em 2017, com posteriores atualizações. Com o TAC, o servidor que praticou infração disciplinar de menor potencial ofensivo pactua com a Administração encargos visando a mitigar a ocorrência de nova infração e compensar eventual dano, além de se comprometer a ajustar sua conduta e a observar os deveres e proibições previstos na legislação vigente, sem a necessidade de seguir todo o rito de um PAD. Trata-se de uma solução que se apresenta mais adequada, rápida e efetiva ao sistema disciplinar. Defende-se que as restrições dispostas no normativo vigente sejam reduzidas para que a ferramenta atinja seu pleno potencial.

Palavras-chave: Termo de Ajustamento de Conduta. Processo Administrativo Disciplinar. Administração Pública Consensual.

Abstract: This paper aims to analyze the Conduct Adjustment Agreement for application in the scope of federal public servants. The promulgation of the Federal Constitution of 1998 and the growing engagement in search of efficiency occurred in the 1990s, have potentiated the growth of the consensual phenomenon in our legal system, hitherto largely based on the solution of disputes through the judicial process. The Administrative Disciplinary Proceedings, the ordinary means for the investigation of disciplinary infractions, showed signs of exhaustion, consuming high resources and time in its process, still allowing a high percentage of prescriptions. As a consequence of the disciplinary system, in addition to the lack of effectiveness, gaps have appeared that put the integrity of the system at risk. The search for alternative and consensual solutions to the resolution of conflicts in the disciplinary system resulted in the regulation of the TAC by CGU in 2017, with later updates. With the TAC, the server who committed a disciplinary infraction of lesser offensive potential agrees with the administration on charges aimed at mitigating the occurrence of a new infraction and compensating for possible damage, in addition to undertakes to adjust its conduct and to observe the duties and prohibitions provided for in current legislation, without need to follow a whole rite of a disciplinary process. It is a solution that is more adequate, faster and effective to the disciplinary system. It is argued that the restrictions set out in the current regulations are reduced so that the tool reaches its full potential.

Keywords: Conduct Adjustment Agreement, Administrative Disciplinary Proceedings; Consensual Public Administration.

1. Servidor Público Federal da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Mestre em Administração e Gerência Pública pelo Instituto Nacional de Administração Pública - INAP (Espanha). Pós-Graduado em Advocacia Pública e Direito do Estado. Graduado em Direito e em Ciências Contábeis. <http://lattes.cnpq.br/4984270593956560> | maraschin@cgu.gov.br

2. Servidor Público Federal da carreira de Analista de Comércio Exterior. Graduado em Direito e Ciência da Computação pela UFRGS. <http://lattes.cnpq.br/3662853699612741> | ricardo.balinski@cgu.gov.br

1. INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo foi originado nas bases do modelo liberal de Estado, vigente a partir do século XIX, período em que a imperatividade (noção que expressava a autoridade do Estado frente aos indivíduos, decorrente da soberania) acabou por conformar os institutos e categorias desse ramo jurídico. Em virtude desse poder de império, conforme asseveram Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka (2009, p. 310-311), forjou-se a ação administrativa típica, a qual era manifestada por meio de atos administrativos, cujos atributos essenciais sujeitavam-se à noção de autoridade. O Estado autoritário possuía as características de desigualdade entre a Administração e administrados e atribuição aos órgãos e entes administrativos de poderes de autoridade perante os seus administrados. Os atos administrativos buscavam resguardar unicamente a entidade administrativa.

Os modelos políticos raramente abriam espaço à liberdade individual e, por isso, não eram propícios à formação de polos de consenso na sociedade; ao contrário, fundavam-se na concepção oposta, de que era necessária a existência de um polo de poder dotado de suficiente concentração de poder para impor comportamentos e assegurar uma convergência social fundada na coerção. (MOREIRA NETO, 2003, p. 109).

A função administrativa, executora precípua da atividade do governo, manteria ainda, de acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 110), durante muito tempo, a velha postura imperativa, herdada dos tempos do absolutismo, mostrando-se impérvia à absorção de valores liberais e democráticos, arraigada em conceitos como os da preeminência indiscutível das “razões de Estado” e da “supremacia do interesse público”, que só começaram a ceder no curso do século XX, muito em razão da evolução metodológica do Direito e do Direito Administrativo em particular.

Em contraposição à imperatividade, no final do século XX, ganhou destaque a discussão acerca de uma cultura do diálogo, em que o Estado deve adequar suas ações em face das manifestações dos mais diversos segmentos da sociedade, buscando melhores formas de servir ao cidadão. Em conformidade com essa linha de pensamento, Norberto Bobbio (1987, p. 26) confirma o entendimento de que “o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império”.

No Brasil, houve a redemocratização e a promulgação da Constituição Cidadã, em 5 de outubro de 1988, assegurando aos brasileiros direitos sociais essenciais ao exercício da cidadania e privilegiando maior participação popular.

A diretriz constitucional de privilegiar maior participação popular e a composição amigável incentivaram o ordenamento jurídico brasileiro a observar o consenso na solução de todos os conflitos, independente do ramo do Direito.

Assim, na década de 1990, com o esgotamento do modelo de atuação administrativa imperativa, o empenho por maior eficiência, notadamente após a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, ensejado pela constitucionalização do princípio da eficiência por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, fortalece o movimento de dotar a Administração Pública, cada vez mais, de instrumentos consensuais que valorizem a participação popular na elaboração e implementação das políticas públicas.

A partir de então, a consensualização passou a ser considerada um mecanismo de instituição da celeridade e da eficácia nas decisões processuais. Assim, foram realizadas diversas alterações legislativas para positivação de termos de compromisso, termos de ajustamento de conduta, mediação, conciliação e arbitragem, incluindo as leis processuais civis, penais e administrativas. A consensualização gerou aumento quantitativo da previsão de acordos administrativos e ampliação do rol de setores cuja disciplina jurídica passou a prever a atuação administrativa consensual.

Importante esclarecer que a competência para a organização da Administração Pública é concedida pela CF a cada ente federativo, devido à autonomia administrativa de cada qual para organizar seu serviço público: União, Estados, Distrito Federal e Municípios gozam de poder legiferante para instituir o regime jurídico que entendam mais adequado ao seu próprio funcionalismo, observadas as regras cogentes nacionais ditadas pela própria Carta.

José Cretella Júnior destaca o poder de cada ente federativo instituir o seu próprio regime administrativo da forma que lhe seja mais adequada, com as ressalvas da CF:

Os estatutos do funcionalismo, no Brasil, pertencem a três esferas (federal, estadual e municipal). Cada estatuto pode disciplinar como quiser o regime jurídico de seus funcionários, delineando os direitos e deveres, desde que nenhum dispositivo estatutário seja inconstitucional. (CRETELLA JÚNIOR, 1994, p. 114).

No que tange à apuração disciplinar, na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que instituiu o regime jurídico estatutário dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, a previsão contida no caput do art. 143³ obriga a autoridade que tiver ciência de eventual delito funcional que promova a apuração do fato, sob pena de ser, ela própria, responsabilizada por sua omissão⁴. De outra parte, o art. 148⁵ da mesma Lei determina que a apuração disciplinar se faça por meio de processo disciplinar específico, cujo resultado conduzirá à inocência do servidor investigado ou a sua necessária penalização, em caso de comprovada responsabilidade.

Destaca-se, ainda, que a apuração conduzida pela Administração se reveste de muitas das características do processo penal, de forma que muitas vezes o processo administrativo de apuração se vale de institutos processuais penais. Nesse sentido, o processo administrativo ainda guarda muito apego ao princípio de que nenhum delito deve ficar impune – *nec delicta maneat impunita*, reforçado pelo princípio da indisponibilidade do interesse público.

1.1. ESGOTAMENTO DO PAD

As apurações disciplinares tradicionais, realizadas nos termos da Lei e dos regulamentos infralegais, ocasionam um processo não apenas engessado como também altamente custoso, seja em termos financeiros, seja pelo desgaste interno provocado pela apuração de faltas que, em muitas das vezes, poderiam ser resolvidas pela via transacional.

O transcorrer do processo administrativo demanda tempo e investimento por parte da administração. De acordo com estudo realizado por Antonio Carlos Vasconcellos Nóbrega (2015, p. 38), entre os anos de 2010 e 2014, foram concluídos 22.737 PADs no Poder Executivo federal, com tempo médio de duração de 395 dias, sendo 275 dias com a comissão e 120 dias para julgamento.

Junto ao trâmite do processo, existe um custo associado. De acordo com o estudo indicado (NÓBREGA, 2015, p. 48), o custo de um PAD, no âmbito federal, em 2015, atingiu o valor de R\$ 67.127,20. Ressalte-se que, além do custo, a Administração precisa deslocar os servidores da comissão processante de suas atividades ordinárias para atuarem no

PAD. Como consequência, além do impacto relativo ao acúmulo de trabalho nas unidades que fornecem estes servidores, a participação na comissão processante também desgasta a imagem do integrante da comissão.

Pesquisa (FOSSATI, 2013) que objetivou apontar as percepções acerca do PAD e da comissão processante concluiu que os servidores percebem o PAD como um instrumento útil à entidade e à sociedade, porém sem benefícios aos servidores integrantes da comissão. Estes possuem sua imagem desgastada pela participação. A pesquisa avaliou que tal situação pode comprometer a convivência e o retorno às atividades normais após a realização do PAD.

Além desses fatores negativos indicados, também se destaca a baixa efetividade desses procedimentos. O estudo (NÓBREGA, 2015, p. 61) mostra que, de 2012 a 2016, das apurações de condutas puníveis com pena de suspensão ou advertência, 23% prescreveram. Isso sem considerar as infrações suscetíveis às mesmas penalidades, para as quais não foram instaurados procedimentos em razão de serem infrações de baixo potencial ofensivo, havendo opção do gestor de não deslocar recursos para a apuração dessas irregularidades, mesmo contrariando dispositivo legal.

Do lado contrário, o servidor sujeito passivo de um PAD também sofre consequências negativas em razão do processo. Joaquim Falcão retrata bem o ônus suportado pelo processado:

O processo impõe custos instantâneos ao pretendido réu. Custos muitas vezes maiores do que a incerta condenação legal. Não são impostos pelo juiz nem pela lei. São custos colaterais. Verdadeiras penas sem julgamento.

Primeiro são os custos financeiros de defesa -advogado, perito, custas judiciais- com que o réu, culpado ou não, arca por cerca de 5 anos, tempo médio do processo.

.....

O tempo que empresa, cidadão ou agente público terá de dedicar à sua defesa. O que de produtivo deixará de fazer. Há os custos psicológicos. (FALCÃO NETO, 2010)

3. “Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.”

4. O Estatuto do Servidor Público Civil prevê a responsabilização da autoridade que der causa à prescrição da ação disciplinar (art. 169, § 2º), assim como o Código Penal (CP) imputa, à mesma autoridade, os crimes de prevaricação (art. 319) e de condescendência criminosa (art. 320) nos casos de sua deliberada omissão.

5. “Art. 148. O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.”

Em que pese o custo financeiro, a existência de um processo moroso vai minando o trabalhador emocionalmente, de maneira a reduzir drasticamente sua produtividade, interferindo até mesmo nos seus aspectos familiar e social, podendo inclusive afetar sua saúde mental. A sanção administrativa também estigmatiza o servidor punido.

Ao final de todo o trâmite processual, culminando ou não na aplicação de uma penalidade, pode-se chegar a um cenário que não esteja em conformidade com interesse público: alto investimento em tempo e recursos dispendidos pela Administração e pelo acusado, gerando um servidor abalado e desmotivado em relação ao trabalho. Tem-se um servidor piorado.

2. METODOLOGIA E RESULTADOS

O objetivo do presente trabalho é analisar as tendências da via consensual na resolução de conflitos disciplinares entre a Administração Pública e o servidor, com ênfase na adoção do TAC, em substituição ao tradicional PAD, para as apurações administrativas por falta funcional de servidor público.

Para tanto, busca-se entender o surgimento deste instrumento dentro do contexto da evolução histórica da Administração Pública, o esgotamento do PAD tradicional, a expansão dos métodos alternativos de resolução de conflitos, em especial de métodos negociais que priorizem o consenso entre as partes, o próprio TAC e o potencial de ampliação do instituto normatizado.

O desenvolvimento amparou-se na metodologia da revisão bibliográfica, incluindo textos que abordassem Administração Pública, Direito Administrativo, processo disciplinar, métodos alternativos de resolução de conflito e solução consensual e negociada de conflitos. Igualmente, foram analisados diversos dispositivos legais relacionados aos mesmos temas.

3. CONSENSUALIDADE

O tema da consensualidade está cada vez mais presente no Direito brasileiro. O surgimento de diversos instrumentos consensuais legais é crescente nos últimos anos. Assim, o assunto ganha cada vez mais projeção e implementação em nosso arcabouço jurídico.

As causas para a busca de instrumentos consensuais destacadas na introdução, como o esgotamento do modelo de atuação administrativa imperativa e a busca pela eficiência e pela efetividade,

resultaram no surgimento de um novo modelo de Administração. Marçal Justen Filho (2016, p. 304) descreve bem esta tendência:

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

Vislumbra-se uma nova forma de atuação da Administração Pública: mais voltada ao diálogo com a sociedade, possibilitando maior participação democrática em suas decisões, com um modo de ação contrastante com a Administração Pública imperativa. Odete Medauar descreve a transformação nessa forma de atuação:

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação. (MEDAUAR, 2003, p. 211).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 107) salienta as contribuições que a renovada preocupação com o consenso, como forma alternativa de ação estatal, propiciou para a Política e para o Di-

reito, aprimorando a governabilidade (eficiência), propiciando mais freios contra os abusos (legalidade), garantindo a junção de todos os interesses (justiça), proporcionando decisão mais sábia e concedente (legitimidade), evitando os desvios morais (licitude), desenvolvendo a responsabilidade das pessoas (civismo) e tornando os comandos estatais mais estáveis e facilmente obedecidos (ordem).

A compreensão e o alcance da consensualidade em nosso ordenamento pátrio passam por uma rápida análise dos instrumentos legais já previstos.

3.1. INSTRUMENTOS DE CONSensualIDADE

No Brasil, a primeira previsão legal de um instrumento consensual está no Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, com a instituição da desapropriação amigável. Neste período, não havia maior destaque para a questão da negociação e da consensualidade na Administração Pública. A partir da década de 1990 que as normas priorizando a consensualidade surgiram com maior frequência.

Dentre as normas que primaram pelo incentivo à adoção de mecanismos de consensualidade, destacam-se as seguintes:

- A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais, possibilitou a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo;
- A Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, que regulamentou os programas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, permitiu o perdão judicial a réus que tenham colaborado com a investigação e o processo criminal⁶;
- A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, regulamentou o acordo de leniência no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência;
- A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (Lei das Organizações Criminosas), permitiu a adoção de colaboração premiada e de procedimento consensual como meio especial de obtenção de provas para o enfrentamento de organizações criminosas e crimes transnacionais;
- A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), instituiu a possibilidade de se

formalizar acordos de leniência em matéria anticorrupção;

- A Lei nº 13.129, de 29 de maio de 2015, e a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, criaram a possibilidade de autocomposição e da arbitragem pela Administração Pública, em harmonia com a principiologia do Código de Processo Civil (CPC);
- A Lei nº 13.655, de 26 de abril de 2018, alterou o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB) e permitiu a adoção de compromissos pelo Poder Público;
- A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Lei Anticrime), que previu a possibilidade de celebração de acordos de não persecução cível⁷ e penal; e
- A Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, alterou a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA) e inaugurou a possibilidade de transação em casos de improbidade administrativa.

Algumas dessas normas serão adiante analisadas para melhor compreensão da consensualidade em nosso ordenamento pátrio.

3.1.1. Acordos de não persecução penal e acordos de não persecução cível

Os acordos de não persecução penal (ANPP) e cível (ANPC) foram expressamente autorizados pela Lei Anticrime, permitindo ao Ministério Público (MP) celebrar acordos com pessoas investigadas pelo cometimento de crimes ou por atos de improbidade administrativa.

Ainda que tais acordos tenham natureza de negócio jurídico bilateral, seguem refletindo a indisponibilidade do interesse público latente, posto que constituem parte do Direito Sancionador estatal. Essa relação entre as partes é vertical, conforme nos explica o Procurador da República Ronaldo Pinheiro de Queiroz:

Por envolver direitos indisponíveis que acabam limitando a autonomia da vontade de ambos os celebrantes, pois a parte com posição dominante está adstrita aos limites

6. Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

7. A principal característica do acordo de não persecução cível é o encerramento da ação de improbidade administrativa, com a extinção da punibilidade do agente, após a homologação e o cumprimento dos termos do acordo.

legais para a negociação (ou seja, com poder decisório restrito) e a outra parte tem pouquíssimo espaço para “barganha”, pois a essência do direito material deve ser mantida. Esse modelo contratual desenha um desequilíbrio de forças entre as partes e não há nenhuma antijuridicidade nisso, pois as partes devem ajustar o interesse público às suas vontades. (QUEIROZ, 2022)

Os ANPPs, a serem firmados perante o MP, foram autorizados para os crimes de menor gravidade (cometidos sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos), como possibilidade de transação penal.

Para efetivação de tais acordos, o art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP), inserido pela Lei nº 13.964, de 2019, impõe uma série de condições, que poderão ser ajustadas cumulativa e alternadamente, a saber: i) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; ii) renunciar voluntariamente a bens e direitos; iii) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas; iv) pagar prestação pecuniária; ou v) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo MP. Ademais das mencionadas condicionantes, o § 2º do referido artigo fixa situações de exclusão da possibilidade de ANPP, com destaque para a reincidência, a concessão do mesmo benefício nos cinco anos anteriores e casos de violência contra a mulher.

Uma vez negociados, os termos do ANPP serão submetidos ao juiz da causa para homologação (art. 28-A, § 4º). Homologado judicialmente o acordo, caberá ao MP promover sua execução (§ 6º do mesmo artigo).

Já os novéis ANPC em ações de improbidade administrativa foram igualmente normatizados pela Lei Anticrime. Ao incluir o art. 17-B na LIA, aquela Lei permitiu ao MP celebrar tais acordos, com a condição de que pelo menos um dos resultados sejam alcançados: i) o integral ressarcimento do dano ou ii) a reversão da vantagem indevida à pessoa jurídica lesada.

Até o advento da Lei nº 14.230, de 2021, que revogou da LIA o § 1º do seu art. 17, era vedada a celebração de acordos nas ações de improbidade administrativa. Sem embargo, parte da doutrina defendia que tal proibição já não se sustentava, posto que leis criminais mais recentes que a LIA passaram a admitir a realização de acordos com vistas a afastar a punibilidade em crimes de menor potencial ofensivo, a exemplo da transação penal prevista na Lei nº 9.099, de 1995. Mesmo em casos de aplicação de penas mais graves, como no caso da Lei de Organi-

zações Criminosas, havia permissão para o julgador deixar de aplicar a pena em caso de celebração de acordo de colaboração premiada.

De outra parte, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP já autorizava, desde 2017, ao arrepio da proibição contida no art. 17 da Lei nº 8.429, de 1992, a celebração de acordos de ajustamento de conduta em ações de improbidade administrativa. A permissão para celebração de acordos pelo MP veio com a edição da Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017, do CNMP, valendo-se da autorização contida na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública - LACP), art. 5º, § 6º, que permitia ao MP tomar compromisso de ajustamento de conduta em casos de danos ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Em paralelo, outra linha de argumentação defendia a possibilidade de acordo nas ações civis públicas pela prática de improbidade administrativa, fundamentando tal entendimento no fato de que a LIA integra, juntamente com a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da Ação Popular), a Lei nº 7.347, de 1985, e a Lei nº 12.846, de 2013, um microsistema de combate à corrupção, em consonância com as diretrizes dos tratados internacionais firmados pelo Brasil em tal matéria.

3.1.2. Acordos de leniência

Na mesma linha dos ANPP e dos ANPC, as Leis nºs 12.529, de 30 de novembro de 2011, (Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade), e 12.846, de 2013, possibilitaram ao Poder Público firmar, agora em sede administrativa, acordos de leniência com pessoas jurídicas que tenham atentado contra a ordem econômica ou contra a Administração Pública, naqueles casos em que os investigados colaborem efetivamente com as investigações e que da colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito.

A Lei nº 12.846, de 2013, traz um importante instrumento jurídico para a responsabilização administrativa de empresas que praticam atos lesivos contra a Administração Pública. Trata-se do acordo de leniência, instrumento previamente instituído pelo Cade utilizado no processo de apuração de prática anticoncorrencial. O acordo de leniência tem objetivo de fazer com que as empresas colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, em troca de benefícios para elas.

3.1.3. Suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo, remédio introduzido no ordenamento pátrio por meio da Lei nº 9.099, de 1995, permitiu a adoção de uma forma alternativa para solução de problemas penais, com a finalidade de evitar o início do processo em crimes cuja pena mínima não ultrapasse um ano.

Segundo consta no art. 89 da Lei nº 9.099, de 1995, naqueles crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por aquela Lei, no oferecimento da denúncia, o MP poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

Findo o prazo acordado e havendo sido cumpridas as condições impostas pelo juiz, a punibilidade é extinta

3.1.4. Transação penal

A Lei nº 9.099, de 1995, inaugurou também a possibilidade de o MP propor, ao acusado, antecipar a aplicação da pena (multa ou restrição de direitos) naqueles casos cujos crimes sujeitariam a uma pena de até dois anos. Ao tempo que o acusado aceita os termos do acordo, sem necessidade de admissão de culpa, a pena é cumprida imediatamente. Cumprida a pena, extingue-se o processo.

4. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Da mesma forma que os instrumentos que possibilitam uma Administração Pública consensual se mostram cada vez mais presentes em nosso ordenamento jurídico, o instituto do TAC também vem ganhando cada vez mais espaço nas mais diversas áreas e setores. A partir da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), o instrumento incrementou seu campo de incidência para o direito ambiental, do consumidor, interesses difusos ou coletivos, da ordem econômica, dentre outras áreas, até chegar ao Direito Administrativo Disciplinar.

Frente a todo esse campo de atuação, é necessário compreender o conceito do instituto e de seus elementos endógenos, baseando-se tanto na doutrina, como também nas normas e na jurisprudência. Após a exposição dos conceitos, será feita a análise de elementos comuns e derivados dos conceitos apresentados.

Começando pela doutrina, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 211-212) conceitua TAC como o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais.

A conceituação de Geisa de Assis Rodrigues (2011, p.281) é mais detalhada, depreendendo-se que o TAC é celebrado por órgãos públicos objetivando a adequação de uma conduta ilícita ou potencialmente ilícita violadora de direito transindividual.

O Termo de Ajustamento de Conduta é uma forma de solução extrajudicial de conflitos, promovida por órgãos públicos, tendo como objeto a adequação do agir de um violador ou potencial violador de um direito transindividual (direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) às exigências legais, valendo como título executivo extrajudicial.

Em nosso ordenamento jurídico, uma definição acerca do instrumento de ajustamento de conduta não é usual. Todavia, a Resolução 179, de 2017, do CNMP desenvolve um conceito do mecanismo em seu art. 1º:

Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

Da jurisprudência, destaca-se a ementa do Acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁸ (TRF2), de relatoria do Desembargador Guilherme Calmon Nogueira da Gama.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. REQUISITOS DE VALIDADE. DESNECESSIDADE DE ANUÊNCIA DE CO-LEGITIMADO PARA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ART. 5º, LEI 7.437/85. 1. Conteúdo, aos requisitos e aos limites do ajustamento de conduta. (...) 3. O objetivo do compromisso de ajustamento de conduta é readequar e conformar a conduta do degradador ou po-

8. BRASIL, TRF 2ª Reg. Apelação Cível 427003. Rel.: Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 6ª Turma. Julgado em: 02 mar. 2009. DJe: 16 abr. 2009.

tencial degradador ao ordenamento jurídico em vigor, afastando o risco de dano ou recompondo os danos já causados. (...) 6. A única possibilidade de, eventualmente, não ser confirmada a homologação judicial do compromisso de ajustamento de conduta ocorrerá quando não houver adequação do acordo à reparação ou prevenção efetiva do dano ao interesse difuso ou coletivo (como no exemplo do meio ambiente), com a necessidade de suprimento ou reparação do compromisso. (...) 8. A expressão “ajustamento de conduta”, tal como empregada pelo legislador ao se referir ao TAC, é emblemática, eis que “o instituto se propõe unicamente a fazer com que as pessoas físicas e jurídicas possam se adequar ao que determina a legislação”. 9. Daí a impossibilidade de se confundir o compromisso de ajustamento de conduta com a transação, este instituto típico do Direito Civil, relacionado aos interesses disponíveis. 10. Apelação conhecida e improvida.

A partir das definições apresentadas, podem ser extraídos elementos cuja análise é relevante para a compreensão do instituto. Tais elementos são: solução alternativa de conflitos, violação a direito transindividual, adequação do comportamento às exigências legais, valor de título executivo extrajudicial e natureza jurídica.

O primeiro elemento do TAC é pertencer a uma espécie de resolução alternativa de conflitos. Conforme já transcorrido no primeiro capítulo deste trabalho, a busca por instrumentos mais ágeis e efetivos para a resolução de conflitos, amparados pelo princípio da eficiência, está cada vez mais presente. O esgotamento da imposição de processos ordinários custosos e morosos justifica a crescente incorporação de soluções alternativas.

Ao fugir dos meios tradicionais, busca-se maior eficiência e efetividade do processo resolutivo. As formas alternativas possuem características como voluntariedade das partes, formalismo reduzido, celeridade, dentre outras.

São seguintes as características dos modos alternativos de solução de litígio: a) a voluntariedade das partes na eleição dessa forma de composição em detrimento da solução jurisdicional (a imposição da solução extrajudicial compromete o ambiente propício para a conciliação, e, nos sistemas como o brasileiro, viola o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição); b) participação pessoal dos interessados, ou de quem esteja autorizado para tanto, na formação do acordo; c) em

alguns casos pode ocorrer a assistência de um terceiro, independente das partes e do juiz, que exerce uma missão de confiança para motivar o acordo; d) em regra a negociação é confidencial, o que pode facilitar acordos mais adequados, embora o resultado da negociação possa (e deva em algumas hipóteses) ser público; e) a ausência de qualquer poder jurisdicional na pessoa do mediador; f) a procura de uma solução equânime; g) celeridade; h) ausência de formalismo; i) economia de debates puramente jurídicos ou processuais. (RODRIGUES, 2011, p. 57).

O segundo elemento característico do TAC é ser voltado para casos de violação ou potencial violação de um direito transindividual. Os direitos transindividuais, também chamados de metaindividuais ou supraindividuais, são direitos que ao mesmo tempo em que pertencem ao indivíduo, também o transcendem, pertencendo a uma coletividade. São compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, mas são tutelados através de um processo coletivo. Em conformidade com a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), art. 81, depreende-se que podem ser classificados em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A reparação ou prevenção de determinado dano combinada com a adequação do comportamento do agente causador é outra característica do TAC. Conforme (RODRIGUES, 2011, p. 155), é necessário que haja a delimitação da ação ou omissão, da dimensão do dano existente ou potencial, de modo a que reste evidenciado que as obrigações pactuadas possam realmente atender à defesa dos direitos em jogo.

Havendo dano, o compromisso pactuado deve prever a sua total reparação. Não se pode admitir a dispensa das obrigações necessárias para a efetiva satisfação do direito ofendido. Ressalte-se que o TAC é um instrumento alternativo e mais eficiente para a resolução de conflitos, e não uma forma de remição ao infrator.

A adequação do comportamento do agente às exigências da lei também faz parte do objeto do TAC. O infrator deve se comprometer a ajustar sua conduta de acordo com o previsto na lei. Em se tratando de violação causada pelo Poder Público, o compromisso pode prever condições temporais e orçamentárias para a implementação de política pública, cuja inexistência viole direitos transindividuais.

Outra característica que valoriza o instrumento é a atribuição de eficácia de título executivo extrajudicial ao acordo. O art. 784 do CPC enumera taxativamente os títulos executivos extrajudiciais, rela-

cionando no inciso IV o instrumento de transação referendado pelo MP, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal. Do descumprimento do acordo pode ser ajuizada diretamente ação de execução.

O último elemento destacado dos conceitos selecionados é a natureza jurídica do TAC. A Resolução 179, de 2017, do CNMP, dispõe que o TAC possui natureza de negócio jurídico. A ementa do TRF2 anteriormente citada e transcrita afirma não se tratar de transação, visto que a Administração não possui poder de disposição. Na doutrina não se encontra consenso acerca da natureza jurídica. Encontram-se diversos enquadramentos, como ato administrativo negocial, negócio jurídico bilateral ou transação especial (híbrida). Um ponto de convergência é a indisponibilidade do direito amparado.

O compromisso de ajustamento de conduta não tem natureza contratual, pois os órgãos públicos que o tomam não têm poder de disposição. Assim, não podem ser considerados uma verdadeira e própria transação, porque a transação importa poder de disponibilidade, e os órgãos públicos legitimados à ação civil pública ou coletiva, posto tenham disponibilidade do conteúdo processual da lide (como de resto é comum aos legitimados de ofício, como substitutos processuais que são), não detêm disponibilidade sobre o próprio direito material controvertido. Nesse sentido, o art. 841 do Código Civil corretamente dispõe que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. (MAZZILLI, 2006, p. 12).

Cumprido frisar que as características ora discorridas se referem ao instrumento de ajustamento de conduta em sentido amplo, com predomínio dos elementos do TAC previsto na LACP.

4.1. HISTÓRICO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

O TAC, também chamado de Compromisso de Ajustamento de Conduta, Termo de Compromisso, dentre outras denominações, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como um instrumento para resolução extrajudicial de conflitos. Por se tratar de um compromisso de ajustamento de conduta lavrado em termo, ficou conhecido como TAC.

Assim como estará correto nominar o instituto como termo de compromisso, poder-se-á ainda chamar de instrumento de compromisso, ou termo análogo. Ou sim-

plesmente compromisso de ajustamento de conduta. Na prática já se difundiu a expressão termo de ajustamento de conduta, que numa expressão mais simples tem sido denominado de TAC. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 223).

Para melhor compreensão do surgimento do TAC, é importante uma análise do contexto histórico e do momento de sua gênese, considerando os aspectos políticos, econômicos e sociais.

Um dado instituto jurídico nasce para atender às exigências de uma realidade histórica específica, ainda que posteriormente possa ser amoldado para a tutela de realidades não imaginadas pelo legislador. Assim, para uma efetiva compreensão da gênese de qualquer norma jurídica seria necessária uma detida análise do contexto econômico, social e político da época em que a norma foi gestada. (RODRIGUES, 2011, p. 85).

O cenário da época foi bem exposto anteriormente no presente artigo: além de a CF de 1988 buscar efetivar maior participação popular, a Administração Pública imperativa que utilizava de forma exacerbada as suas prerrogativas começou a demonstrar seus desgastes através de ineficiência e de falta de efetividade. Naturalmente, foram buscadas formas alternativas para resolução de conflitos, fortalecendo o modelo de Administração Pública consensual. A transcrição a seguir destaca fatores que viabilizaram o surgimento do TAC.

Conjugadas a previsão de eficácia executiva de acordos celebrados pelo Ministério Público, a experiência da prática administrativa concertada, a possibilidade de composição de direitos transindividuais indisponíveis e a adequação da tutela extrajudicial desses direitos, constatada na condução dos inquéritos civis públicos, tivemos o nascimento do instituto do termo de ajustamento de conduta. (RODRIGUES, 2011, p. 89).

A norma inaugural do TAC no direito brasileiro foi o ECA, mais precisamente o seu art. 211, o qual instituiu o mecanismo para matérias protetivas relacionadas a crianças e adolescentes.

Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Dois meses após a edição do ECA, o art. 113 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) acrescentou o § 6º ao art. 5º da LACP. A referida alteração legislativa ampliou as matérias suscetíveis à celebração de TAC para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Art. 5º

[...]

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Em ambos normativos, foi incluído o permissivo legal para a celebração do TAC, porém sem detalhamento de procedimentos e demais regras inerentes. A disciplina e o regramento do instrumento ficaram a cargo de norma posterior. No âmbito do MP, o TAC foi disciplinado pelo CNMP, com caráter vinculativo para seus membros, através da Resolução 179, de 2017. Antes de sua edição, o assunto normalmente era regulamentado por cada estado, através de atos dos respectivos Conselhos Superiores.

Com relação a algum instrumento jurídico estrangeiro que tivesse servido de inspiração direta para a implementação do TAC em nosso ordenamento jurídico, a doutrina aponta que não houve mecanismo do direito estrangeiro que tivesse sido utilizado como referência, sendo uma solução desenvolvida pelo próprio direito nacional.

Cabe-nos, ainda, indagar se essas previsões normativas se teriam inspirado mais diretamente em um instituto análogo do direito estrangeiro. Nas considerações dos autores que conceberam o instituto não há qualquer menção a uma influência alienígena mais direta. Como já tivemos a oportunidade de demonstrar, a proteção dos direitos transindividuais no ordenamento brasileiro é extremamente original. (...). Embora existam institutos similares em outros ordenamentos, não vislumbramos em nossa pesquisa nenhum preceito normativo que se identifique plenamente com o ajustamento de conduta brasileiro, especialmente quanto à sua extensão e eficácia. (RODRIGUES, 2011, p. 94).

Juliana Bonacorsi de Palma (PALMA, 2015) defende que a consensualidade na Administração Pública, apesar de recente, já integra as cadeias acadêmicas como ramo de pesquisa e consolidada em parte dos sistemas jurídicos brasileiros. A possibilidade de adoção dos instrumentos consensuais, presentes na

legislação civil e penal, tais como transações, acordos ou conciliações nas investigações administrativas, se mostra como medida a proporcionar elevado grau de sucesso, tanto na missão de recuperação do servidor faltante, como na recomposição, quando for o caso, de eventual prejuízo ao Erário.

Em face ao cenário exposto, é consequência natural a normatização do instrumento para aplicação no sistema disciplinar da administração pública federal. A partir deste ponto, o estudo será restrito ao TAC administrativo aplicável ao regime disciplinar dos servidores públicos federais.

4.2. O TAC NO SISTEMA ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A partir da Instrução Normativa CGU nº 02, de 30 de maio de 2017, publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 31/05/2017, foi disciplinada a celebração do TAC, no âmbito do Poder Executivo federal.

A referida Instrução Normativa não foi pioneira na instituição do instrumento no Poder Executivo federal. Sua importância reside no fato de ser a primeira norma que possibilitou a instituição do TAC a todos os órgãos e entidades do Poder Executivo federal, incluindo a Administração direta e indireta. Anteriormente a esse normativo, o TAC já era utilizado por alguns órgãos e entidades federais com base em mandamentos próprios, podendo-se citar os exemplos a seguir:

- Fundação Nacional de Saúde (Funasa) - Portaria nº 1.380, de 12 de novembro de 2009;
- Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf) - Norma Disciplinar Res. nº 1.798, de 17 de dezembro de 2009;
- Secretaria de Controle Interno da Presidência da República (Ciset/PR) - Instrução Normativa nº 1, de 16 de maio de 2013;
- Polícia Rodoviária Federal (PRF) - Portaria MJ nº 1.038, de 18 de junho de 2014;
- Universidade Federal do Vale do São Francisco (Univasf) - Resolução nº 14, de 31 de outubro de 2014;
- Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) - essas duas Agências utilizavam o TAC normatizado pela Ciset/PR;
- Departamento Penitenciário Nacional (Depen/MJ) - Portaria MJ nº 839, de 12 de setembro de 2016.

A disseminação do instrumento no sistema correcional federal foi um dos fatores que motivou o ato normativo da CGU. A razão da norma emanar deste

órgão é o Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, art. 4º, I e II, que atribui à CGU as competências de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal.

Após a edição da Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017, a CGU já atualizou o normativo por meio da Instrução Normativa CGU nº 17, de 20 de dezembro de 2019, e da Instrução Normativa CGU nº 4, de 21 de fevereiro de 2020.

O normativo vigente permite à Administração Pública federal a celebração de TAC para casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo. Por meio do TAC, o agente público interessado se compromete a ajustar sua conduta e a observar os deveres e proibições previstos na legislação vigente, além de assumir obrigações acordadas, tendo lista exemplificativa no § 2º, art. 6º da norma.

Não se pretende desenvolver os aspectos da norma vigente. Porém, é relevante pontuar que a atualização normativa buscou incentivar a utilização do instrumento, trazendo maior clareza na redação e ampliando os casos permitidos para sua celebração.

Apesar da inovação que o TAC aportou em questões disciplinares, esse instrumento ainda apresenta restrições, como, por exemplo, a aplicação apenas para condutas puníveis com advertência ou suspensão de até trinta dias, que o impedem de atender plenamente às necessidades da Administração Pública em termos de eficiência, efetividade e economicidade.

5. ALARGAMENTO DA UTILIZAÇÃO DO TAC

A ação administrativa consensual ou dialógica, derivada de uma concepção moderna de Estado, permitiu que fosse vencido um longo período de atuação imperativa, criando um ambiente em que a opção pelo consenso é cada vez mais normatizada e difundida, estimulando a adoção de mecanismos de consensualidade como forma de chegar à eficiência administrativa.

A recentes alterações introduzidas na LINDB pela Lei nº 13.655, de 2018, em especial a nova redação do seu art. 26, representam um marco de inovação em termos de adoção da consensualidade, e vem sendo interpretada pela doutrina especializada (GUERRA, 2018) como um permissivo genérico para que a Administração Pública possa, independentemente de lei ou de regulamento, celebrar compromissos.

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autori-

dade 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)

Tais evoluções, assim como as apresentadas pela Nova Lei Anticrime e, mais recentemente, na LIA, pela Lei nº 14.230, de 2021, criaram um ambiente favorável à extensão das possibilidades de consensualidade para as mais variadas situações, mesmo naquelas que até recentemente o sancionamento era a única possibilidade de desfecho.

Em tal panorama de autorização legislativa e de elástico dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade estrita, ganha força a ideia de que o TAC em matéria disciplinar possa ter utilização ampliada, permitindo abarcar uma gama maior de infrações, inclusive para aqueles delitos para os quais inicialmente se considerava inaplicável a consensualidade.

Nesse sentido, destaca-se o ensinamento de Marçal Justen Filho sobre a questão do ultrapassado entendimento sobre o domínio do interesse público:

O critério da supremacia e indisponibilidade do interesse público não permite resolver de modo satisfatório os conflitos, nem fornece um fundamento consistente para as decisões administrativas. Mais ainda, a determinação do interesse a prevalecer e a extensão dessa prevalência dependem sempre da avaliação do caso concreto. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 140-141)

O avanço da consensualidade, conforme destacado por Vanice Lírio do Valle (2011, p. 13), envolve “*não uma abdicação do interesse público, mas a sua afirmação à vista das particularidades de um caso concreto que recomendam essa conduta*”. O que se busca com a proposição que ora se apresenta é estimular o estudo sobre aquelas situações em que a consensualidade poderia oferecer soluções que atendam ao interesse da coletividade com maior efetividade e eficiência. Ademais, há de ter presente que o atendimento de eventual interesse privado por meio da consensualidade pode também trazer benefícios para o interesse público, conforme nos ensina Onofre Alves Batista Júnior:

Na moderna sociedade pluralista, a satisfação de interesses públicos não exclui, necessariamente, o atendimento de interesses privados, portanto, sob essa ótica

mais moderna, enfraquece-se a ideia de que o Estado, para garantir o interesse público, precise, necessariamente, se valer de meios unilaterais impositivos. Ao contrário, o atendimento do bem comum reclama justa ponderação entre interesses públicos (muitas vezes desalinhados) e interesses privados. Nesse sentido, na moderna sociedade pluralista, assumem posição privilegiada os instrumentos consensuais. (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 509)

De igual forma que a questão da obsolescência do pensamento que dominava sobre a supremacia do interesse público, a legalidade estrita tem também funcionado como uma barreira à adoção de acordos administrativos substitutos de sanção, na ideia de que a ausência de norma autorizadora impediria a utilização desses instrumentos. A preponderar tal dogma, não seria possível qualquer avanço em direção à modernidade do Direito, posto que a norma, quando finalmente plasmada em lei, muitas vezes reflete os avanços já alcançados pela doutrina, pela jurisprudência e mesmo pela adoção de atos infralegais, como é o caso das orientações normativas, portarias e decretos, entre outros.

Nessa senda, a alteração da LINDB e, em especial, a nova redação do seu art. 26, consolidou o modelo substitutivo da pena, justamente por meio da celebração de compromissos, destinados a eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação conflituosa na aplicação do Direito Público, a despeito dos argumentos que ainda se esgrimiam para recusar a ideia de transação em matéria disciplinar com base no princípio da legalidade.

Ao disciplinar a competência a ser observada no campo consensual, o permissivo contido no art. 26 da LINDB, no entender de Juliana Bonacorsi de Palma e Sérgio Guerra, autorizaria a imediata celebração de compromissos, prescindindo inclusive de qualquer outra regulamentação:

Alinhando-se a outros sistemas jurídicos que dispõe de leis autorizativas genéricas à celebração de acordos pela Administração Pública, a Lei nº 13.655/18 expressamente confere competência consensual de ordem geral ao Poder Público brasileiro. Isso

significa que qualquer órgão ou ente administrativo encontra-se imediatamente autorizado a celebrar compromisso, nos termos do art. 26 da Lei, não se fazendo necessária a edição de qualquer outra lei específica, decreto ou regulamentação interna. (GUERRA, 2018, p. 146)

Robustecida a consensualidade na Administração Pública, natural a expansão dos instrumentos consensuais e das situações de aplicação, buscando a melhor satisfação do interesse público e priorizando a eficiência e a efetividade do processo resolutivo.

5.1. AMPLIAÇÃO DO TAC PARA INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS DE MAIOR GRAVIDADE

A classificação dos delitos funcionais por ordem de gravidade, na forma como adotada pelo legislador ao editar a Lei nº 8.112, de 1990, evidencia a discrepância entre a gravidade das condutas e suas correspondentes penas. As infrações de natureza leve⁹ são apenadas com advertência. Já quanto às infrações de média gravidade,¹⁰ a suspensão de até noventa dias é a pena cabível. Já os delitos funcionais considerados graves exigem, por expressa previsão dos arts. 132 e 135 da citada Lei, a aplicação da pena capital,¹¹ hipóteses que não admitem a possibilidade de dosimetria da punição.

A impossibilidade de atenuação da pena capital, entretanto, começa a se distanciar das tendências observadas nas recentes alterações da legislação penal e administrativa, entrando em desconpasso com a evolução histórica do Direito e da Justiça.

Uma visão restritiva do texto legal tem sustentado, até o presente momento, o entendimento dominante na Administração Pública, em especial na esfera federal, no sentido de ser incabível a atenuação da pena capital.

De fato, a redação do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, não indica a possibilidade de atenuação da gravidade dos delitos sujeitos à demissão. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem reiteradamente afirmado que:

O controle jurisdicional do PAD se restringe ao exame da regularidade do procedimento e à legalidade do ato, à luz

9. O art. 129 da Lei nº 8.112, de 1990, estipula que a advertência será aplicada por escrito nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

10. Consideram-se de média gravidade, por exceção, aquelas puníveis exclusivamente com suspensão, ou seja, as tipificadas nos incisos XVII e XVIII da Lei nº 8.112, de 1990. Igualmente se classificam como de média gravidade os casos que configurem reincidência das faltas punidas com advertência, assim como os casos de nova infração, punível com advertência, por servidor com registro de penalidade não cancelado (caput do art. 131 da Lei). Também cabe suspensão no caso de recusa de submissão à inspeção médica (§ 1º do artigo 130 da Lei nº 8.112, de 1990), bem como nas condutas previstas pelo art. 32 da Lei nº 12.527, de 2011.

11. Infrações graves são puníveis com a pena expulsiva, seja por meio de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão (artigos 132 e 135 da Lei nº 8.112, de 1990).

dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a impedir a análise e valoração das provas constantes no processo disciplinar.¹²

No mesmo sentido:

Ademais, o fato de os servidores terem prestado anos de serviços ao ente público, e de terem bons antecedentes funcionais, não é suficiente para amenizar a pena a eles impostas se praticadas, como no caso, infrações graves a que a lei, expressamente, prevê a aplicação de demissão.¹³

Entretanto, a mesma Lei nº 8.112, de 1990, estipula, em seu art. 128, os critérios a serem observados na dosimetria da pena administrativa:

Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Note-se que a redação do art. 128, acima, não exclui, *prima facie*, a possibilidade de ponderação dos fatos tidos como de maior gravidade e puníveis, portanto, com a pena expulsiva.

A inabalável convicção, vigente na Administração Pública, no sentido de ser incabível a graduação daqueles delitos, desconsidera que a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal, determina essa ponderação. Tomando-se a redação do art. 2º, caput, da Lei nº 9.784, de 1999, tem que a Administração Pública

[...] obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência” (grifamos). No mesmo artigo daquela lei, o inciso VI determina a “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Isto posto, naquelas situações elencadas como passíveis de demissão, a regra que determina a pena é aquela constante do art. 127, III, em combinação com o art. 132, ambos da Lei nº 8.112, de 1990. Nesses casos, a possibilidade de aplicação do prin-

cípio da razoabilidade para a adequação da pena ao caso concreto vem sendo desconsiderado, tendo em vista as circunstâncias atenuantes e os antecedentes funcionais do indiciado, nos termos do art. 128 da mesma Lei.

Ao par do princípio da razoabilidade, inevitável trazer à presente discussão o princípio da proporcionalidade, cuja adoção tem sido desconsiderada para os delitos puníveis com demissão. Como definição do princípio da proporcionalidade, pode-se adotar o ensinamento de José Armando da Costa:

O princípio da proporcionalidade radica o seu conteúdo na noção segundo a qual deve a sanção disciplinar guardar adequação à falta cometida. Tal princípio, mesmo que não esteja literalmente previsto no nosso ordenamento jurídico, encontra-se nele integrado por força de compreensão lógica. (COSTA, 2010, p. 64)

Cabe destaque, ainda, às mudanças de interpretação do princípio da legalidade estrita, insculpido no art. 37, caput, da CF, por meio do qual se considerava que o gestor apenas poderia agir em caso de determinação pela lei. A adequação do entendimento desse princípio tem atualmente permitido o entendimento de que o administrador público está autorizado a agir, mesmo sem autorização expressa nesse sentido, mas fundado em princípios constitucionais administrativos.

Como acima exposto, a adoção de critérios de ponderação para as penas administrativas poderia, em tese, ser adotada para abrandar ou mesmo evitar o elevado custo, para a Administração, de uma pena expulsiva de servidor público.

Note-se que não se está aqui advogando pelo perdão ou abrandamento de práticas associadas à ideia *latu sensu* de corrupção, como por exemplo as hipóteses de valimento do cargo ou improbidade administrativa. Entretanto, há práticas ainda puníveis com a pena de demissão que permitiriam tal abrandamento, com base nos critérios do art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, sem que houvesse ofensa aos princípios da supremacia do interesse público. Nessa possibilidade estariam elencados os delitos de abandono do cargo, inassiduidade habitual, participação de gerência ou administração de sociedade privada, exercício do comércio, atuação como procurador ou intermediário, entre outros sem vínculo com a corrupção.

12. STJ, EDcl no MS 14756, Relator: Min. João Otávio de Noronha, Terceira Seção, DJe de 14/02/2022.

13. STJ, MS 12.176/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe de 08/11/2010).

Ainda assim, como reforço de argumento, lembramos que a recente edição da Lei anticrime regulamentou os acordos de não persecução civil, permitindo a solução consensual para atos de improbidade administrativa. A esse propósito, é de ter-se em conta que cedo ou tarde a Administração Pública terá que enfrentar situações nas quais nas quais um servidor que tenha firmado acordo de não persecução penal ou civil buscará a extensão desses acordos para a esfera administrativa.

A demissão de um servidor público, note-se, implica não apenas o desvio de recursos produtivos para o processo de apuração e punição, como também a perda de todo o investimento feito no preenchimento do respectivo cargo; a perda temporária da força de trabalho, representada pelo cargo vago; além do custo de reposição da força de trabalho (novo processo seletivo, treinamento, capacitação) para dispor novamente de um servidor com capacidade laboral semelhante à daquele que foi demitido.

De acordo com Edmir Netto de Araújo (1994, p. 200), a demissão só é aplicável em casos de extrema gravidade, que denotem claramente a incompatibilidade do servidor punido com o serviço público. Em caso de grave infração a valores da Administração Pública, o servidor infrator não pode nela continuar sob risco de sério abalo em sua imagem e credibilidade.

Se os ultrapassados conceitos de indisponibilidade do interesse público e de legalidade estrita não permitem uma releitura da lei administrativa – especialmente no que pertine aos critérios de dosimetria da pena, cabe aqui resgatar o permissivo do art. 26 da LINDB, que confere a possibilidade de celebração de compromisso entre a Administração e os interessados “*para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público [...]*”.

Pois bem, o rechaço a qualquer hipótese de pena alternativa à demissão de servidor público reside na aplicação dos princípios da supremacia do interesse público e da legalidade estrita. Entretanto, a adoção de tais princípios tem funcionado como verdadeiros antolhos, limitando a discussão quanto às opções de tratamento para delitos funcionais de natureza grave e desconsiderando a possibilidade de novos olhares sobre o tema ora em análise.

Nesse sentido, advoga-se aqui pelo alargamento do uso de mecanismos de solução consensual de conflitos, trazendo para a seara administrativa os instrumentos e técnicas de Justiça penal consensual legalmente permitidos, de forma a ampliar as situações em que seu uso é indicado, bem como permitir maior discricionariedade na escolha dos compromissos a serem pactuados.

Tais mecanismos permitiriam uma imensa gama de soluções negociáveis entre a Administração e o servidor faltoso, como, por exemplo, a possibilidade de atenuação da pena combinada com uma série de condições que poderiam ser acordadas, cumulativa ou alternativamente, como o pagamento de multa administrativa, prestação de serviço voluntário ou cumprimento de condição temporária. Nesse cenário, até mesmo as condições de uma demissão poderiam ser ajustadas.

Para tanto, entende-se que a legislação vigente já fornece os meios para que a Administração Pública revise os critérios de apenação de servidores faltosos, seja pela alteração dos critérios de dosimetria das penas, seja pela adoção de mecanismos de consensualidade.

O aprofundamento das discussões sobre esse tema é relevante e urgente. Por outro lado, a ausência de análise das questões ora postas não apenas seguirá gerando custos evitáveis ao Poder Público, como tenderá a ser resolvido por alternativas que não necessariamente representem aquela mais vantajosa para a Administração.

6. CONCLUSÃO

Em um momento histórico pós-CF de 1988, que procura efetivar maior diálogo com a sociedade e maior participação democrática em suas decisões, a Administração Pública imperativa que utilizava de forma exacerbada as suas prerrogativas demonstrou certo desgaste. A valorização da eficiência administrativa alavancou a busca por formas alternativas para resolução de conflitos, fortalecendo uma visão de Administração Pública consensual.

A Administração Pública consensual importa instrumentos tipicamente privados para a satisfação do interesse público, com maior participação popular. Assim, relativiza uma forma de atuação vertical e imperativa, cedendo espaço para um posicionamento mais horizontalizado, seja para recolher informações previamente à tomada de alguma decisão unilateral, seja para celebrar acordos que a vinculem à solução negociada.

Os novos instrumentos consensuais podem ser entendidos como uma opção mais adequada para a satisfação do interesse público no caso concreto. Beneficiam-se dos potenciais efeitos positivos decorrentes da negociação, como menor prazo, custo e adequação, sem ofensa aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, e sem dispor do interesse público em prol do privado.

O meio ordinário de apuração disciplinar, o PAD, demonstrou um esgotamento para sua utilização ampla e irrestrita no sistema disciplinar. Além de onerar a Administração, pode gerar um servidor piorado em razão do desgaste sofrido.

O TAC, já presente em nosso ordenamento jurídico desde 1990 com o ECA e a LACP, surge naturalmente como uma solução eficaz para complementar o sistema disciplinar do Poder Executivo federal, possibilitando uma alternativa ao PAD mais adequada para aplicação em situações específicas.

De forma distinta, o TAC é um instrumento mais adequado para a melhora da conduta e do comportamento do servidor. Induz a uma reflexão do ocorrido e propõe encargos com o objetivo de melhorar a conduta do agente. O termo firmado prevê que o servidor deve ajustar sua conduta e a observar os deveres e proibições previstos na legislação vigente. Além dessas obrigações, podem ser negociados encargos específicos relacionados ao caso concreto que possibilitem o aprimoramento funcional e comportamental do infrator e sejam preventivos de nova infração disciplinar.

Sua aplicação está restrita às infrações de baixo potencial ofensivo, o que impede de atender plenamente às necessidades da Administração Pública em termos de eficiência, efetividade e economicidade.

A Lei nº 8.112, de 1990, é extremamente rígida quando se trata da punição das infrações de natureza mais grave, impedido qualquer gradação na pena ou adoção de meios compositivos para solucionar a questão.

As alterações da LINDB pela Lei nº 13.655, de 2018, em especial a nova redação do seu art. 26, representam um marco de inovação em termos de adoção da consensualidade, e vem sendo interpretada pela doutrina especializada (GUERRA, 2018) como um permissivo genérico para que a Administração Pública possa, independentemente de lei ou de regulamento, celebrar compromissos.

Juntamente com normas recentes incentivando a consensualidade na Administração Pública, inclusive permitindo a transação em caso de improbidade administrativa, percebe-se evolução crescente nas possibilidades de aplicação da consensualidade.

Tal panorama de evolução legislativa e de elasticidade dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade estrita fortalece o entendimento de que o TAC em matéria disciplinar possa ter utilização ampliada.

A utilização do TAC robustece a implementação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na dosimetria da sanção ou dos compromissos pactuados, em detrimento da legalidade estrita, visando a uma solução mais adequada ao caso concreto.

Portanto, o TAC apresenta-se como um instrumento com maior aptidão para tutelar a capacidade funcional da Administração. Sua implementação incrementa o portfólio disciplinar, permitindo a utilização do instrumento mais adequado para cada caso. Em face das recentes evoluções da consensualidade na Administração Pública, imperativa a discussão da ampliação de seu alcance, buscando melhor adequação, efetividade, eficiência e credibilidade do sistema disciplinar.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994.
- BALINSKI, Ricardo. **O Termo de Ajustamento de Conduta no processo Administrativo Disciplinar**. 2018. 81 f. Monografia de conclusão de curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 509.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1987.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública: Comentários por artigo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- COSTA, José Armando da. **Processo administrativo disciplinar: teoria e prática**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo: perguntas e respostas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

- FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. A pena é o processo. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 08 jun. 2010, p. 06.
- FOSSATI Luiz Carlos; COSTA, Stella Regina Reis da. Análise das Percepções de Servidores Públicos sobre a Participação em um Processo Administrativo Disciplinar. In: IX Congresso Nacional de Excelência em Gestão, 2013, Niterói. **Anais do IX Congresso Nacional de Excelência em Gestão**, 2013.
- GUERRA, S., & PALMA, J. B. de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista De Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial, p.135-169, nov/2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 140-141.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. **Revista de Direito Ambiental**, v. 11, n. 41, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2022.
- MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século – o caso brasileiro. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 57, p. 106-126, 2003.
- NÓBREGA, Antonio Carlos Vasconcellos. **A eficiência econômica dos termos de ajustamento de conduta nos procedimentos disciplinares**. 2015. 87 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2015.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303 - 322, 2009.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. 332 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- _____. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
- QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O Acordo de Não Persecução Cível nos Tribunais**. Disponível em <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/25565-o-acordo-de-nao-persecucao-civel-nos-tribunais>. Acesso em: 10 abr. 2022.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Transigibilidade na administração pública: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI**. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, ano 11, n. 123, maio 2011.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

- BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 abr. 2022.
- _____. Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2022.
- _____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- _____. Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 13 abr. 2022.
- _____. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- _____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/>

[Leis/l7347orig.htm](#)>. Acesso em: 12 abr. 2022.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

_____. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.

_____. Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.

_____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.

_____. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.

_____. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.

_____. Lei n. 13.129, de 16 de maio de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.

_____. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.

_____. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.

_____. Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.

_____. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Instrução Normativa CGU n. 02, de 30 de maio de 2017. Disponível em: <<https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/33687>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

_____. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Instrução Normativa CGU n. 17, de 20 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/42628>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

_____. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Instrução Normativa CGU n. 4, de 21 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/43531>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). Resolução 179, de 26 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-179.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

Responsabilização de agente público por enriquecimento ilícito no direito brasileiro e em outros países

liability of a public officer for illicit enrichment in brazilian law and in other countries

José Ernane Barbosa de Castro¹ e Renata Ferreira Lima De Vasconcelos²

Resumo: (em português). O tema deste artigo é responsabilização de agentes públicos por enriquecimento ilícito no Brasil e em outros países. Desta forma, busca-se discutir a legislação e a experiência nacional e internacional, a fim de contribuir para o aprimoramento do combate a este ilícito no Brasil. A metodologia empregada na pesquisa foi a revisão bibliográfica. O texto discorre sobre o histórico do enriquecimento ilícito no Brasil e no mundo, as características das legislações existentes, e os aspectos processuais controversos, como a inversão do ônus da prova, a presunção de inocência, e as garantias ao silêncio e a não autoincriminação. Aborda como se dá a imputação de enriquecimento ilícito no Brasil, as instâncias, as legislações e detalhes práticos da apuração, além de breves comentários sobre as recentes alterações na lei de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Enriquecimento ilícito. Legislação. Apuração. Responsabilização.

Resumo em outra língua: The subject of this article is accountability of public agents for illicit enrichment in Brazil and in other countries. In this way, we seek to discuss national and international legislation and experiences, in order to contribute to the improvement of the fight against this illicit in Brazil. The methodology used for the research was the literature review. The text discusses the history of illicit enrichment in Brazil and in the world, the characteristics of existing legislation, and controversial procedural aspects, such as the reversal of the burden of proof, the presumption of innocence, and guarantees for silence and non-self-incrimination. It addresses how the imputation of illicit enrichment takes place in Brazil, the instances, the legislation and practical details of the investigation, as well as brief comments on the recent changes in the administrative improbity law.

Keywords: Illicit enrichment. Legislation. Calculation. Accountability.

1. INTRODUÇÃO

Na atual conjuntura brasileira foi possível testemunhar nos últimos anos, por meio da mídia e de decisões judiciais, casos de corrupção, de desvios de recursos públicos, de esquemas de pagamento de propinas por meio de contratos públicos, de tráfico de influência praticado por agentes públicos, de autoridades sendo processadas por crimes de peculato, dentre outros desvios de conduta que corroem a sociedade nacional.

Nesse sentido, o tema do enriquecimento ilícito ganha relevância, em especial no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, como ferramenta de combate à corrupção.

Por meio da apuração e sanção deste tipo de infração, é possível responsabilizar o agente público que adquire bens, desfruta de padrão de vida ou, de forma geral, possui evolução patrimonial desproporcional aos rendimentos declarados, sem que consiga justificar a origem dos recursos de forma razoável.

1. Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União, Graduado em Ciências da Computação pela Universidade Estadual do Ceará, e graduando em Direito pela Faculdade Processus; jose-ernane.castro@cgu.gov.br

2. Auditora Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União, Graduada em Administração pela Universidade de Pernambuco, e MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas; renata.vasconcelos@cgu.gov.br

O tema deste artigo trata da responsabilização de agentes públicos por enriquecimento ilícito no Brasil e em outros países, e discute o problema: “A experiência internacional, no que diz respeito a responsabilização de agentes públicos pela infração de enriquecimento ilícito, pode fomentar contribuições para o aprimoramento na apuração ao referido ilícito no Brasil como instrumento de combate à Corrupção?”. Quanto à hipótese, tem-se: A compreensão da experiência internacional pode contribuir para o aprimoramento do combate ao enriquecimento ilícito no Brasil.

O objetivo geral do artigo é expor como ocorre a responsabilização de agentes públicos por enriquecimento ilícito no Brasil e em outros países. Como objetivos específicos pode-se elencar a identificação de diferenças e semelhanças entre as legislações; comparar os institutos, instrumentos, conceitos utilizados; avaliar o enriquecimento ilícito como instrumento de combate a corrupção; verificar a jurisprudência acerca do tema; fomentar o debate da sintonia do modelo brasileiro ao modelo internacional; promover o debate sobre a criminalização do enriquecimento ilícito; contribuir para a efetividade da apuração dos processos instaurados; promover a segurança jurídica na apuração e nas decisões.

A temática de pesquisa teve a seguinte justificativa: (1) relevância individual, pois permite aprofundar o conhecimento da infração de enriquecimento ilícito no Brasil e no mundo e suas consequências; (2) relevância científica, pois permite fomentar o aprimoramento normativo e técnico no sistema anticorrupção brasileiro; e (3) relevância social, pois ajuda a sociedade a reagir diante da corrupção existente em nosso país, além da possibilidade de reverter recursos desviados para o cofre da união e em favor da população.

A metodologia empregada para a construção da pesquisa utilizada no artigo foi revisão bibliográfica, apoiada pela revisão legislativa e revisão jurisprudencial.

A revisão bibliográfica visa pesquisar a existência de estudos sobre o tema no Brasil e no mundo, sendo utilizadas as fontes Scielo e Capes/Teses e Dissertações, Google Acadêmico, sites de universidades, obras literárias, além de consultas no buscador Google, mediante o uso dos verbetes e conectores “enriquecimento ilícito”, “enriquecimento ilícito direito comparado”, “enriquecimento ilícito Europa”, “enriquecimento ilícito mundo”, “enriquecimento ilícito Brasil”, “enriquecimento ilícito criminalização”, “enriquecimento ilícito improbidade”, “enriquecimento ilícito ônus da prova”, “enriquecimento ilícito direito

sancionador”, “enriquecimento ilícito análise patrimonial”, “enriquecimento ilícito convenções internacionais”, sem restrição de período.

Com a revisão jurisprudencial, buscou-se identificar a existência de Decisões que tiveram como fundamento o tema do enriquecimento ilícito, em portais do STJ e do STF, mediante o uso dos verbetes e conectores da revisão bibliográfica, sem restrição de período. Em relação à revisão legislativa, objetivou-se identificar princípios ou normas dos atos legislativos que possam subsidiar o estudo do tema no ordenamento brasileiro e mundial, sendo utilizado como fonte o portal de legislação em nível federal, o portal de projeto de lei do Legislativo, além de portais internacionais e leis, sem restrição de período.

O artigo divide-se em capítulos: resumo, palavras-chave, abstract, keywords, Introdução, Discussões (Desenvolvimento), Considerações Finais (Conclusões) e Referências.

2. DISCUSSÕES (DESENVOLVIMENTO)

2.1. CONTEXTO HISTÓRICO

2.1.1. No mundo

Uma das tentativas iniciais de legislação sobre enriquecimento ilícito ocorreu na Argentina, por meio do congressista Rodolfo Corominas Segura, em 1936. Na ocasião, o então deputado teria encontrado um agente público que exibira abertamente uma quantidade de riqueza que claramente não poderia ser justificada pelos seus rendimentos oficiais de servidor público. O referido Projeto de Lei objetivava punir “*funcionários públicos que adquirirem riqueza sem poder provar sua legítima origem*” (MUZILA L. et al., 2012, p 7).

Embora essa tentativa de legislação não tenha sido concretizada, esforços bem-sucedidos para legislar contra o enriquecimento ilícito surgiram lentamente em vários países, dentre eles: Hong Kong, em 1950; Filipinas em 1955; Paquistão em 1960; Índia e a Argentina em 1964; Egito em 1975; Senegal em 1981; Brunei em 1982; Cuba em 1987; Turquia em 1990, e Níger em 1992 (DORNBIERER, A., 2021). A partir dos anos 90 o tema do enriquecimento ilícito começou a ganhar evidência internacional, com as publicações de Convenções Internacionais anticorrupção.

A primeira Convenção a tratar do enriquecimento ilícito explicitamente foi a Convenção Interamericana contra a Corrupção – IACAC (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1996), adotada na Organização dos Estados Americanos - OEA em 1996, e sendo incorporada ao Direito brasileiro pelo Decreto 4.410 (BRASIL, 2002). Vide artigo IX:

Artigo IX. Enriquecimento ilícito: Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação **o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente.**

Entre os Estados Partes que tenham tipificado o delito de enriquecimento ilícito, **este será considerado um ato de corrupção para os propósitos desta Convenção.**

O Estado Parte que não tenha tipificado o enriquecimento ilícito prestará a assistência e cooperação previstas nesta Convenção relativamente a este delito, na medida em que o permitirem as suas leis. (grifo nosso)

No ano de 2003, a Convenção da União Africana sobre Prevenção e Combate à Corrupção – AUCPCC (UNIÃO AFRICANA, 2003) definiu o enriquecimento ilícito, em seu artigo I, como “o aumento significativo de capital de um funcionário público ou qualquer outra pessoa que ele ou ela não possa racionalmente justificar em relação ao seu rendimento”.

Ainda em 2003, sobreveio a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – UNCAC (NAÇÕES UNIDAS, 2003), conhecida como Convenção de Mérida e incorporada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto 5.687 (BRASIL, 2006), que disciplinou no preâmbulo e em seu artigo 20 sobre o enriquecimento ilícito nos seguintes termos:

Preâmbulo: Os Estados Partes da presente convenção.... Convencidos de que o enriquecimento pessoal ilícito pode ser particularmente nocivo para as instituições democráticas, as economias nacionais e o Estado de Direito;

Artigo 20. Enriquecimento ilícito: Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, **o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele** (grifo nosso)

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - UNCAC (NAÇÕES UNIDAS, 2003) surge reforçando valores fundamentais como: honestidade, Estado de Direito, responsabilização e transparência na promoção do desenvolvimento (PINHAL, 2012, p. 12).

Apesar da Convenção Interamericana contra a Corrupção – IACAC (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1996) ter sido a única a usar uma linguagem mais mandatória quanto a tipificação do delito, a inclusão do enriquecimento ilícito nessas 3 convenções fomentou a criação de leis em todo o mundo a partir de então.

Se antes as normatizações restringiam-se a esfera penal e com agentes públicos como sujeitos passivos, começaram a surgir normatizações nas esferas civil e administrativa, como sujeitos passivos qualquer pessoa com riqueza inexplicável. (DORNBIERER, A., 2021, p.23).

Em que pese as Convenções Internacionais instarem a adoção de medidas legislativas internas, convém registrar que a própria Convenção de Mérida (NAÇÕES UNIDAS, 2003), no tocante ao mérito das medidas destinadas à prevenção e repressão aos atos de corrupção, prevê no artigo 30, item 9, uma cláusula de soberania. Assim, prestigia-se a disciplina da matéria por cada Estado signatário, seja no tocante à tipificação das condutas passíveis de sanção, seja em razão do modo de tutela jurídica reservada para a atuação (civil, penal, administrativa) ou mesmo qualquer competência autônoma erigida para tais propósitos, tal como preconizado pelo artigo 26, item 2 da mesma Convenção. (GOMES, 2020, p. 26).

No âmbito da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção - UNCAC (NAÇÕES UNIDAS, 2003), evidenciou-se os esforços internacionais para a divulgação financeira dos agentes públicos como mecanismos de fomento a transparência e combate à corrupção e ao enriquecimento ilícito. Vide:

Artigo 8, parágrafo 5º. Cada Estado Parte procurará, quando proceder e em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, estabelecer medidas e sistemas para **exigir aos funcionários públicos que tenham declarações às autoridades competentes em relação, entre outras coisas, com suas atividades externas e com empregos, inversões, ativos e presentes ou benefícios** importantes que possam dar lugar a um conflito de interesses relativo a suas atribuições como funcionários públicos (grifo nosso) (NAÇÕES UNIDAS, 2003)

Artigo 52, parágrafo 5º Cada Estado Parte considerará a possibilidade de estabelecer,

em conformidade com sua legislação interna, **sistemas eficazes de divulgação de informação financeira para os funcionários públicos pertinentes e aplicará sanções adequadas para todo descumprimento do dever de declarar**. Cada Estado Parte considerará também a possibilidade de adotar as medidas que sejam necessárias para permitir que suas autoridades competentes compartilhem essa informação com as autoridades competentes de outros Estados Partes, se essa é necessária para investigar, reclamar ou recuperar o produto dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. (grifo nosso)

Além das Convenções supracitadas, outras iniciativas internacionais voltadas à divulgação financeira dos agentes públicos com fins de combate ao enriquecimento ilícito surgiram: (1) Declaração pela Cooperação Econômica da Ásia e do Pacífico – APEC30, concordando com os princípios de divulgação financeira por funcionários públicos, em 2012; (2) O endosso dos países do G20 dos mesmos princípios, como ferramenta poderosa para a prevenção da corrupção e do conflito de interesses, em 2012; (3) a Declaração de Dakar sobre a recuperação de ativos, subscrita por agentes públicos que atuam na divulgação financeira de países da África Ocidental e Central, em 2014; (4) Recomendação dos Balcãs Ocidentais sobre Divulgação de Finanças e Interesses por Funcionários Públicos, que incluem diretrizes para implementação de divulgação financeira (ROSSI, POP, TAMMAR, 2017, p.13)

O empenho global no combate ao enriquecimento ilícito resultou no aumento significativo dos países que passaram a prever instrumentos de declaração de rendas de agentes públicos e o desenvolvimento de sistemas de controle (CHAVES,2020, p. 35). Atualmente as leis de enriquecimento ilícito encontram-se na maioria das regiões do mundo, com exceções na América do Norte e Europa Ocidental (MUZILA L. et al.,2012, p. 9).

2.1.2. No Brasil

No Brasil, em que pese os temas de enriquecimento ilícito e probidade administrativa fossem tratados em leis infraconstitucionais antes da Constituição Federal de 1988, foi a partir do final dos anos oitenta que que ganharam mais evidência em nosso ordenamento.

O movimento de democratização deflagrado nos anos 80 culminaria na promulgação da Constituição de 1988, instituindo um Estado Democrático de Direito. Fruto de ampla participação de vários segmentos sociais na formulação das políticas e ga-

rantias ora estabelecidas, a Constituição reservou um espaço inédito para o tratamento dos males causados pela corrupção no artigo 37 §4º, enunciando as sanções a serem aplicadas aos praticantes de atos de improbidade administrativa, nos termos da lei (GOMES,2020, p. 34).

O artigo 37 da Carta Magna (BRASIL, 1988) reza que 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 em seu parágrafo 4º complementa:

“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.”

Coube à Lei 8.429 (BRASIL,1992) dar eficácia à política pública enunciada pela Constituição no combate à improbidade. O artigo 9º tipifica a infração de enriquecimento ilícito nas esferas cível e administrativa. Em 2021 esta lei sofreu alterações trazidas pela Lei 14.230 (BRASIL,2021), cujo caput passou a ter a seguinte redação:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei

No Apêndice A, constam breves comentários sobre as alterações promovidas pela Lei 14.230, relativas ao caput e aos incisos do artigo 9º.

A Lei 8.730 (BRASIL,1993) tratou da obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos três Poderes. Estabeleceu que o Tribunal de Contas da União manterá, em registro próprio, os bens e rendas do patrimônio privado de autoridades públicas, exercendo o controle da legalidade e legitimidade desses bens e rendas, com apoio nos sistemas de controle interno de cada Poder (CHAVES, 2020, p.37).

No âmbito do Poder Executivo Federal, para controle patrimonial, os instrumentos legais serão lidos em conjunto com o estatuto dos servidores públicos, Lei 8.112 (BRASIL,1990), que impõe sanção de demissão à prática de improbidade administrativa.

Ainda no escopo do Poder Executivo Federal, o mecanismo prático necessário ao acesso dos dados financeiros dos agentes públicos foi concretizado

através do Decreto 5.483 (BRASIL,2005), que determinou a forma como deve ser realizada a declaração dos bens e valores do agente público, bem como sua atualização. Este decreto foi revogado pelo Decreto 10.571 (BRASIL,2020), em vigor desde dezembro de 2021, que dispõe sobre a apresentação e a análise das declarações de bens e de situações que possam gerar conflito de interesses por agentes públicos civis da administração pública federal.

2.2. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO: LEGISLAÇÃO E ASPECTOS PROCESSUAIS

2.2.1. Legislação: Características básicas

Duas características básicas que estão presentes em todas as legislações de enriquecimento ilícito, para que possam ser classificadas como tal: (1) a imposição de uma sanção criminal ou civil e (2) a inexigência de comprovação de atividade criminosa separada ou subjacente (DORNBIERER, A., 2021, p. 27).

Quanto à imposição de sanção criminal ou civil, esta característica difere as leis de enriquecimento daquelas leis que, embora façam referência ao gozo de riqueza não justificada e provam o enriquecimento ilícito, não autorizam a aplicação de sanção. Estas leis apenas preveem um mecanismo para adquirir e usar provas de enriquecimento ilícito como parte de um outro procedimento legal em separado.

Já em relação a inexigência de comprovação de atividade criminosa separada ou subjacente, esta característica distingue as leis de enriquecimento ilícito de categorias semelhantes de leis, como as de recuperação de ativos, de confisco ou de lavagem de dinheiro, que podem exigir que o Estado obtenha uma condenação criminal anterior, provando a ocorrência de atividade criminosa separada ou a origem criminosa de ativos.

2.2.2. Legislação: Categorias

Embora existam leis de enriquecimento ilícito no âmbito administrativo, em geral existem duas categorias quanto à sua natureza jurídica: Civil e Criminal.

Como diferenças básicas entre as duas categorias estão as regras de persecução processual, os standards de prova e as sanções aplicadas, de acordo com cada jurisdição. (DORNBIERER, A., 2021, p. 34). Vide ilustração A, no Anexo A.

Embora as leis de enriquecimento ilícito não exijam a comprovação de atividade criminosa separada ou subjacente, algumas jurisdições exigem uma “suspeita razoável” ou uma “crença razoável” de que algum tipo de atividade criminosa separada

ou subjacente tenha ocorrido. Esta categoria de lei é chamada de “lei qualificada de enriquecimento ilícito” (DORNBIERER, A., 2021, p. 35).

2.2.3. Legislação: Características distintivas

Algumas características distinguem as leis de enriquecimento ilícito nas diferentes jurisdições internacionais., sendo possível listar ao menos seis delas: (1) a natureza jurídica, (2) o escopo de aplicação, (3) a previsão explícita de inversão do ônus da prova, (4) o poder legal para obrigar uma pessoa a fornecer suas informações financeiras, (5) a exigência de demonstrar uma “suspeita razoável” ou uma “crença razoável” de algum tipo de atividade criminosa, e (6) os tipos de sanções (DORNBIERER, A., 2021, p. 46-69).

A (1) natureza jurídica de uma lei pode ser Civil ou Criminal, embora alguns poucos países, dentre eles o Brasil, tenha legislado o enriquecimento ilícito também na esfera administrativa.

Em relação ao (2) escopo de aplicação as leis podem diferenciar-se em vários aspectos. O primeiro deles diz respeito ao (2.1) sujeito passivo. Regra geral, as leis de enriquecimento ilícito são direcionadas a funcionários públicos, porém algumas legislações podem ser aplicadas a qualquer cidadão, às pessoas jurídicas e até aos indivíduos ou entidades que contribuíram para o enriquecimento ilícito de outrem.

O segundo está relacionado a (2.2) que tipo de “riqueza” a lei considera. A minoria das leis de enriquecimento ilícito adota uma abordagem restrita visando apenas os ativos tradicionais passíveis de serem ‘adquiridos’ ou ‘controlados’. Já a maioria das leis possuem abordagem ampla, considerando qualquer coisa de valor pecuniário que contribui para aumentar o “padrão de vida” de uma pessoa, os serviços recebidos ou despesas realizadas.

Outro aborda (2.3) o limite de “riqueza” desproporcional que o Estado tem que provar. De maneira geral, algumas leis exigem que o estado estabeleça (a) um valor mínimo em relação ao total da riqueza, (b) um valor mínimo em relação ao incremento da riqueza em um determinado período ou (c) o valor do aumento da riqueza além da renda legal, embora a maioria das leis não definam este limite.

Continuando, é possível citar o (2.4) prazo de prescrição. As leis de enriquecimento ilícito podem ou não, explicitamente, adotar a inclusão dos prazos de prescrição. Na definição dos prazos, podem considerar a infração como de natureza continuada, pelo fato de a pessoa gozar continuamente do benefício direto ou indireto do ato de enriquecimento.

Com terceira característica distintiva tem-se a (3) previsão explícita de inversão do ônus da prova. As leis podem incluir um mecanismo explícito para obrigar uma pessoa a produzir provas sobre suas fontes de riqueza, que pode ser de toda a riqueza ou apenas do valor que é estabelecido pelo Estado como desproporcional às suas fontes de renda legais.

Outra característica é (4) o poder legal de obrigar uma pessoa de apresentar suas informações financeiras. Tal disposição pode estar contida na própria lei ou em outro instrumento legislativo. Este poder legal é parecido, porém diferente, da apresentação da declaração de bens comumente exigida de funcionários públicos como condição de ocupar um cargo público. Em algumas jurisdições, tal poder legal pode dar ensejo à questionamento acerca da violação do privilégio da autoincriminação, em especial na apuração criminal.

Na sequência, tem-se (5) exigência de demonstrar uma “suspeita razoável” ou uma “crença razoável” de algum tipo de atividade criminosa. Este tipo de exigência se dá em leis enriquecimento ilícito do tipo qualificadas, e eleva standard probatório do ilícito.

Por fim, tem-se (6) as sanções. A primeira distinção advém da natureza jurídica da lei, se civil, criminal ou administrativa. No caso de leis cíveis, em geral a pessoa é obrigada a devolver um valor proporcional ao valor do enriquecimento ilícito. No caso de leis criminais, as sanções são mais severas, como multas, restituição do valor do enriquecimento e prisão, que pode: variar de meses até anos, ser compulsória ou em substituição às multas, ou ainda permitir a dosimetria da pena de acordo com o sujeito passivo (alto funcionário, antigo funcionário, cidadão comum) ou com o valor do enriquecimento obtido. Podem também ocorrer sanção administrativas, como desqualificação para o agente ocupar cargo público por tempo determinado ou definitivo, ou cessação das atividades empresariais, nas jurisdições em que empresas respondam por enriquecimento ilícito.

2.2.4. Aspecto processual: Ônus da prova e presunção de inocência

Ao contrário de algumas leis e instrumentos processuais que focam no produto do crime, como a lavagem de dinheiro ou disposições de confisco, as leis de enriquecimento ilícito não exigem que a acusação estabeleça uma relação direta entre os ativos e uma infração anterior. Na verdade, permite uma presunção de que certos itens de riqueza provêm de fontes ilícitas, se não tiver evidência de renda legal que justifique o valor total da riqueza calculada.

Uma vez que o Estado tenha estabelecido a desproporcionalidade entre a renda e a riqueza, a presunção legal é dada como relativa, já que ao acusado é permitido a contraprova da licitude da riqueza. Tal presunção de fato sobre a origem ilícita do patrimônio de uma pessoa, assim como ônus imposto a ela para explicar a licitude, têm sido frequentemente usadas como argumento para desafiar a legitimidade das leis de enriquecimento ilícito, supostamente em face da violação ao princípio da presunção de inocência.

O argumento central é que as obrigações legais revertem injustamente o ônus da prova para a pessoa submetida ao processo e, no caso das leis de enriquecimento ilícito, que violam expressamente o princípio da presunção de inocência, dado que a responsabilidade de provar os elementos-chave de um crime deve ser o da parte acusadora.

O princípio da presunção de inocência assegura que “todos os acusados de crimes terão o direito de ser presumido inocente até que se prove sua culpa de acordo com a lei”, sendo consagrado em vários instrumentos internacionais, incluindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos Direitos Humanos (PIDCP), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. É um princípio jurídico quase universal que foi estabelecido em jurisdições de direito comum e de direito civil, e expressamente incluído em muitas constituições nacionais (DORNBIERER, A., 2021, p. 123).

Em sentido contrário, parte da doutrina e jurisprudência defende que o princípio da presunção de inocência, apesar de universal, não é absoluto. Em regra, não pode impedir que sistemas jurídicos implementem legislação que contenha presunções de fato ou de direito, desde que tais presunções estejam dentro de limites razoáveis e garantam o direito de defesa.

A presunção de inocência não pode impedir a criação de infrações penais que contenham presunção de lei, desde que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade sejam respeitados (MUZILA L. et al., 2012, p. 23).

Fábio Medina Osório cita que a presunção de inocência é uma garantia plenamente vigente no processo sancionador, cuja análise é imperiosa (OSÓRIO, 2020, p. 422). Porém, complementa que a inocência se presume até certo ponto, pois há circunstâncias, fáticas ou jurídicas, que podem in-

verter essa presunção, criando aos acusados a necessidade de provar tais circunstâncias, sendo que as provas acusatórias podem ostentar presunções de legitimidade e veracidade dos fatos nelas espelhados (OSÓRIO, 2020, p. 432-433).

A fim de verificar se a inversão do ônus da prova é uma exceção justificável ao direito à presunção de inocência, recomenda-se verificar: (1) Se a parte acusadora ainda é obrigada a provar os fatos fundamentais de sua acusação (desproporcionalidade entre riqueza e renda); (2) Se os fatos comprovados pela acusação provarem o fato presumido (nexo de causalidade); (3) Se a infração imposta pela lei é de interesse público (avaliação de interesse público); (4) Se os fatos que devem ser provados para refutar a presunção estão dentro do conhecimento do réu (origem das rendas) (DORNBIERER, A., 2021, p. 123).

Ainda, o ônus probatório que é lançado sobre a pessoa para fornecer uma explicação satisfatória sobre a origem legítima de seus bens pode decorrer do ônus dinâmico da prova, exigindo que aquele que é mais capaz de provar um fato seja o único a prová-lo, dado que é mais fácil para uma pessoa estabelecer que sua riqueza seja adquirida legalmente, e não para que o Estado estabeleça a contrário.

2.2.5. Aspecto processual: Direito ao silêncio e a não autoincriminação

O direito ao silêncio e o privilégio contra a autoincriminação são princípios que garantem a justiça processual, estão baseados na mesma noção do princípio da presunção de inocência, ou seja, que é da acusação o ônus de provar o alegado.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos garante que uma pessoa não pode “ser obrigada a testemunhar contra si mesma ou a confessar culpa”. Além disso, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional afirma que no processo de acusação perante o Tribunal Penal Internacional, uma pessoa não pode “ser obrigados a testemunhar ou a confessar culpa” e que podem “ficar em silêncio, sem que este silêncio seja considerado uma determinação de culpa ou inocência”. Ele também descreve que durante investigação, uma pessoa “não será obrigada a incriminar a si mesma ou a confessar a culpa”. (DORNBIERER, A., 2021, p. 142).

O direito ao silêncio geralmente prevê que uma pessoa acusada não pode ser obrigada a fornecer provas. Pode também proteger a pessoa de quaisquer inferências adversas decorrentes da escolha em permanecer em silêncio.

Já o privilégio contra a autoincriminação autoriza uma pessoa a não responder quaisquer perguntas ou produzir qualquer prova, caso entenda que poderá ser prejudicial a sua defesa no processo, ou utilizadas em outras ações.

Argumenta-se que a legislação do enriquecimento ilícito potencialmente viola esses 2 princípios ao permitir a inversão do ônus da prova sobre o acusado, removendo sua capacidade de permanecer em silêncio e tornando-o vulnerável a processos judiciais adicionais com base nas provas que são obrigados a fornecer.

A explicação da defesa em um caso de enriquecimento ilícito pode expô-la ao risco de autoincriminação. Comprovante de renda de heranças, negócios, jogos de azar ou presentes podem ser exculpatórios para fins de enriquecimento ilícito, mas podem expor o funcionário a sanções criminais, administrativas ou fiscais por outras ofensas, como por exemplo: quando o funcionário exerce atividades incompatíveis com as suas funções; quando os rendimentos não foram declarados às autoridades fiscais. Assim, os acusados podem relutar em estabelecer uma defesa apropriada ou podem incriminar-se ao fazê-la. (MUZILA L. et al., 2012, p. 32).

De outro modo, Fabio Medina Osório ensina que o princípio de não declarar contra si mesmo é uma ilusão doutrinária e jurisprudencial, ao menos em termos absolutos; que no plano do mundo real, o comportamento do acusado não pode deixar de ser interpretado, principalmente diante de um silêncio irresponsável ou despido de fundamentação, pois a presunção de inocência não protege os indivíduos destes riscos concretos; que se a pessoa não é obrigada a incriminar-se, disso não decorre que os operadores jurídicos devem ser ingênuos e nem distantes do princípio da razoabilidade da interpretação (OSÓRIO, 2020, p. 444-445). Esclarece ainda que o caminho que se mostra razoável é conceder aos acusados o exercício da defesa, e se essa oportunidade não é devidamente aproveitada, seria um problema dos acusados e de seus espaços de liberdade. (OSÓRIO, 2020, p. 461)

Por óbvio, é incompatível com estas garantias a condenação unicamente subsidiada no silêncio ou recusa em produzir provas. Por outro lado, esse direito não é absoluto, sendo razoável que estas imunidades não possam impedir que o silêncio do acusado seja levado em conta na avaliação da persuasão das provas apresentadas pela acusação, especificamente em situações que claramente exijam uma explicação que está sobre o controle do acusado.

Por fim, ressalta-se que algumas leis podem vedar o uso de informações fornecidas em processos de enriquecimento ilícito em processos criminais separados.

2.3. RESPONSABILIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NO BRASIL

2.3.1. Legislação: Instâncias

A normatização do ato enriquecimento ilícito tem como vértice normativo a Constituição Federal (BRASIL, 1988). No artigo 37 definiu, o caput, os princípios da Administração Pública, e no parágrafo 4º, as sanções para este tipo de ato.

Em 1992 foi promulgada a Lei 8.429 (BRASIL,1992) que dispõe sobre os atos de improbidade, dentre eles o ato de enriquecimento ilícito em seu artigo 9º, assim como as sanções aplicadas, sendo a norma vigente para a responsabilização por enriquecimento ilícito.

No âmbito da responsabilização disciplinar dos servidores públicos, algumas leis tratam do tema, porém são sempre interpretadas de forma combinada com a Lei 8.429 (BRASIL,1992), a fim efetivar à responsabilização. No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto 10.571 (BRASIL,2020), que revogou o Decreto 5.483 (BRASIL,2005), dispõe sobre a apresentação e a análise das declarações de bens e de situações que possam gerar conflito de interesses por agentes públicos civis da administração pública, e a Lei 8.112 (BRASIL,1990) disciplina a responsabilização por meio de processo administrativo disciplinar.

Ao longo das últimas duas décadas, com o Brasil tornando-se signatário de Convenções Internacionais que recomendavam a tipificação do enriquecimento ilícito, foram registradas algumas tentativas de tornar crime o ato de enriquecimento ilícito, como o Projeto de Lei 5.586 (BRASIL,2005), oferecido pela Controladoria-Geral da União.

A tentativa mais relevante deu-se por meio da iniciativa do Ministério Público Federal chamada de “10 medidas contra a Corrupção” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL,2016). Tratava de propostas de alterações legislativas que objetivavam a transparência, a prevenção, a eficiência e a efetividade no combate à corrupção, sendo abraçada pela sociedade que, por meio de voluntários em todo o país, coletou mais de 2 milhões de assinaturas em apoio à campanha para que as propostas fossem apresentadas ao Congresso Nacional em forma de projeto de iniciativa popular, originando o Projeto de Lei 4.850 (BRASIL, 2016).

Em sua medida de número 2, o anteprojeto da lei (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL,2016, p.2) propunha a criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos. Vide texto da proposta do artigo 321-A no Código Penal e sua justificativa:

Art. 312-A. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito:

Pena – prisão, de 3 (três) a 8 (oito anos), e confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

§ 1º Caracteriza-se o enriquecimento ilícito ainda que, observadas as condições do caput, houver amortização ou extinção de dívidas do servidor público, ou de quem a ele equiparado, inclusive por terceira pessoa.

§ 2º As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.”

Reforça-se que **não se trata de uma inversão do ônus da prova** no tocante ao caráter ilícito da renda, **mas sim de acolher a única explicação para a discrepância que é encontrada em dado caso concreto**, após investigados os fatos e ouvido o servidor. Essa solução é **amparada na moderna teoria explanacionista da prova**, que tem por foco encontrar a hipótese que melhor explica a evidência disponível, **bem como na tradicional teoria indutiva**, que foca em associações entre coisas que estão normalmente vinculadas com base na experiência que todos compartilhamos e é o fundamento de qualquer exame sobre provas.

Em outras palavras, com base na experiência comum por todos compartilhada, **se a acusação prova a existência de renda discrepante da fortuna acumulada e, além disso, nem uma investigação cuidadosa nem o investigado apontam a existência provável de fontes lícitas, pode-se concluir que se trata de renda ilícita**. Evidentemente, se a investigação ou o acusado forem capazes de suscitar dúvida razoável quanto à ilicitude da renda, será caso de absolvição” (grifo nosso). (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2016, p. 4)

Apesar dos esforços, a criminalização do enriquecimento ilícito por meio do Projeto de Lei 4.850 (BRASIL, 2016), atualmente com a numeração 3.855 (BRASIL, 2019), não prosperou, por motivos que extrapolam o discutido neste artigo.

Assim, hoje no Brasil o ato de enriquecimento ilícito é considerado um ato de improbidade administrativa, a responsabilização se dá apenas nas esferas cível e administrativa, tendo como seu normativo principal a Lei 8.429 (BRASIL, 1992).

2.3.2. Legislação: Características

Neste tópico iremos abordar algumas características na legislação de enriquecimento ilícito no Brasil, em especial, a Lei 8.429 (BRASIL, 1992).

No que diz respeito às características básicas de uma legislação de enriquecimento ilícito, observa-se que no Brasil (1) as sanções aplicadas são de natureza cível ou administrativas, como perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, listadas no artigo 12 inciso I da Lei; e que tem-se a (2) inexistência de comprovar crime anterior ou subjacente, diferentemente do que ocorre na lavagem de dinheiro, que exige a identificação do crime antecedente.

Percorrendo as características distintivas trazidas por DORNBIERER, A., (2021, p. 46-69), tem-se que a (1) natureza jurídica da Lei 8.429 (BRASIL, 1992) é cível e administrativa, no escopo do direito administrativo sancionador.

Quanto ao (2) sujeito passivo, o artigo 2º da Lei, considera como agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas na Lei. E ainda, no que se refere a recursos de origem pública, pode aplicar sanções à pessoa jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente (BRASIL, 1992).

Em relação ao (3) tipo de “riqueza”, a norma adota um modelo abrangente, considerando qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas na Lei, conforme artigo 9º e incisos (BRASIL, 1992),

que utilizam expressões como “adquirir bens de qualquer natureza” e “receber vantagem econômica de qualquer natureza”.

No que diz respeito ao (4) limite de “riqueza” desproporcional que o Estado tem que provar, não consta da legislação um valor mínimo da riqueza total ou do incremento constatado como parâmetro para imputação. Deve-se considerar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade na formação do juízo da conformação ou não da conduta no ilícito, no caso concreto (CGU, 2021, p.240).

Sobre o tema da (5) prescrição, a norma prevê que a aplicação das sanções prescreve em 8 anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência. Quando aplicadas em processos administrativos disciplinares, a prescrição dependerá da previsão de cada lei. A lei dos servidores públicos federais, 8.112 (BRASIL, 1990), a prescrição dá-se em 5 (cinco) anos do conhecimento dos fatos. Cada lei poderá dispor sobre suas regras de interrupção de suspensão da prescrição.

Não há uma (6) previsão explícita da inversão do ônus da prova. O que ocorre é que, uma vez demonstrada a desproporcionalidade entre bens e riqueza pela acusação, será assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução. Essa garantia está expressa no artigo 9º, inciso VII, com redação dada pela Lei 14.230 (BRASIL, 2021). Não se trata de inversão do ônus da prova, que permanece com acusação para provar a desproporção. Nesse sentido tem-se o Enunciado nº 8 da CGU e a Jurisprudência em Tese 147 do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito de apuração na esfera disciplinar, vide:

Art. 132, IV, Lei nº 8.112/90 c/c art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92. ÔNUS DA ADMINISTRAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DA DESPROPORCIONALIDADE. Nos casos de ato de improbidade que importem em enriquecimento ilícito pelo agente público, cujo **valor seja desproporcional à evolução do seu patrimônio ou à sua renda, compete à Administração Pública apenas demonstrá-lo**, não sendo necessário provar que os bens foram adquiridos com numerário obtido através de atividade ilícita. Enunciado CGU nº 8, publicado no DOU de 10/12/14, seção 1, página 2 (grifo nosso) (CGU, 2014)

Jurisprudência em Teses 147 - Processo Administrativo Disciplinar - VI - 17/04/2020 - 14) Em matéria de demissão por enriquecimento ilícito (art. 132, IV, da Lei 8.112/1990 c/c art. 9º, VII, da Lei 8.429/1992), **compete à administração pública comprovar o incremento patrimonial significativo e in-**

compatível com as fontes de renda do servidor no PAD e ao servidor acusado o ônus de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa. (grifo nosso) (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 6)

Já acerca do (7) poder legal de obrigar uma pessoa de apresentar suas informações financeiras, legislação nacional não dispõe sobre o tema. Ocorre que durante o processo será concedida ao acusado a possibilidade de justificar o incremento desproporcional de riqueza demonstrado pela acusação, podendo fazê-la, a seu critério, com a apresentação das informações financeiras ou outros meios.

Sobre a (8) exigência de demonstrar uma “suspeita razoável” ou uma “crença razoável” de algum tipo de atividade criminosa, isto não é aplicável à nossa legislação. A suspeita de alguma atividade criminosa poderá dar origem a uma investigação prévia acerca da existência de enriquecimento ilícito, porém não será requisito essencial para a imputação. Assim, a legislação brasileira não é caracterizada como uma lei de enriquecimento ilícito qualificada, ou seja, que exige demonstração de suspeita razoável de atividade criminosa.

Quanto a (9) sanções e a dosimetria, a Lei 8.429 (BRASIL, 1992) estabelece, em seu artigo 12 inciso I, que: a perda dos bens ou valores será do valor acrescidos ilicitamente ao patrimônio, que a suspensão dos direitos políticos será de 14 (catorze) anos, que o pagamento de multa civil será equivalente ao valor do acréscimo patrimonial, e que a proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios será de até 14 (catorze) anos. Além destas sanções no âmbito civil, poderá ocorrer a perda da função pública e, no âmbito de processos disciplinares, a demissão ou destituição do cargo em comissão, como disciplina a lei 8.112 (BRASIL, 1990).

Sobre o aspecto processual da (10) inversão do ônus da prova, e a consequente violação aos princípios da presunção de inocência, do direito ao silêncio e a autoincriminação no Brasil, há posições doutrinárias que consideram que há inversão do ônus da prova quando se discute a criminalização do enriquecimento ilícito.

Um dos principais argumentos diz respeito a caracterização do ato de enriquecimento ilícito como um “crime de suspeita”:

De outro lado, e o mais relevante para a análise do tema, é a constatação geral da doutrina de que nos “crimes de suspeita” há uma inversão do ônus da prova, bastando

para que a acusação se desincumba de seu ônus probatório de demonstrar a posse e eventuais condições, objetivas ou subjetivas, que a tornam ilegítima. Isso já seria suficiente para a condenação, se o acusado não produzisse a prova liberatória, justificando a posse da coisa. Ou seja, partindo de tais premissas, é o acusado que suporta o risco da ausência de prova sobre os elementos que justificariam a posse presumida ilegítima pelo legislador. (BADARÓ, 2013, p. 19)

Como já exposto, nos chamados “crimes de suspeita” há uma clara e inegável inversão do ônus da prova, exatamente quanto ao elemento do crime, relativo à posse injustificada de coisas, dinheiro ou valores. Isso porque, será o acusado que terá o ônus de provar a origem lícita de tais bens ou valores, demonstrando uma causa justa que lhe permita estar na posse de tais coisas. Isso porque a figura penal normalmente traz um elemento negativo da “ausência de justificativa lícita” ou a “não comprovação da destinação legítima”, ou outra expressão equivalente. (BADARÓ, 2013, p. 22)

Em sentido contrário, argumenta-se que não é imposto ônus algum ao acusado de provar sua inocência, de modo que ele pode manter-se em silêncio sem que esse comportamento implique uma presunção legal de culpabilidade.

Cabe ao servidor apontar todos os seus rendimentos, amealhados em razão da função pública ou não, de modo que seria impossível a acusação saber exercer esse agente público atividade secreta remunerável ou aferir outro rendimento lícito não declarado.

Por exemplo, nos processos por sonegação fiscal, a acusação comprova a movimentação bancária incompatível com a renda declarada, por meio de todos os elementos do crime, documentalmente. Se o réu nada trouxer para desconstruir o acervo probatório, ou ao menos incutir dúvida, certamente será condenado por sonegação fiscal, e isso não implica qualquer inversão do ônus probatório. Já se o réu justificar que é contador, e que não possui a disponibilidade jurídica desses numerários que entram em sua conta, pois se trata de dinheiro repassado pelos seus clientes para pagar impostos deles, e que não os declarou por não constituir renda própria, certamente será absolvido. (CESCA, 2018, p. 116-118).

Em que pese os posicionamentos contrários, prevalece em nosso ordenamento a jurisprudência de que não há violação ao princípio da presunção

de inocência, da autoincriminação e do direito ao silêncio na responsabilização civil e administrativa pelo ato de improbidade administrativa, respeitadas as garantias mínimas da ampla defesa e do contraditório nos processos apuratórios, assim como a independências das instâncias. A Lei de improbidade administrativa segue constitucional e produzindo efeitos, em especial contra os atos de enriquecimento ilícito disposto do artigo 9º inciso VII (BRASIL, 1992)

2.3.3. Apuração

Conforme já discutido, a lei de improbidade não é classificada como uma lei qualificada, ou seja, não inclui um elemento adicional que exige que o Estado estabeleça uma “suspeita ou crença razoável” de que a riqueza em questão teria sido derivada de crime ou que algum tipo de criminalidade tenha ocorrido. Por vezes, a suspeita poderá dar início a investigação, porém não será requisito da imputação. Do mesmo modo, nada impede que a responsabilização por outro ilícito seja apurada ou comunicada aos Órgãos responsáveis se, durante a apuração, ficar constatado a participação do agente em alguma outra infração.

Na esfera federal, o Decreto 10.512 (BRASIL, 2020) dispõe sobre a apresentação e a análise das declarações de bens e de situações que possam gerar conflito de interesses por agentes públicos civis da administração pública federal. As declarações são apresentadas por meio de sistema eletrônico ou por meio de autorização de acesso às declarações anuais de Imposto sobre a Renda de posse da Receita Federal do Brasil.

Cabe a Controladoria-Geral da União: fiscalizar a apresentação ou a autorização de acesso às declarações; a gestão ao banco de dados das declarações; e analisar a evolução patrimonial dos agentes públicos federais, o que poderá ensejar, caso haja fundado indício de evolução patrimonial incompatível com os rendimentos auferidos de modo legítimo e comprovado, a instauração de procedimento investigativo.

Tal procedimento investigativo denomina-se Sindicância Patrimonial, e consiste em procedimento sigiloso e não punitivo, destinado a investigar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agentes públicos federais, inclusive evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades por eles informados na sua declaração patrimonial, nos termos do Decreto 10.521 (BRASIL, 2021).

Caso tenham sido identificados indícios de autoria e de materialidade de enriquecimento ilícito por parte do agente público, será recomendado a instauração de processo administrativo disciplinar,

onde então será apurado a responsabilidade, respeitados o contraditório e a ampla defesa, e, se for o caso, aplicada a penalidade de demissão.

A apuração pode iniciar-se pelo recebimento de representação, pois qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade, nos termos do artigo 14 da Lei 8.429 (BRASIL, 1992).

Já no âmbito civil, a apuração será conduzida pelo Ministério Público. Caso seja identificado indícios de enriquecimento ilícito pelo agente público, será instaurado inquérito civil ou procedimento administrativo para apuração dos fatos.

Após a conclusão da apuração, poderá ocorrer o ajuizamento da ação judicial, que deverá ser proposta em 30 dias, ou promovido o arquivamento do inquérito civil, nos termos do artigo 23 da Lei 8.429 (BRASIL, 1992)

Feitas essas breves considerações sobre os procedimentos e processos formais nas instâncias administrativas e civil, aspectos práticos da apuração de enriquecimento ilícito de agente público, por meio da utilização de indicadores, constam do Apêndice B deste artigo.

2.4. RESPONSABILIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO EM OUTROS PAÍSES

Uma das primeiras tentativas de aprovar um projeto de lei sobre o conceito de enriquecimento ilícito foi feita pela Argentina, em 1930. Em que pese esta tentativa ter fracassado, nas décadas seguintes surgiram lentamente novas legislações sobre enriquecimento ilícito ao redor do mundo. (DORNBIERER, A., 2021, p. 21).

Atualmente, existem 98 leis de enriquecimento ilícito em vigor em todo o mundo. Deste total, 78 classificadas como leis de enriquecimento ilícito criminal qualificado, 18 ilícito civil ou civil qualificado e 2 classificadas como leis administrativas. (DORNBIERER, A., 2021, p. 44). Vide ilustrações B e C, no Anexo A.

Desta forma, abordaremos na sequência alguns países que adotam diferentes classificações de leis de enriquecimento ilícito.

2.4.1. Argentina

Uma das primeiras tentativas de aprovar um projeto de Lei sobre o conceito de enriquecimento ilícito foi do Deputado Argentino Rodolfo Corominas Segura, na década de 1930. Embora a tentativa tenha fracassado, em 1964 a Argentina promulgou Lei própria, na qual foi introduzido o conceito de enriquecimento ilícito. (DORNBIERER, A., 2021, p. 21).

A ratificação pela Argentina, em 1996, da Convenção Interamericana contra a corrupção - IACAC (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1996) intensificou a preocupação do país com a evolução patrimonial dos agentes da Administração Pública Nacional.

Em 1999, a fim de cumprir com suas obrigações no âmbito da IACAC, o Congresso Argentino aprovou a Lei de Ética Pública progressiva n 25.188. O objetivo desta Lei era a detecção e repressão do enriquecimento ilícito e a prevenção do Conflito de Interesses. Desta forma, os agentes públicos passaram a ter a obrigação de entregar anualmente suas declarações patrimoniais, e ao assumir e deixar o cargo. Estas declarações entregues pelos servidores passaram também a ser disponibilizadas ao público. (WORLD BANK, 2013, p. 9)

Embora a Lei de Ética Pública abrangesse inicialmente os três ramos de governo, a implementação de um sistema de Divulgação de Rendimentos e Bens na Argentina ficou restrito ao ramo do Executivo. Este sistema é gerido pelo Gabinete Anticorrupção do Ministério da Justiça e dos Direitos Humanos, cuja principal função é cumprir as disposições da IACAC. (WORLD BANK, 2013, p. 7)

O Ministério da Justiça e Direitos Humanos conta com um Departamento de Investigação que trata das alegações de Corrupção na Administração Pública. No caso de existirem provas de irregularidades, o Departamento poderá apresentar acusações e solicitar uma ação judicial. (WORLD BANK, 2013, p. 10)

Ressalta-se ainda que a Lei de Ética Pública alterou o Código Penal, criminalizando a não submissão de uma declaração ou a omissão ou falsificação de informação fornecida numa declaração. O Código Penal prevê ainda uma pena de prisão de 15 dias a 2 anos por não apresentação maliciosa de uma declaração ou omissão ou falsificação maliciosa de informação na mesma. (WORLD BANK, 2013, p. 10)

A Argentina adota a classificação de Lei Criminal de Enriquecimento Ilícito. Este ilícito criminal está delineado no artigo 268 da Código Penal Argentino:

Artigo 268 (2) - Enriquecimento ilícito de funcionários e empregados

Aquele que, devidamente solicitado, não justifique a origem de apreciável enriquecimento de patrimônio próprio ou de terceiro que pretenda ocultá-lo, que ocorra após a posse de cargo ou emprego público e até 2 (dois) anos após ter cessado o exercício das suas funções, é punido com pena de prisão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, multa

de 2 (duas) a 5 (cinco) vezes o valor do enriquecimento, e inabilitação absoluta para a vida.

Em que pese terem sido observados avanços na identificação do enriquecimento ilícito com a adoção da Lei de Ética Pública e a criação do Gabinete Anticorrupção, estes impactos não parecem estar relacionados com o aumento proporcional na aplicação de sanções por violação dos requisitos do sistema argentino de divulgação de rendimentos e bens.

O que ocorre na Argentina é que as sanções a serem aplicadas são de caráter penal, o que gera uma dependência do sistema de justiça para o tratamento dos casos. Investigadores e procuradores argentinos acreditam que se o sistema tivesse previsto uma série de sanções administrativas, elas teriam fomentado uma maior credibilidade do sistema, pois seriam mais suscetíveis de serem aplicadas. Ademais, ainda seria possível perseguir sanções penais por suspeitas de atos de corrupção subjacentes. (WORLD BANK, 2013, p. 24)

Por fim, ressalta-se que, na Argentina, entende-se que legislação de enriquecimento ilícito não inverte o ônus da prova, nem viola o princípio da presunção de inocência. Nos casos de enriquecimento ilícito, o réu terá a oportunidade de comprovar a legalidade de seu enriquecimento, e caso faça uso do seu direito de ficar em silêncio, cabe aos órgãos judiciais o ônus da prova. O réu também será considerado inocente até que o Ministério Público prove sua culpa. (DORNBIERER, A., 2021, p. 136 e 137).

2.4.2. Estados Unidos

Os Estados Unidos têm um sistema de divulgação de rendimentos e bens, cujo principal objetivo é detectar e prevenir casos de conflito de interesses. O sistema não foi concebido para combater o enriquecimento ilícito. (WORLD BANK, 2013, p. 203).

Este sistema, inclusive, não exige a declaração de valores específicos dos bens e rendimentos de investimento. Em vez disso, o formulário de apresentação contém intervalo de valores, sendo o intervalo mais elevado para os artigos cujo valor exceda US\$ 50 milhões. Não são exigidos valores específicos, pois o enfoque é na detecção de conflito de interesses e não na acumulação ilegal de riquezas. (WORLD BANK, 2013, p. 220)

Embora o enfoque não seja no enriquecimento ilícito, o sistema busca mostrar transparência e independência dos funcionários públicos nas tomadas de decisão, assim como aumentar a confiança do público na integridade do governo. Os servidores

que não apresentarem as informações exigidas ou apresente informações falsas em um relatório de divulgação financeira, podem sofrer sanções penais, civis e administrativas. (WORLD BANK, 2013, p. 205).

Em relação a aplicação da Convenção Interamericana contra a corrupção (IACAC), os EUA reservaram-se ao direito de não implementar o Artigo IX sobre a criminalização do enriquecimento ilícito, uma vez que tal lei violaria a presunção de inocência garantida por sua constituição. Os Estados Unidos reconhecem a importância do combate ao enriquecimento ilícito de funcionários públicos e possuem estatutos criminais para impedir tal conduta. Estes estatutos obrigam os funcionários de alto nível do governo federal a apresentar declarações de divulgação financeira verdadeiras, sujeitas a penalidades criminais. No entanto, a aplicação do Artigo IX da convenção traz a ônus da prova para o Réu, o que é incompatível com a Constituição e os princípios fundamentais do sistema jurídico do país. (DORNBIERER, A., 2021, p. 137).

2.4.3. Peru

A proibição do enriquecimento ilícito foi introduzida no art. 62 da Constituição de 1979. No entanto, uma disposição criminal só foi introduzida no código penal pelo Decreto Legislativo nº 121, de 12/06/1981 (DORNBIERER, A., 2021, p. 163).

De acordo com decreto citado, entende-se que há enriquecimento ilícito quando o aumento do patrimônio do funcionário público é notadamente superior ao que normalmente teria em virtude dos salários e emolumentos recebidos.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, onde não há ainda a criminalização do enriquecimento ilícito, no Peru, o funcionário público que enriquecer ilicitamente, em razão de seu cargo ou função, será punido com pena de prisão não inferior a 4 anos e não superior a dez anos. (DORNBIERER, A., 2021, p. 163).

No Peru, a criminalização do enriquecimento ilícito é uma ferramenta de política criminal, uma vez que visa reprimir atos de corrupção que são difíceis de processar, tais como peculato, suborno e conluio. (DORNBIERER, A., 2021, p. 164).

Ademais, o promotor não precisa provar que existe uma conduta relacionada, apenas a conduta ilícita de enriquecimento.

Assim como na Argentina, não se considera que há uma inversão integral do ônus da prova nos casos de enriquecimento ilícito. O Procurador deve provar o desequilíbrio entre os rendimentos declarados e os bens reconhecíveis. (DORNBIERER, A., 2021, p. 164).

Em 28 de janeiro de 2014, foi aprovada e publicada a Lei n 30.161, que regulamenta a apresentação das declarações de ingressos, bens e rendas de funcionários e servidores públicos no Peru. O objetivo da referida Lei é implementar mecanismos eficazes de controle patrimonial dos agentes públicos como política de prevenção à corrupção. (NAÇÕES UNIDAS, 2018, p. 2)

2.4.4. Hong Kong (China)

Hong Kong, China, tem uma longa história de luta contra a corrupção que começou com um sistema anticorrupção abrangente, implementado na década de 1970. (WORLD BANK, 2013, p. 80).

Em 1971, entrou em vigor a lei de enriquecimento ilícito de Hong Kong (Portaria de Prevenção ao Suborno). (DORNBIERER, A., 2021, p. 30).

O sistema de divulgação de rendimentos e bens de Hong Kong, assim como o dos Estados Unidos, está centrado na identificação e prevenção do conflito de interesses. O sistema busca o reforço da conduta ética nos cargos públicos. (WORLD BANK, 2013, p. 80).

No entanto, a Portaria de Prevenção ao Suborno estabelece que:

10. Posse de propriedade inexplicada

(1) Qualquer pessoa que, sendo ou tendo sido o chefe do Executivo ou um oficial prescrito

(a) mantém um padrão de vida acima do que é compatível com seus emolumentos oficiais atuais ou passados; ou

(b) está no controle de recursos pecuniários ou bens desproporcionais aos seus emolumentos oficiais atuais ou passados, deve, a menos que dê uma explicação satisfatória ao tribunal sobre como conseguiu manter tal padrão de vida ou como esses recursos pecuniários ou propriedades ficaram sob seu controle, ser culpado de um delito

Embora o sistema de divulgação de rendimentos e bens de Hong Kong tenha sido criado para detectar e prevenir conflito de interesses, caso uma declaração de bens apresente um patrimônio incompatível, poderá ser usada para processar o indivíduo pelo crime de enriquecimento ilícito. (WORLD BANK, 2013, p. 88).

Uma vez identificada uma incompatibilidade patrimonial, o funcionário público poderá ser multado, preso e obrigado a pagar uma soma que não exceda o montante do patrimônio incompatível. (WORLD BANK, 2013, p. 87).

O tribunal de Hong Kong considerou que o ônus reverso da prova, em casos de enriquecimento ilícito, é aceitável, tendo em visto o interesse público mais amplo e a natureza indetectável dos crimes de corrupção. (DORNBIERER, A., 2021, p. 95).

2.4.5. Guatemala

Em 2002, foi introduzida na Guatemala a Lei da Probidade (n 89-2002), a fim de fortalecer o sistema existente de divulgação de renda e ativos. A lei de probidade foi inicialmente criada para detectar e prevenir casos de conflito de interesse e enriquecimento ilícito. Com a nova lei, foi criado o Departamento de Integridade, dentro da Controladoria Geral. No entanto, devido a capacidade limitada deste departamento para detectar conflito de interesses, a lei passou a ser usada como ferramenta para detecção de enriquecimento ilícito. (WORLD BANK, 2013, p. 59).

Em que pese ter sido publicada a lei de probidade, com o objetivo de fortalecer o sistema de divulgação de bens e renda, uma das dificuldades encontradas era a ausência de uma lei criminalizando o enriquecimento ilícito. Desta forma, a lei de probidade não previa a aplicações de sanções civis ou criminais, estabelecia apenas sanções administra-

tivas. Caso o sistema sugerisse um comportamento corrupto de um funcionário, as informações obtidas por meio do sistema poderiam ser utilizadas apenas como prova em uma investigação criminal em andamento. (WORLD BANK, 2013, p. 67).

Ademais, a aplicação de multas irreais e onerosas se tornavam inexecutáveis na prática. A maioria das multas eram contestadas e muitas eventualmente reduzidas em parte (raramente na totalidade). (WORLD BANK, 2009, p. 81)

Posteriormente, em 2012, houve a alteração do código penal (Decreto n 17-73), que foi modificado pela Lei Contra a Corrupção (Decreto n 31-2012). O crime de enriquecimento ilícito está previsto no Artigo 448, que, resumidamente, define que ocorre o enriquecimento ilícito quando qualquer funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas obtenha bens ou rendas que não podem ser justificados com os rendimentos declarados, no prazo de cinco anos após a cessação das funções públicas. (DORNBIERER, A., 2021, p. 48).

Ressalta-se ainda que o responsável por este delito será sancionado com pena de prisão de 5 a 10 anos, multa e inabilitação especial. (GUATEMALA, 2012)

TABELA 01: CARACTERÍSTICAS DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO EM ALGUMAS JURISDIÇÕES

PAÍS / CARACTERÍSTICA	SISTEMA DE DIVULGAÇÃO DE RENDIMENTO	OBJETIVO DO SISTEMA	NATUREZA JURÍDICA DA LEGISLAÇÃO	INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA
Brasil	sim	Enriquecimento ilícito e Conflito de Interesses	Administrativa / Civil	não
Argentina	sim	Enriquecimento ilícito e conflito de interesses	Criminal	não
Estados Unidos	sim	Conflito de interesses	Criminal	sim
Peru	sim	Enriquecimento ilícito	Criminal	não
Hong Kong	sim	Conflito de interesses	Criminal	sim
Guatemala	sim	Enriquecimento ilícito	Criminal / Administrativa	sim

Fonte: Elaborada pelos autores

5. CONCLUSÃO (CONSIDERAÇÕES FINAIS)

No decorrer deste artigo abordamos o histórico do enriquecimento ilícito no Brasil e no mundo, as características das legislações, os aspectos processuais controversos, como a inversão do ônus da prova, a presunção de inocência, e as garantias ao silêncio e a não autoincriminação.

Na sequência abordamos como se dá a imputação de enriquecimento ilícito no Brasil, as instâncias, a legislação e a apuração, além de breves comentários sobre as alterações na lei de improbidade administrativa, trazidas pela lei 14.230 (BRASIL, 2021). Por fim, foram apresentadas como ocorre a responsabilização por enriquecimento ilícito em alguns países.

Durante a pesquisa científica constatou-se, a partir da experiência internacional, a diversidade de legislações sobre o tema, de maneira que sua implementação, ou tentativas de implementação, por vezes estão intimamente ligadas ao nível de desenvolvimento do país e a necessidade de combate à corrupção, em especial, em países subdesenvolvidos.

Não obstante, alguns países desenvolvidos optaram, ou não conseguiram, legislar sobre tema, em especial sobre a criminalização do ilícito. Nestes casos, entraram em cena as controvérsias acerca da afronta a garantias constitucionais, como a presunção de inocência, sendo as leis derrubadas pelas Cortes Constitucionais.

No Brasil, a tentativa fracassada de criminalização do enriquecimento ilícito de certa forma frustrou parte da população, dado o grande apoio popular, à época, à iniciativa do MP chamada “10 medidas contra a corrupção”.

Apesar disso, a experiência internacional nos mostrou que é viável sua efetivação da criminalização, em que pese já atuemos no âmbito do direito administrativo sancionador.

O direito à presunção de inocência, a não autoincriminação e ao silêncio, decorrentes da interpretação da ocorrência de inversão do ônus da prova e presunções de ilicitude do enriquecimento desproporcional, não são direitos absolutos. Em regra, não se pode impedir que sistemas jurídicos implementem legislação que contenha presunções de fato ou de direito, desde que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade sejam respeitados, e as presunções garantam o direito de defesa. No mais, outros direitos transindividuais estão em jogo, como por exemplo, o interesse público, a transparência, a moralidade.

A experiência internacional também nos proporciona, na condição de agentes do Estado encarregados do combate a corrupção no Brasil, a condução de apurações mais justas, técnicas e consistentes, uma vez compreendidas os elementos e conceitos da infração de enriquecimento ilícito, nos limites da legalidade e em consonância com o interesse público.

Durante a pesquisa constatou-se a relação existente entre a infração de enriquecimento ilícito e o sistema divulgação dos rendimentos obtidos pelo funcionário público.

A transparência dos rendimentos contribui para detecção e combate ao crime de enriquecimento. Os decretos brasileiros, na esfera federal, que obrigam a apresentação e análise das declarações, assim como a iniciativas de divulgação em portais de transparência, não podem retroceder e devem continuar como parte do sistema de combate ao enriquecimento ilícito, conforme recomenda o direito internacional por meio de Convenções.

Por fim, a sedimentação dos conhecimentos esse tema de extrema relevância no combate à corrupção, em sintonia com a interpretação de vanguarda internacional, proporciona a segurança jurídica necessária para que possamos ter um sistema de prevenção, detecção e combate eficiente, de modo a minimizar os males decorrentes dos atos rasteiros e ocultos de corrupção.

REFERÊNCIAS

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**, 7. Edição rev. e atual. São Paulo, Thompson Reuters Brasil. 2020

MUZILA L. et al., **On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption**, The World Bank, Washington, 2012. Disponível em: <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/958781468339641204/pdf/On-the-take-criminalizing-illicit-enrichment-to-fight-corruption.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2022

DORNBIERER, A. **Illicit Enrichment: A Guide to Laws Targeting Unexplained Wealth**. Basel: Basel Institute on Governance. 2021. Disponível em: <illicitenrichment.baselgovernance.org>. Acesso em: 08 mar. 2022

ROSSI, Ivana M.; POP, Laura; TAMMAR, Berger, **Getting the full Picture on public officials. A how-to guide for effective financial disclosure**. STAR Stolen Asset Recovery Initiative. The world bank and UNODC. Washin-

gton, D.C, 2017. Disponível em: <<https://star.worldbank.org/sites/star/files/getting-the-full-picture-on-public-officials-how-to-guide.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2022

WORLD BANK; **Income and Asset Disclosure: Case Study Illustrations**. The World Bank, Washington, DC., 2013. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/13835>> Acesso em: 17 mar. 2022

WORLD BANK; **Stolen Asset Recovery. Income and Asset Declarations: Tools and Trade-offs**. 2009. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/2615>>. Acesso em 18 mar 2022

NAÇÕES UNIDAS; Office on Drugs and Crime. **Thematic Compilation of Prevention-related information**. Information provided by States parties: Peru Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/WG-Prevention/financial-disclosure-declaration-of-assets.html>. Acesso em 17 mar.2022

GUATEMALA. Decreto nº 31-2012. **Ley Contra La Corrupción**. Disponível em <https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_gtm_corrup.pdf>. Acesso em: 18 mar 2022.

CHAVES, Rodrigo Fernando Machado. **Indicadores patrimoniais de enriquecimento ilícito e o ônus da prova do ato de improbidade administrativa**: a investigação patrimonial de Procuradores Federais no controle interno da Procuradoria-Geral Federal. Dissertação (Mestrado em Direito). FGV, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28937/disserta%20a7%20em%2024%20de%20mar%20de%202020.pdf?sequence=3&isAllowed=y>> Acesso em: 8 mar. 2022

PINHAL, João Pedro Matos. **Enriquecimento Ilícito**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Autónoma de Lisboa - UAL, Lisboa, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/210/1/Tese%20de%20Mestrado%20-%20Crime%20de%20Enriquecimento%20Il%20c%20adicto.pdf>> Acesso em: 08 mar. 2022

GOMES, Denis Dela Vedova. **Enriquecimento Ilícito por Patrimônio Incompatível de Agentes Públicos no Direito Sancionador Anticorrupção**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/24059/1/Denis%20Dela%20Vedova%20Gomes.pdf>>.Acesso em 14 mar. 2022

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. **TRIBUNAVIRTUAL IBCCRIM**, Ano 01, Ed 01, p. 50 -75, jan./fev. 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/5750638/Badaró_O_crime_de_enriquecimento_ilícito_no_Projeto_de_Código_Penal_em_face_da_presunção_de_inocência>. Acesso em: 15 mar. 2022

CESCA, Brenno Gimenes. O enriquecimento injustificado à luz das garantias constitucionais da presunção da inocência e da não autoincriminação. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 45, n. 144, junho 2018. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_ser_vicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-AJURIS_n.144.03.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Convenção Inter-americana contra a Corrupção**, 1996. Disponível em: <https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.pdf> Acesso em: 15 mar. 2022

UNIÃO AFRICANA. Conselho Consultivo sobre Corrupção. **Convenção da União Africana sobre a Prevenção e o Combate à Corrupção**, 2003. Disponível em: <https://au.int/sites/default/files/treaties/36382-treaty-0028_-_african_union_convention_on_preventing_and_combating_corruption_p.pdf> Acesso em: 15 mar. 2022

NAÇÕES UNIDAS, Escritório contra drogas e crime, **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**, 2003. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8112cons.htm>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993. **Estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18730.htm>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. **Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm>. Acesso em: 08 mar. 2022

BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. **Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso “c”.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 5.483 de 30 de junho de 2005. **Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo Federal, o art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, institui a sindicância patrimonial e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5483.htm>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 10.571 de 9 de dezembro de 2020. **Dispõe sobre a apresentação e a análise das declarações de bens e de situações que possam gerar conflito de interesses por agentes públicos civis da administração pública federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10571.htm>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4.850/2016. **Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em: 14 mar 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.855/2019. **Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em: 14 mar 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5.586/2019. **Acrescenta o art. 317-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal: Tipificando o crime de enriquecimento ilícito quando o funcionário público possuir bens ou valores, incompatíveis com sua renda, ou quando deles faça uso de tal modo que permita atribuir-lhe a propriedade.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=29277>>. Acesso em: 14 mar 2022

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência em TESES nº 147.** 2020. Brasília, DF: Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20147%20-%20Processo%20Administrativo%20Disciplinar%20-%20VI.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **10 medidas contra corrupção.** 2016, Disponível em: <<https://dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em 15 mar. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **10 medidas contra corrupção.** Medida 2: Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos e proteção à fonte de informação. 2016, Disponível em: <[!\[\]\(e3275251d0893157c3584e20c81dc3ba_img.jpg\)
CADERNOS
TÉCNICOS
DA CGU](https://dezme-</p></div><div data-bbox=)

www.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_2_versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em 15 mar. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. **NOTA TÉCNICA Nº 01/2021 – 5ª CCR**: Aplicação da Lei nº 8.429/1992, com as alterações da Lei nº 14.230/2021. 2021, Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-1-2021-aplicacao-lei-14230-2021-pgr-00390794-2021.pdf>>. Acesso em 16 mar. 2022.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Enunciado CGU nº 8**: Art. 132, IV, Lei nº 8.112/90 c/c art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92. ÔNUS DA ADMINISTRAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DA DESPROPORCIONALIDADE. 2014. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44226/1/Enunciado_8_2014.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

ANEXO A - ILUSTRAÇÕES ACERCA DO ENRIQUECIMENTO NO MUNDO

A – Quadro comparativo de leis de enriquecimento ilícito civil e criminal

Criminal illicit enrichment laws	Civil illicit enrichment laws
SIMILARITIES	
Person can be targeted if they enjoy wealth that is not justified through reference to their lawful income	Person can be targeted if they enjoy wealth that is not justified through reference to their lawful income
No need to prove underlying or separate criminal activity took place	No need to prove underlying or separate criminal activity took place
DIFFERENCES	
Determined by criminal prosecution, conducted in accordance with criminal procedure rules	Determined by application hearing, conducted in accordance with civil procedure rules
Criminal standard of proof is applicable (e.g. beyond reasonable doubt)	Civil standard of proof is applicable (e.g. the balance of probabilities)
May result in criminal punishment (imprisonment/fine/confiscation)	May only result in a civil compensatory-type order (requiring person to forfeit/repay the amount of illicit enrichment)

(DORNBIERER, A., 2021, p. 35)

B – Mapa mundo e a classificação das leis de enriquecimento ilícito



Fonte: (DORNBIERER, A., 2021, p. 35).

C – Classificação das Leis de Enriquecimento ilícito em diversos países

Criminal I.E. Laws			
Afghanistan	Congo (Republic of the)	Jordan	Pakistan
Algeria	Côte D'Ivoire	Kuwait	Palestine
Antigua and Barbuda	Cuba	Kyrgyz Republic	Panama
Argentina	Djibouti	Lebanon	Paraguay
Armenia	Dominican Republic	Libya	Peru
Benin	Ecuador	Lithuania	Rwanda
Bhutan	Egypt	Madagascar	Saint Lucia
Bolivia	El Salvador	Malawi	São Tomé and Príncipe
Botswana	Eswatini	Mali	Sénégal
Brunei Darussalam	Ethiopia	Marshall Islands	Seychelles
Burkina Faso	Fiji	Mauritania	Sierra Leone
Cambodia	Guatemala	Mexico	Sudan
Chile	Guinea	Moldova	Tanzania
China	Guyana	Mongolia	Togo
China - Hong Kong	Haiti	Mozambique	Tunisia
China - Macau	Honduras	Nepal	Turkey
Colombia	India	Nicaragua	Uganda
Congo (DRC)	Jamaica	Niger	Venezuela
Qualified Criminal I.E. Laws		Administrative I.E. Laws	
Bangladesh	Malaysia	Angola	Brazil
China - Taiwan	Singapore		
Lesotho	Zambia		
Qualified Civil I.E. Laws		Civil I.E. Laws	
AUS - Australian Capital Territory		AUS - Federal Jurisdiction	Fiji
AUS - New South Wales		AUS - Northern Territory	Mauritius
AUS - Queensland	Kenya	AUS - South Australia	Philippines
AUS - Victoria	Peru	AUS - Tasmania	Tanzania - Zanzibar
Bahamas	Trinidad and Tobago	AUS - Western Australia	Thailand

Fonte: (DORNBIERER, A., 2021, p. 45).

A Lei 14.230 (BRASIL,2021) realizou mudança estruturante na Lei 8.429 (BRASIL,1992), promovendo 192 alterações em 22 dos 23 artigos, dentre elas: exclusividade do Ministério Público para propor ação judicial, prescrição intercorrente, sanções e dosimetria, extinção da modalidade culposa no tipo lesão ao erário, rol taxativo e redução das penas no tipo de violação a princípios, prazos para investigação, ordem de indisponibilidade de bens, rito da ação de improbidade e do acordo de não persecução cível, etc.

Neste artigo, serão tecidos rasos comentários sobre as alterações dispostas no caput e nos incisos do artigo 9º, que tratam da tipificação da conduta de enriquecimento ilícito.

Uma primeira alteração deu-se no caput do artigo 9º, em que foi adicionado o termo “mediante a prática de ato doloso”. Conforme se verifica no parágrafo 1º do artigo 1º da Lei, o legislador procurou reforçar que atos de improbidade devem ser dolosos: “Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos artigos 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais”.

A conduta de enriquecimento ilícito, uma vez provada a desproporcionalidade entre bens e renda, já era considerada pela doutrina como volitiva e consciente, dado que, a princípio, não parece crível que alguém enriqueça de forma não intencional, a não ser que prove, por exemplo, que o aumento se deu em decorrência de algo inesperado, como um lançamento bancário equivocado de terceiro e não percebido pelo agente.

Outras duas alterações similares deram-se nos incisos IV e V. No primeiro, ocorreu a substituição do termo veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza por qualquer bem móvel. No segundo, substituiu-se medição ou avaliação por qualquer dado técnico. Ambas parecem ter o claro objetivo de alargar o escopo da conduta destes dois tipos, de forma ampliar o escopo de subsunção do fato à norma.

Porém, a alteração que merece maior atenção está exatamente nos 3 trechos inseridos no corpo do inciso VII. Dois deles tratam da inserção dos trechos em razão do cargo e decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo. O legislador parece querer promover o nexo de causalidade entre um ato praticado pelo agente quando do exercício do cargo e o enriquecimento ilícito, e que o enriquecimento tenha se dado em decorrência deste ato.

Em análise, exigir a comprovação da ligação do enriquecimento ilícito com o ato e o exercício da função pública tornaria ineficaz a própria previsão do inciso VII, esvaziando seu conteúdo. Isso por que a conduta deixaria de ser nele tipificada para configurar ilícito previsto em outros incisos do artigo 9º da Lei 8.429 (BRASIL,1992), ou ainda, poderia ser absorvido por algum tipo penal, como corrupção ou outro crime contra a administração pública, tornando o enriquecimento mero exaurimento da conduta.

Interessante ainda trazer o entendimento da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Combate à Corrupção do Ministério Público Federal, exarado por meio da NT nº 01/2021 5ª CCR, que trata da aplicação da Lei nº 8.429 (BRASIL,1992), com as alterações da Lei nº 14.230 (BRASIL,2021), acerca do tema:

29. A nova descrição típica do enriquecimento ilícito por aquisição de patrimônio incompatível, **no que se refere à demonstração da origem do patrimônio com atuação funcional específica**, ora inferida no artigo 9º, inciso VII, **torna o dispositivo incompatível com o sistema de tipificação de ilícitos no próprio artigo 9º, retirando qualquer funcionalidade do inciso, vez que ensejaria a subsunção em um dos demais tipos existentes na modalidade** (caput e incisos)

30. A nova descrição típica do enriquecimento ilícito por aquisição de patrimônio incompatível, **no que se refere à demonstração da origem do patrimônio com atuação funcional específica**, ora inferida no artigo 9º, inciso VII, **torna o dispositivo incompatível com tipologia de enriquecimento ilícito, prevista nas Convenções Internacionais da OEA (Artigo IX) e da ONU (Artigo 20) contra a corrupção, ofendendo o princípio da proporcionalidade, por desgarnecer a proteção do bem jurídico**, à luz do artigo 37, § 4º da CF.

33. Considerando o princípio da vedação à aplicação da norma mais desfavorável (lex gravior), **não se aplica o artigo 9º, na redação dada pela Lei nº 14.230/2021, a atos de improbidade ocorridos antes da vigência da lei reformadora, visto que as condutas típicas estão atreladas a sanções mais severas, nos termos do novo artigo 12**, inciso I, da LIA. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2021, 7-8)

Por último, no mesmo inciso VII, deu-se a inserção do trecho assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução. O legislador deixou claro a garantia de que da presunção relativa de enriquecimento ilícito provado pela acusação por meio da demonstração da desproporção entre bem e renda cabe prova contrária pelo acu-

sado, através da comprovação da licitude da evolução patrimonial. Tal garantia já era considerada na jurisprudência pátria, dada a presunção ser relativa.

Dada a recente publicação da Lei, acredita-se que interpretações aprimoradas serão exaradas nos próximos julgados e na doutrina, fortalecendo a segurança jurídica sobre o tema.

APÊNDICE B ASPECTOS PRÁTICOS SOBRE A APURAÇÃO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NO BRASIL

Registra-se inicialmente que a apuração da conduta de enriquecimento ilícito se dará efetivamente por meio de avaliação da evolução patrimonial do agente público, em período específico, nos termos do artigo 9º da Lei 8.429 (BRASIL, 1992). Em que pese o rol exemplificativo constante dos incisos do supracitado artigo, é por meio do disposto no inciso VII que se dá a maioria das responsabilizações por enriquecimento ilícito:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito **auferir**, mediante a prática de ato doloso, **qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida** em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

VII - **adquirir, para si ou para outrem**, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, **bens de qualquer natureza**, decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo, **cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público**, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) (grifo nosso)

Em outras palavras, extrai-se que deve ser verificado pelos Órgãos apuradores no decorrer dos procedimentos apuratório se os bens de qualquer natureza adquiridos pelo agente em um determinado período (geralmente o período em que exerceu cargo público) mostrou-se desproporcional à sua renda declarada e conhecida ou desproporcional a sua evolução patrimonial (valorização dos bens, aquisições e alienações etc.) neste período.

A fim de formar a convicção, de maneira simplificada, os investigadores deverão fazer um levantamento dos bens de propriedade do acusado e de suas rendas conhecidas e declaradas, e compará-las. Para isso, poderão ser utilizados dados públicos, como de cartórios por exemplo, assim como infor-

mações protegidas por sigilo fiscal ou bancários, após as devidas autorizações administrativas e judiciais necessárias, na forma da lei.

Em regra, há necessidade de elaboração de fluxo de caixa do servidor, contendo a evolução patrimonial, os bens e direitos, as dívidas e ônus e a movimentação financeira, tarefa a ser conduzida tecnicamente. Neste fluxo, além de simples comparação de valores de entrada e saída, deve-se considerar algumas nuances, como por exemplo: a evolução do patrimonial, valores de aquisição e alienação dos bens, origem de créditos em contas bancárias, bens de propriedade não declarados na IR, atividade laboral e renda de eventual cônjuge, empréstimos, recebimento de herança, partilha de bens decorrente de divórcio, transferência de patrimônio, recebimento de doações etc., a fim de que conclusões precipitadas não ocasionem decisões equivocadas.

Para a análise técnica após a elaboração do fluxo de caixa, é comum os apuradores fazerem uso de indicadores que ajudam na conclusão da imputação. São eles: Variação Patrimonial a Descoberto (VPD), Quociente de Movimentação Financeira (QMF), Movimentação Financeira Incompatível (MFI) e Sinais Exteriores de Riqueza (SER). (CHAVES, 2020, p.86)

A Variação Patrimonial a Descoberto (VPD) ocorre quando o valor anual disponível para outros gastos for negativo, o que significa dizer que a renda líquida auferida pelo agente com origem justificada não foi suficiente para cobrir suas despesas e seus acréscimos patrimoniais em determinado ano, sendo, portanto, insuficiente para fazer face a outros gastos não abarcados pelo demonstrativo, representando indicativo de enriquecimento ilícito.

O Quociente de Movimentação Financeira (QMF) é utilizado para verificar a proporcionalidade, por meio do quociente, entre a movimentação credora em contas e a renda líquida auferida do agente.

A Movimentação Financeira Incompatível (MFI), em que pese definições divergentes, será considerada neste artigo como uma movimentação

financeira a crédito, individualizada, em conta do investigado, que se mostre expressiva e desproporcional aos seus rendimentos ou a sua evolução patrimonial.

Por fim, o Sinais Exteriores de Riqueza (SER) é um indicador patrimonial fático, focado no comportamento do agente, apontando o usufruto de um patrimônio inexplicável e de impossível realização diante das rendas declaradas do agente (CHAVES, 2020, p.89).

Durante a apuração, sendo constatada a alteração significativa dos dois primeiros indicadores, Variação Patrimonial a Descoberto (VPD) e Quociente de Movimentação Financeira (QMF), tem-se demonstrado que os bens que estão à disposição do investigado não decorrem de seus proventos declarados e conhecidos, estando demonstrado pela acusação a desproporcionalidade disciplinada no artigo 9º inciso VII que tipifica o enriquecimento ilícito, por meio indireto de prova, assegurado a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução desproporcional.

No caso dos indicadores Movimentação Financeira Incompatível (MFI) e Sinais Exteriores de Riqueza (SER), por tratarem de valores individualizados, pode ser que não sejam suficientemente expressivos para alterar os indicadores VPD ou QMF. Nesse caso, o Estado permanece com ônus de comprovar a origem ilícita do recebimento, devendo adentrar na origem do indicador para provar a ilicitude da conduta. Chaves (2020, p. 95) ensina:

Apresentando-se o ônus probatório ao autor, a quem caberia fazer prova do alegado, **pela metodologia indireta de indi-**

cadores patrimoniais de enriquecimento ilícito, tem-se como realizada a prova, demonstrando que as rendas encontradas não decorrem das rendas declaradas pelo agente público, restando ao investigado apresentar provas da regularidade de seus rendimentos.

A inversão do ônus recai apenas sobre a licitude ou ilicitude da origem dos rendimentos, que podem ser demonstrados pelo investigado.

Por outro lado, **nos casos em que os indicadores referentes a valores patrimoniais disponíveis (VPD) e quociente de movimentação financeira (QMF) apresentem valores regulares às rendas declaradas do acusado, eventuais indicadores movimentações financeiras incompatíveis (MFI) e sinais exteriores de riqueza (SER) identificados, necessitarão de provas diretas do ato que ensejou o enriquecimento** (grifo nosso) (CHAVES, 2020, p.95).

A seguir, expõe-se duas figuras elaboradas por Chaves (2020, p.97-98) que demonstram o comportamento do ônus da prova do enriquecimento ilícito como um pêndulo entre investigado e administração de acordo com o indicador adotado. Em vermelho representa índice irregular, e em verde, regular.

Na hipótese da primeira figura, independentemente do comportamento dos indicadores MFI e SER, presentes ou não no acervo probatório, o ônus da prova será do acusado, já que agora que os indicadores localizados demonstram que os bens encontrados não decorrem das rendas declaradas pelo agente. Veja:

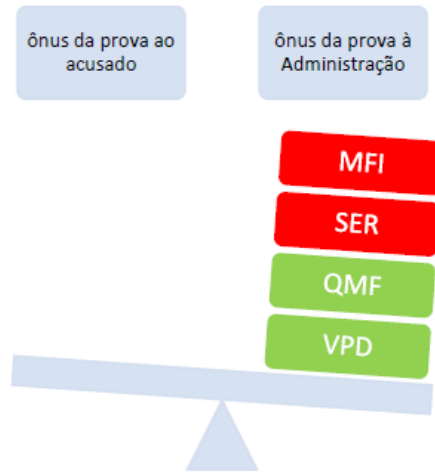
FIGURA 4 ÔNUS DA PROVA VERSUS INDICADORES PATRIMONIAIS



Fonte: (CHAVES, 2020, p. 97)

Já na segunda hipótese, o ônus de provar o ato de improbidade administrativa permanece com o Estado, já que, a movimentação financeira (MFI) ou o bem localizado (SER) não tiveram expressão econômica suficiente para alterar os índices DMF e VPD que justifiquem a afirmação de desproporcionalidade da renda. Veja:

FIGURA 5 ÔNUS DA PROVA VERSUS INDICADORES PATRIMONIAIS



Fonte: (CHAVES, 2020, p. 98)

Importante ressaltar que a análise quanto à desproporcionalidade representada pelos indicadores deve ser pautada pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, aderentes ao caso concreto. Deve haver ponderação quanto a análise da variação, sendo que não será qualquer alteração que poderá ser considerada indicador de enriquecimento ilícito.

A identificação de alterações (positivas ou negativas) detectadas devem ser tidas como significativas, que realmente expressem a impossibilidade de um patrimônio ter se multiplicado de forma exponencial ou os gastos serem muito superiores a renda declarada. Caso contrário, o indicador enseja a dúvida razoável da possibilidade de algum desdobramento econômico não previsto eventualmente justificar a renda encontrada (CHAVES, 2020, p. 87).

Por fim, embora a apuração por meio de elaboração de índices seja amplamente utilizada, não representa o único meio de provar a conduta de enriquecimento ilícito de um agente. As provas e sua valoração serão realizadas pelas respectivas autoridades investigativas e julgadoras, sejam administrativas ou judiciais.

Principais inovações acarretadas à Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, e seus impactos na sindicância patrimonial de servidores públicos como instrumento administrativo de combate à corrupção estatal

Andréa Franco França¹ e Caetano Carqueja de Lara²

Resumo: O presente trabalho visa a demonstrar a base normativa e a aplicabilidade da sindicância patrimonial como ferramenta de combate à corrupção. Diante do cenário de dificuldade probatória de os órgãos de controle evidenciarem atos específicos de corrupção praticados com dolo por servidores e empregados públicos, pretende-se analisar se as alterações materiais acarretadas à Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, Lei de Improbidade Administrativa - LIA, pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, impactarão a utilização da sindicância patrimonial, que se propõe a demonstrar ilicitudes por meio da colocação dos frutos delitivos na propriedade ou à disposição dos agentes corrompidos. Ainda, serão estudados os métodos de análise patrimonial que prescindem da reserva jurisdicional de compartilhamento de sigilos legais, possibilitando uma análise simples e célere da evolução patrimonial dos sindicados. Por fim, será analisada a autonomia da sindicância patrimonial em relação às irregularidades que a precedem, assim como a autonomia da Administração Pública para investigar, julgar e apenar seus agentes com base em sua autotutela.

Palavras-Chave: Sindicância Patrimonial; Improbidade Administrativa; Alterações materiais da Lei de Improbidade Administrativa, Direito Administrativo Sancionador; Enriquecimento Ilícito.

Abstract: The present work aims to demonstrate the normative basis and the applicability of the patrimonial investigation as a tool to fight against corruption in the Executive Branch. Given the scenario of evidentiary difficulty for the control bodies to evidence specific acts of corruption practiced intentionally by public servants and employees, it is intended to analyze whether the material changes entailed to Law nº 8.666, of June 21, 1993, Law of Administrative Improbability - LIA, by Law nº 14.230, of October 25, 2021, will impact the use of the patrimonial investigation, which proposes to demonstrate illegalities of placing illicit gains on the patrimony or at the disposal of corrupt agents. Also, methods of patrimonial analysis that exempt the jurisdictional reserve of sharing legal secrecy will be studied, allowing a simple and fast analysis of the patrimonial evolution of the investigated public servants. Finally, the autonomy of the patrimonial investigation in relation to the precedent irregularities will be analyzed, as well as the autonomy of the Public Administration to investigate, judge and punish its agents based on its self-protection.

Key words: Patrimonial Investigation; Administrative Improbability; Material Amendments to the Administrative Improbability Law, Sanctioning Administrative Law; Illicit Enrichment.

1. Auditora Federal de Finanças e Controle em exercício na Controladoria Regional da União no Estado de São Paulo; andrea.franca@cgu.gov.br

2. Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União. Atualmente em exercício como Corregedor do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI; caetano.lara@inpi.gov.br

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a propor uma reflexão sobre as alterações materiais acarretadas à Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, e seus reflexos na apuração patrimonial capitulada no inciso VII do seu art. 9º.

Trata-se, pois, do Direito Administrativo Sancionador como forma de a Administração Pública se utilizar de sua autotutela para identificar e reprimir atos de corrupção de seus servidores e empregados públicos. Serão focados, principalmente, normativos e instrumentos administrativos que possibilitam uma célere atuação dos gestores públicos para identificar agentes que disponham de patrimônio incompatível com sua renda e instaurar processo sancionador, cujo objetivo é a demissão desses agentes, sem prejuízo de futuras responsabilizações nas esferas civil e penal.

Para Daniel Neves (2019, p.3) a expressão “corrupção” pode ser definida como um fenômeno pelo qual um agente público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema (ético-moral), favorecendo interesses particulares em troca de recompensas. Ainda segundo Daniel Neves (2019, p.5), o combate à corrupção depende de uma série de transformações culturais e institucionais, sendo preciso utilizar e reforçar os instrumentos de controle à disposição da máquina administrativa, incrementando a transparência, a prestação de contas e o controle social.

Dessa forma, é justamente na etapa de colocação dessas recompensas à disposição do agente corrompido e seus familiares, na forma de indícios de enriquecimento ilícito, que a sindicância patrimonial identifica distorções que, por presunção, são fruto de atos desleais desse servidor para com a instituição pública.

Assim, o artigo buscará reunir a legislação que, além das alterações da LIA, institui os instrumentos que a Administração Pública dispõe para avaliar a evolução do patrimônio pessoal de seus servidores, quais os limites administrativos legais de acesso do Estado a informações fiscais e bancárias pessoais, e como é possível a utilização do Direito Administrativo Sancionador para identificar e punir essa prática com base em atos de improbidade administrativa.

Por fim, objetiva-se entender se o ato de incompatibilidade patrimonial dos servidores é uma infração administrativa autônoma, ou se é necessária a comprovação de atos de corrupção antecedentes,

quais sejam, de condutas ilícitas de natureza funcional que tenham dado causa ao enriquecimento ilícito.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. DO HISTÓRICO LEGISLATIVO

Eis que a preocupação com a probidade dos servidores públicos brasileiros vem de longa data. Já na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, art. 141, § 31, havia previsão para o controle do enriquecimento ilícito dos agentes públicos:

“§ 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. **A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.**” (grifo nosso)

Da mesma forma, a Lei nº 3.164, de 1º de julho de 1957, conhecida como Lei Pitombo-Godói-Ilha, previa que o servidor público era sujeito a sofrer seqüestro ou perda, em favor da Fazenda Pública, dos bens adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tivesse incorrido.

Mais à frente, a Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958, conhecida como Lei Bilac Pinto, regulamentou o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função pública nos moldes próximos aos ora estabelecidos pela Lei nº 8.429, de 1992.

Durante o período de regime militar, com base na decretação do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, o Ministro da Justiça instituiu a Comissão Geral de Investigações, a qual detinha incumbência de promover investigações sumárias para o confisco de bens de todos que tivessem enriquecido ilicitamente no exercício do cargo público, por meio da edição do Decreto-Lei nº 359, de 17 de dezembro de 1968.

Esse Decreto-Lei, além de reestabelecer conceitos de enriquecimento ilícito de servidores, foi o primeiro normativo a impor expressamente ao sindicado o ônus de provar a origem lícita da evolução de seu patrimônio, instaurando, pois, a presunção

de que a evolução patrimonial incompatível de servidores seria fruto de corrupção no exercício de suas funções:

“Art 7º O ônus da prova da legitimidade da aquisição caberá ao indiciado.”

Teixeira (2020, p. 1800) destaca que a presunção de enriquecimento ilícito é relativa, ou *juris tantum*, figurando apenas indiciariamente como mero critério de seleção provocador do aprofundamento das investigações, admitindo-se, pois, prova em sentido contrário pelo sindicado.

Após a redemocratização, já sob a égide da Constituição Federal de 1988 (CF), merece destaque o art. 37, § 4º da Carta Magna, o qual dispõe que “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”. Destarte, esse parágrafo constitucional foi regulamentado pela já citada Lei nº 8.429, de 1992, que é uma lei nacional.

Para Moraes³, o aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no § 4º do art. 37 da CF, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa.

Segundo o Ministro, toda a legislação anterior à Carta de 1946 previa somente o sequestro e a perda dos bens de autores de crimes que resultavam em prejuízo para a Fazenda Pública, desde que acarretassem locupletamento ilícito, e subsidiariamente, a reparação civil do dano e a incorporação ao patrimônio público de bens de aquisição ilegítima de pessoa que exercesse ou tivesse exercido função pública.

Ademais, destaca-se a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, conhecida como Código Tributário Nacional (CTN), recepcionado pela CF como Lei complementar. Seu art. 198, § 1º, permite a quebra administrativa do sigilo fiscal para proceder à instauração de procedimento administrativo de investigação da prática de ilicitude, do qual a sindicância patrimonial, rito de especial interesse nesse artigo, figura como espécie:

“Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação,

por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Exceção-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.”

Também, no âmbito administrativo, após a promulgação da CF, houve a edição da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, estabelecendo o estatuto dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. E acrescenta-se que, nada obstante, por paralelismo, todos os Estados membros promulgaram suas Constituições estaduais, e os Municípios, suas Leis Orgânicas, e, os regimes jurídicos de seus servidores, que em sua grande maioria preveem institutos similares aos da Lei nº 8.112, de 1990, para penalização de agentes ímprobos.

Isso posto, para os servidores federais, o regime jurídico instituído por meio da Lei nº 8.112, de 1990, estabelece em seu art. 132, inciso IV, que a demissão deve ser aplicada aos servidores em casos de ato de improbidade administrativa, sem, no entanto, descrever as condutas que a tipificam.

Igualmente, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), art. 482, alínea “a”, impõe como justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregado o ato de improbidade, sem maiores descrições das condutas que o tipificam. Desse modo, empregados públicos, da Administração direta e indireta, regidos pelas leis do trabalho podem, pois, ser objeto da sindicância patrimonial administrativa.

Nessa mesma linha, o art. 3º da Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, que disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, impõe a rescisão, por ato unilateral da Administração, de contratos de trabalhos por prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da CLT.

3. O entendimento foi deduzido na Decisão Monocrática do Ministro do STF Alexandre de Moraes em Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.042, Distrito Federal

Eis que a Lei nº 8.429, de 1992, ao regulamentar o citado § 4º do art. 37 da CF, descreve as condutas que tipificam os atos de improbidade administrativa, incluindo-se, em seu art. 9º, o enriquecimento ilícito em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade de servidores de quaisquer dos poderes da União, Estados e Municípios, e de suas administrações direta e indireta.

Na mesma toada de reforço dos instrumentos de controle, a partir da Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993, todos os servidores, empregados e ocupantes de funções públicas federais passaram cumprir a exigência de apresentar anualmente suas declarações de bens, com indicação de suas fontes de renda.

De posse disso, o Poder Executivo Federal, instituiu e regulamentou o instrumento sindicância patrimonial, já desde o Decreto nº 5.483, de 30 de junho de 2005, que foi recentemente atualizado e revogado pelo Decreto nº 10.751, de 9 de dezembro de 2020, mantendo aquele rito investigativo.

“Art. 11. A Controladoria-Geral da União analisará a evolução patrimonial dos agentes públicos federais de que trata este Decreto.

Art. 12. O agente público poderá ser notificado para prestar esclarecimentos ou informações complementares:

I - pela Controladoria-Geral da União, caso sejam detectadas inconsistências na declaração apresentada;

II - pela Comissão de Ética Pública, quando for necessário à análise de conflito de interesses.

Art. 13. A análise das declarações poderá ensejar, após o procedimento disposto no art. 11 e no inciso I do caput do art. 12, a instauração de sindicância patrimonial ou, conforme o caso, de processo administrativo disciplinar, caso haja fundado indício de evolução patrimonial incompatível com os rendimentos auferidos de modo legítimo e comprovado.

Art. 14. A sindicância patrimonial consiste em procedimento administrativo, sigiloso e não punitivo, destinado a investigar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agentes públicos federais, inclusive evolução patrimonial incompatível com os seus recursos e disponibilidades por eles informados na sua declaração patrimonial.” (grifos nossos).

2.2. DA APLICABILIDADE DE SANÇÃO POR MEIO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Para Oliveira (2018, p.48), o Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que tem por objeto as regras e os princípios aplicáveis à atividade administrativa preordenada à satisfação dos direitos fundamentais. Justifica o autor sua posição, colocando que o Direito Administrativo foi alargado e encontrou fundamento na concepção tradicional do interesse público. Atualmente, influenciado pelo fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico, parece adequado sustentar que o seu principal objetivo é a satisfação dos direitos fundamentais.

Segundo Serrano (2020, p.119), “o Direito Administrativo é o ramo do Direito Público destinado a estudar a aplicação da função administrativa. Considerado o espectro de atribuições que lhes são correlatas, exerce função administrativa aquele que faz as vezes da Administração Pública perante a sociedade”.

O autor também discorre sobre o princípio da legalidade ao qual está vinculado o Direito Administrativo, especialmente em seu aspecto material, sobretudo para aplicação do jus puniendi decorrente do poder disciplinar do Estado.

Isso posto, toda aplicação de sanção por parte do Estado deve estar prevista em lei em sentido estrito, não se admitindo que os institutos que tipificam infrações administrativas tenham previsões em instruções normativas, portarias, resoluções etc.

Osório (2020, p.89) sustenta a autonomia do Direito Administrativo Sancionador em relação às outras dimensões do Direito Administrativo e até mesmo do Direito Penal. Para o autor, a autotutela da Administração é suficiente para aplicação de sanções quando houver infração administrativa, ou seja, ato de seus agentes eivados de ilegalidade (aspecto material) ou ilegitimidade (aspecto formal):

“Devemos mencionar, desde logo, a defesa de um conceito autônomo de sanção administrativa para o Direito brasileiro, redimensionando e redefinindo alguns de seus elementos tradicionais, a partir de um a conexão mais profunda com o Direito Administrativo, no lugar de atrelar-nos à ideia de função.

O conceito de sanção administrativa aqui sustentado vem sendo abertamente defendido desde 1999, num trabalho que publicamos sobre má gestão pública à luz do Direito Administrativo Sancionador brasileiro, na Europa. Ali, pela primeira vez escrito, tivemos a oportunidade de sustentar a necessária vinculação da sanção admi-

nistrativa às dimensões material e formal do Direito Administrativo, rompendo à lógica vigente em torno à predominância exclusiva da dimensão formal, como se a sanção estivesse ligada conceitualmente à função administrativa. Em nossa ótica, no lugar de conectar a sanção à atividade da Administração Pública, com exclusividade, é necessário conjugar tal instituto estatal, o que implica as já mencionadas interfaces com o Direito Penal. Assim, à ideia de ilícito, disciplinado pelo Direito Administrativo, associa-se a sanção.”

Dito isso, Voronoff (2018, p.4) defende que a aplicação da sanção administrativa em resposta às infrações administrativas não pode ser simplificada como um mal necessário, mas sim como um mecanismo para garantir a efetividade de valores caros à sociedade e como forma de estímulo de os agentes estatais tomarem os caminhos que apontam para o alcance do interesse público:

“Com o instrumento que opera de modo primariamente prospectivo, com vista a assegurar e promover a conformação da conduta dos particulares em prol da satisfação de interesses e necessidades sociais, a sanção administrativa é um a ferramenta *sui generis*. E é diferenciada justamente por causa disso. Porque só se justifica se tiver aptidão para produzir esses resultados dela esperados, o que pressupõe um conjunto específico de incentivos necessários para direcionar a conduta dos participantes numa ou noutra direção.”

2.2.1. A aplicação da Lei nº 14.230, de 2021, orientada à luz do sistema brasileiro anticorrupção

Logo após a edição da Lei nº 14.230, de 2021, o Ministério Público Federal enfrentou a aplicação da Lei nº 8.429, de 1992 com as alterações da Lei nº 14.230, de 2021, mediante estudo desenvolvido em Nota Técnica nº 01/2021 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão - Combate à Corrupção (CCR).

O MPF explica que a aplicação dos novos dispositivos da Lei nº 14.230, de 2021, deve ser orientada pela sua interpretação à luz do Sistema Brasileiro Anticorrupção, em harmonia com a CF e sua proteção à tutela da probidade, sem descuidar do princípio republicano e do Estado Democrático, tendo assegurados direitos e garantias fundamentais aos investigados e acusados na esteira do sistema administrativo sancionador. Ainda, tal aplicação deve-se guiar pelas Convenções Internacionais contra

a Corrupção já internalizadas no Direito Brasileiro (OCDE, OEA e ONU), que condicionam a interpretação da legislação brasileira sobre o tema.

A qualificação da improbidade administrativa como sistema exige a interpretação sistemática da disciplina de seus elementos estruturais:

- a) o bem jurídico;
- b) a configuração do ilícito;
- c) a sanção; e
- d) o processo.

Esses elementos estão atrelados ao dispositivo constitucional previsto no § 4º do art. 37 da CF, incluindo a medida cautelar de indisponibilidade de bens nele prevista e formas de consensualidade que são legitimadas pelo princípio constitucional da eficiência (*caput* do art. 37 da CF), na proteção e realização de interesses públicos. Como garantias de sua efetividade, a CF também assegura a independência da jurisdição (art. 2º), que incumbe aplicá-lo, bem como a independência do Ministério Público (art. 127, § 1º), que está legitimado a propor a ação civil pública de improbidade administrativa (art. 129, inciso III) e a conduzir o inquérito civil público para apuração dos atos de improbidade administrativa (art. 129, inciso III).

O sistema de improbidade administrativa integra a parcela do ordenamento jurídico sancionatório de caráter não penal, cuja unidade forma o Direito Administrativo Sancionador, como exigência do artigo 37, § 4º, *in fine*, da CF e o atual artigo 1º, § 4º, da LIA. Com esta dimensão constitucional e legal (reconhecida pela Lei nº 14.230, de 2021), sua aplicação é orientada, preponderantemente, pelo fim público de prevenir, dissuadir e sancionar atos ímprobos, sob uma perspectiva prospectiva, como forma de tutelar a probidade, com vistas a assegurar a integridade do patrimônio público e social, encontrando-se disciplinado por leis gerais (LIA e Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a chamada Lei Anticorrupção - LAC) e leis especiais.

Com a necessária adequação aos objetivos de interesse público a que se propõe, o sistema de improbidade administrativa sujeita-se:

- a) aos princípios materiais da legalidade, tipicidade, irretroatividade, culpabilidade (responsabilidade subjetiva como regra, responsabilidade objetiva como exceção), pessoalidade (ou intranscendência), proporcionalidade, razoabilidade, prescritibilidade e *non bis in idem* (vertente material), tal como consagrados na Lei nº 8.429, de 1992, com suas alterações posteriores; e
- b) aos princípios processuais do devido processo legal (vertente adjetiva), boa-fé, con-

traditório, ampla defesa, verdade material, presunção de inocência, garantia da não auto-imputação de ilícitos, inadmissibilidade de provas ilícitas, recorribilidade, imparcialidade, motivação, vedação ao *bis in idem* (vertente adjetiva) e duração razoável do processo, tal como consagrados na legislação processual aplicável na matéria.

Especificamente quanto aos princípios do sistema de improbidade administrativa, o MPF⁴ traz importantes considerações:

- a) o princípio da legalidade (art. 5º, inciso II e art. 37, § 4º, da CF) demanda que lei nacional discipline o sistema de improbidade administrativa, oferecendo previsibilidade e estabilidade na aplicação de suas disposições sancionatórias, na medida adequada para a tutela da probidade;
- b) o princípio da tipicidade (art. 5º, inciso XXXIX, e art. 37, § 4º, da CF) ressalta a necessidade de estabelecimento, por lei nacional, de categorias próprias de atos de improbidade administrativa, com possibilidade legítima de utilização de tipos gerais e especiais, conceitos jurídicos indeterminados e normas sancionadoras em branco, que abarcam a proteção do bem jurídico constitucional, desde que mantida a segurança jurídica;
- c) o princípio da culpabilidade (art. 5º, inciso LIV, e art. 37, § 4º, da CF) demanda que lei nacional indique ou afaste, na estrutura das condutas típicas, de forma expressa ou implícita, a forma de elemento subjetivo (dolo, culpa e suas modalidades, incluindo a voluntariedade) e, de forma excepcional e justificada, explicita a configuração de responsabilidade objetiva na atividade sancionadora;
- d) o princípio da irretroatividade (art. 5º, inciso XL, e art. 37, § 4º, da CF) exige que normas nacionais materiais, ao disciplinarem ilícitos e sanções de forma mais gravosa, somente sejam aplicadas para atos de improbidade administrativa praticados após o início de sua vigência; e
- e) o princípio da retroatividade de norma mais benéfica (art. 5º, inciso XL, e art. 37, § 4º, da CF) aplica-se de forma diferenciada no campo do Direito Administrativo Sancionador, que não busca primariamente a reprovabilidade de condutas ilícitas, sob a perspectiva retrospectiva, mas, ao contrário, constitui modelos normativos que tutelam bens jurídicos públicos (interesses

públicos), de forma prospectiva, valorando em grau superior a prevenção, dissuasão e repressão de atos ilícitos, exigindo que a retroatividade seja disciplinada expressamente pela lei.

Para o MPF, a nova redação do § 1º do art. 1º da LIA demonstra que todos os tipos especiais de improbidade administrativa foram preservados por expressa disposição legislativa, destacadamente os sistemas especiais previstos no art. 73, § 7º da Lei das Eleições (Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997), no art. 52 do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001), no art. 32 da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011), e no art. 12 da Lei de Conflitos de Interesses (Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013).

Demais disso, no campo da tutela da probidade administrativa, o § 4º do art. 37 da CF impede a retroatividade de novas normas mais benéficas como instrumento de vedação ao retrocesso no enfrentamento de condutas ímprobas ou práticas corruptivas em sentido amplo. Some-se a isso que, mesmo que lei nacional disponha sobre a retroatividade, é necessário juízo sobre a manutenção da conduta ilícita no ordenamento jurídico como atentado ao princípio da moralidade administrativa.

Quando a lei nacional nada dispõe sobre a retroatividade - como é o caso da Lei nº 14.230, de 2021 -, a alteração de tipos gerais e especiais exige igualmente este juízo sobre a continuidade típica do ilícito, seja na própria LIA, seja à luz do § 4º do art. 37 da CF. Desse modo, infere-se que o entendimento do MPF é no sentido de que:

- a) não se aplicam os novos dispositivos alterados pela Lei nº 14.230, de 2021, que constam dos artigos 9º, 10 e 11 da LIA, a atos de improbidade administrativa ocorridos anteriormente ao início de sua vigência, na medida em que, constituindo parâmetros de garantia e efetividade da probidade, as novas condutas típicas podem retroagir, promovendo retrocesso no sistema de improbidade administrativa, que mantém suas bases constitucionais (art. 37, § 4º da CF), retrocesso que igualmente atenta contra os compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, nas Convenções Internacionais contra a Corrupção (OCDE, OEA e ONU), internalizadas no ordenamento brasileiro como normas supraleais;
- b) não se aplicam as sanções legais mais gravosas, previstas nos incisos I e II do art. 12 da Lei nº 14.230, de 2021, a atos de impro-

4. O entendimento explicitado na Nota Técnica nº 01/2021 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão - Combate à Corrupção do Ministério Público Federal deu-se logo após a edição da Lei nº 14.230, de 2021.

bidade administrativa ocorridos anteriormente ao início de sua vigência; e

- c) não cabe a aplicação direta de princípios formulados no Direito Penal no campo normativo da improbidade administrativa, por expressa disposição constitucional (art. 37, § 4º da CF) e legal (art. 1º, § 4º da LIA).

2.3. ALGUMAS DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES ACARRETADAS PELA LEI Nº 14.230, DE 2021, À LEI Nº 8.429, DE 1992

Para o MPF⁵, o confronto entre o anterior art. 1º (caput e parágrafo único) da LIA e sua nova redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021, que reformulou o dispositivo (tanto o caput, quanto os sete novos parágrafos) indica que não houve a exclusão de nenhum sujeito de direito tutelado que se enquadra na situação de entidade lesada pela prática de atos de improbidade administrativa.

A análise entre a Lei nº 8.429, de 1992, original e as modificações realizadas pela Lei nº 14.230, de 2021, revela que houve uma alteração relevante em quantidade e extensão na disciplina jurídica da improbidade administrativa, com novas prescrições normativas favoráveis a investigados, acusados ou réus, concomitantemente com novas prescrições mais desfavoráveis, o que deslegitima a retroatividade das novas normas. Ademais, não cabe ao Poder Judiciário optar casuisticamente pela aplicação de um ou outro dispositivo a fatos anteriores em tema de direito material ou processual, sob pena de extravasar sua função constitucional, criar um sistema inexistente em lei nacional e usurpar as atribuições do Congresso Nacional.

Para o MPF, as normas de exclusão de responsabilidade previstas nos parágrafos 3º e 8º do novo art. 1º da LIA aplicam-se somente a fatos ocorridos após a vigência da Lei nº 14.230, de 2021. Já o novo art. 7º da LIA explicita o dever jurídico de qualquer autoridade pública - incluindo órgãos de controle interno e externo e órgãos do Poder Judiciário - de representar ao Ministério Público o conhecimento de indícios da prática de atos de improbidade administrativa.

Dentre as mais evidentes inovações trazidas à LIA pela Lei nº 14.230, de 2021, destaca-se a necessidade de comprovação do elemento volitivo do dolo em todas as suas modalidades. Assim, logo em seu art. 1º, a nova Lei estabelece que:

“§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.”

A definição de dolo constante do § 2º do novo art. 1º da LIA não inova, por si só, no regramento da tipificação subjetiva de atos de improbidade administrativa, na medida em que só reproduz a definição clássica de dolo, que não é sinônimo de voluntariedade. Acrescente-se que, mesmo antes da expressa previsão legal, a atividade correcional sempre atendeu à exigência da comprovação do dolo para imputar a prática de improbidade administrativa a agente público.

Segundo Castilho (2021, p.60), para a configuração de ato de improbidade administrativa, há mais convergência com o conceito de dolo do Direito Penal do que aquele do Direito Civil. Para o autor, o *dolus malus*, ou má-fé, conceito do Direito Civil em que o agente tem vontade de enganar a outra pessoa, não encontra campo para adesão no âmbito da improbidade administrativa. O autor defende que dolo é diferente de má-fé, ou melhor, a má-fé não é sinônimo de dolo e, também, os elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa prescindem de má-fé.

Outrossim, o autor informa que no Superior Tribunal de Justiça (STJ) prevalece o entendimento de que não é necessário dolo específico, bastando a presença do dolo genérico, que seria um elemento subjetivo geral apto a configurar o dolo em improbidade administrativa. Ainda para o autor, a adoção do dolo genérico nos casos de improbidade administrativa aproxima-se de uma responsabilização “quase objetiva” do agente, uma vez que esse tipo de dolo, eventualmente, pode ser empregado como a simples consciência que o agente público tem ou deve ter de seus deveres funcionais e dos princípios constitucionais afetos ao cargo que ocupa.

Especificamente no que se refere ao art. 11 da LIA, a nova redação trazida pela Lei nº 14.230, de 2021, afasta a aplicação da Lei por ato cometido eivado de culpa em sentido amplo (negligência, imprudência e imprudência), assim como restringiu sua caracterização a um rol de tipos fechados de conduta. Quanto ao erro grosseiro previsto no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, antiga

5. O entendimento explicitado na Nota Técnica nº 01/2021 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão - Combate à Corrupção do Ministério Público Federal deu-se logo após a edição da Lei nº 14.230, de 2021.

Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, o entendimento é de que nunca se aplicou aos atos de improbidade administrativa.

Note-se, ademais, que a Lei nº 14.230, de 2021, incluiu no caput do art. 11 a palavra “dolosa”. Da mesma forma, a mesma Lei substituiu o verbete “notadamente” pela expressão “caracterizada por uma das seguintes condutas”.

Segundo o Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis, a palavra “notadamente” é um advérbio que significa “De modo especial; especialmente”. Ou seja, até a vigência da nova Lei, os incisos do art. 11 representavam rol aberto, exemplificativo, de condutas tipificáveis como atos de improbidade administrativa. A partir de então, com a novel legislação, apenas agentes que pratiquem condutas que se encaixem com perfeição às descrições dos incisos serão responsabilizáveis por aquela espécie de atos de improbidade administrativa.

Não menos importante, o § 8º do art. 1º da Lei nº 14.230, de 2021, trouxe outra alteração inédita ao contexto do Direito Sancionador: a de que qualquer jurisprudência, ainda que não pacificada, afasta a incidência do ato eivado de improbidade administrativa:

“Art. 1º (...)

§ 8º Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevaletente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.”

Ora, a partir da nova Lei, qualquer decisão colegiada judicial de segunda instância, mesmo que não prevaleça nas cortes superiores, mas que justifique um ato, afasta a incidência da improbidade administrativa independente de vinculação desse ato com princípios constitucionais da honestidade, da lealdade, da moralidade.

Finalizando as principais alterações materiais acarretadas pela Lei nº 14.230, de 2021, à instância da improbidade administrativa, tem-se o afastamento do instituto quando o ato lesivo à Administração Pública for praticado por pessoa jurídica e apurado na esfera administrativa ou civil de cometimento de corrupção da LAC:

“Art. 3º (..)

§ 2º As sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade

administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

(...)

Art. 12. (...)

§7º As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do non bis in idem.”

Vê-se, pois, que o novo ordenamento vai ao encontro dos princípios da independência entre as instâncias e da inafastabilidade da jurisdição, este último previsto no inciso XXXV do art. 5º da CF.

2.4. ALTERAÇÕES DE ASPECTOS SANCIONATÓRIOS PREVISTOS NA LEI DE IMPROBIDADE E SUAS VIGÊNCIAS TEMPORAIS NAS INSTÂNCIAS CIVIL E ADMINISTRATIVA

Segundo a Orientação nº 12 da 5ª Câmara da Procuradoria-Geral da República - (PGR)⁶, a aplicação das inovações trazidas pela Lei nº 14.230, de 2021, sob a ótica do inciso XL do art. 5º e do § 4º do art. 37, ambos da CF, de um lado, deve considerar o princípio da irretroatividade, exigindo que normas nacionais materiais, ao disciplinarem ilícitos e sanções de forma mais gravosa, somente sejam aplicadas para atos de improbidade administrativa praticados após o início de sua vigência; mas, de outro lado, deve-se afastar o uso indiscriminado da Lei nº 14.230, de 2021, sob a ótica do desconsiderar o princípio da retroatividade de norma mais benéfica.

Assim, para a supramencionada 5ª Câmara da PGR, no campo da probidade administrativa, por tutelar bens jurídicos públicos - que se revelam como verdadeiros interesses públicos -, o § 4º do art. 37 da CF impede a retroatividade de novas normas mais benéficas como instrumento de vedação ao retrocesso no enfrentamento de condutas ímprobadas ou práticas corruptivas, aqui consideradas em sentido amplo, e, mesmo que lei nacional viesse a dispor expressamente sobre a retroatividade, o que não ocorreu com a Lei nº 14.230, de 2021, é necessário juízo sobre a manutenção da conduta ilícita no ordenamento jurídico em observância ao princípio da moralidade administrativa.

Disso, infere-se que a nova Lei foi silente quanto à sua aplicação retroativa. Para o MPF, a retroatividade deve ser vedada quando as modificações legis-

6. A Orientação nº 12 da 5ª CCR cuida das “Diretrizes iniciais sobre a Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que alterou a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa”

lativas nos elementos do sistema de responsabilização (ilícito e sanção) causam relevantes e extensos retrocessos materiais, acarretando normas desfavoráveis ao interesse público e resultando na reformulação complexa de tipos e sanções. A justificativa pelos operadores que defendem a retroatividade da legislação reside no entendimento de que houve o aumento no prazo máximo da sanção de suspensão dos direitos políticos aplicável aos infratores, que passou de três a até dez anos para quatro a até quatorze anos pela nova Lei.

Todavia, destaca-se que houve diminuição expressiva nas sanções civis de pagamento de multas, que antes poderia atingir o montante de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente em casos de infração ao art. 11. Agora, passaram a ser limitadas a 24 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente para a mesma conduta.

Aparentemente, o referido agravamento da sanção de suspensão de direitos políticos, em detrimento das demais sanções de reprimenda ao ato de improbidade administrativa, revela-se como subterfúgio do legislador para indução da retroatividade legal na apuração de atos passados que estão pendentes de julgamento. Assim, a PGR orienta que atos praticados antes da vigência da Lei nº 14.230, de 2021, devem ser apurados sob a materialidade da redação original da Lei 8.429, de 1992. Por conseguinte, aplicam-se os elementos materiais alterados pela Lei nº 14.230 de 2021, nas apurações de atos cometidos após 25 de outubro de 2021, data de publicação e vigência da Lei.

Da mesma forma, em âmbito federal, a Lei nº 8.112, de 1990, estabelece em seu art. 132, inciso IV, que a demissão deve ser aplicada aos servidores em casos de ato de improbidade administrativa, sem, no entanto, descrever as condutas que a tipificam. Dessa forma, ao ato de improbidade administrativa com fulcro no art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, deve ser aplicada a interpretação que se extrai dos artigos 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429, de 1992.

Assim, vê-se que não houve agravamento sancionatório da única penalidade aplicável pela Administração a agentes ímprobos - a demissão do servidor público - por meio de processo administrativo disciplinar (PAD). Com isso, nesta espécie processual, deve-se entender pela irretroatividade material das condutas de improbidade administrativa em todas as apurações correntes e pendentes, considerando-se que não houve agravamento da sanção administrativa que tem natureza e repercussão civil. Inaplicável, portanto, o princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica.

Ressalta-se que a Lei nº 14.230, de 2021, não inovou em aspectos processuais de apuração administrativa de atos de improbidade administrativa. Com isso, aplicam integralmente os ritos processuais previstos na Lei nº 8.112, de 1990, em suas apurações de atos dessa espécie.

2.5. DA CONDUTA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA ESPÉCIE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.

Destarte, a conduta de enriquecimento ilícito que acarreta responsabilidade por improbidade administrativa está descrita no art. 9º e seus incisos da Lei nº 8.429, de 1992, com redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021:

“Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente.”

Inicialmente, há de se diferenciar enriquecimento ilícito de enriquecimento sem causa. Na lição de Francisco Bilac Moreira Pinto (1960, p. 141, apud Neves, 2019), o enriquecimento sem causa pressupõe ato bilateral em que uma das partes enriquece e a outra empobrece, por meio de atribuição patrimonial válida, contudo, com ausência de causa jurídica.

Por outro lado, o doutrinador explica que o enriquecimento ilícito decorre da ocorrência de ato ilícito, circunstância esta que atribui invalidade ao incremento patrimonial. Também, o caso de ilicitude de enriquecimento do agente público em razão de abuso no exercício da função pública independe do efetivo empobrecimento da instituição pública da qual ele é parte integrante ou de qualquer instituição privada, o que consubstancia ausência de causa jurídica. Da mesma forma, tem-se dificuldade em imaginar um ato de enriquecimento ilícito que não se materialize mediante a prática de ato doloso, ou seja, ato de enriquecimento ilícito culposo ou acidental.

Assim, infere-se independentemente de sua origem (tenham sido desviados dos cofres públicos ou tenham sido recebidos de agentes privados), se recursos sem origem comprovadamente dissociada do cargo forem incorporados ao patrimônio do servidor, incorre o agente, perfeitamente, na prática capitulada no art. 9º da LIA. E, para esta consequência jurídica, também pouco importa se o acréscimo pa-

trimonial decorreu de atos funcionais comissivos ou omissivos ou se decorreu de retribuição a esta atuação.

Isso posto, Teixeira (2021, p. 374 a 387) discorre sobre as evidências que, uma vez identificadas, apontam para enriquecimento ilícito do sindicado:

“Dito isto, é de se reconhecer que, nesta matéria de busca da comprovação do enriquecimento ilícito, nos primeiros anos subsequentes ao início efetivo da aplicação da Lei nº 8.429, de 1992, a subinstância administrativa disciplinar emulou a expertise da substância administrativa fiscal. Assim, historicamente, a primeira metodologia empregada correcionalmente para aferição de irregularidades patrimoniais do servidor consistiu em pormenorizado e detalhado planilhamento contábil, a fim de verificar se, em determinado mês ou ano de aferição (ou em qualquer outro período de aferição), as aplicações superam os valores de todas as origens conhecidas e justificadas.

Em outras palavras, de forma exaustiva, aquele método inicial encampa uma varredura em todos os dados declarados e encontráveis em sistemas informatizados internos e em demais informações possíveis de serem obtidas por meio de circularizações de fontes externas, contrapondo, de um lado, aquisições ou despesas em geral (tais como compras de bens ou direitos, dinheiro em espécie, depósitos e aplicações financeiras e saldos bancários no final do período e dispêndios necessários com educação, saúde, moradia e lazer, pagamentos efetuados a terceiros, quitação de dívidas, gastos com cartões de créditos, tributos suportados, doações e empréstimos concedidos, tudo referente a si mesmo, ao cônjuge ou companheiro - independentemente da opção tributária de declaração em conjunto ou separadas e do regime de bens escolhido conforme a lei civil - e aos dependentes) e, de outro lado, o conjunto total de rendimentos líquidos de qualquer natureza recebidos (tributáveis ou isentos, decorrentes do trabalho ou da alienação de bens ou direitos), de recebimentos de dividendos ou de empréstimos ou de doações, de resgates de aplicações financeiras e de saldos bancários no início do período, também referentes a si mesmo, ao cônjuge ou companheiro e aos dependentes. Importante destacar que, por sua característica de buscar, de forma completa e global, dados constantes de sistemas internos e informações obtíveis em fontes externas,

esta procedimentalização não necessariamente requer a entrega de extratos bancários por parte do servidor ou decretação judicial da quebra do seu sigilo bancário (obviamente, sem prejuízo de, por vezes, ter a espontânea oferta pelo servidor ou se obter o provimento judicial).

Uma vez que é impossível que o servidor suporte aplicações além de seu total de origens, tal hipótese faz pressupor a variação patrimonial a descoberto (VPD), a despeito de estes bens, direitos ou dispêndios em descompasso já poderem ter, de alguma forma, se materializado, figurando no patrimônio do agente como bens móveis, imóveis, moeda, empréstimos, dentre outras formas.

[...]

Cabe ainda mencionar que dois conceitos advindos da subinstância fiscal também interessam na busca da comprovação de enriquecimento ilícito, que são a movimentação financeira incompatível e os sinais exteriores de riqueza. Diferentemente dos métodos acima descritos, que indicam, direta ou indiretamente o enriquecimento ilícito, a movimentação financeira incompatível e os sinais exteriores de riqueza não possuem tal condão, figurando inicialmente apenas indiciariamente como meros critérios de seleção provocadores do aprofundamento dos trabalhos, que, ao final, podem ou não levar à detecção de descompasso patrimonial.”

Teixeira (2021, p. 374 a 387) traz importante enfoque sobre as peculiaridades materiais do enquadramento de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito por descompasso patrimonial, expresso no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, com a leitura que se extrai do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992. Segundo o autor, a procedimentalização da subfase investigativa da fase de admissibilidade para este tipo de conduta merece detalhamento à parte.

Para o autor, diferentemente da maioria dos enquadramentos estatutários (incluídos os demissíveis), que comporta uma “abrangência genérica de uma miríade de condutas humanas cabíveis em suas amplas definições, de forma a impossibilitar a elaboração de métodos prévios de aferição, para cada um, na fase de admissibilidade e de comprovação no processo disciplinar, o enquadramento específico em tela se amolda a uma fatispécie concreta bem delineada em um rol restrito e discreto de condutas e

que nem sequer varia em função do cargo ocupado, do tipo de atribuição ou da atividade funcional desempenhada pelo servidor”.

Assim, a detecção do referido enquadramento ao mesmo tempo permite e requer um conjunto de provas de menor elasticidade em termos de seus meios – basicamente, provas documentais, resultado de pesquisas e organização metódica dos dados levantados – e que são menos dependentes de atuação humana no momento de sua coleta, se comparadas, por exemplo, às provas orais.

A simples existência de indícios razoáveis de materialidade e de autoria de suposto enriquecimento ilícito por parte de servidor é o justo motivo para que a Administração, sem qualquer supressão ou sequer mitigação de direito ou garantia fundamental individual de estatura constitucional, se mova para provocar aquele investigado a se manifestar - “provocar” - tanto no sentido jurídico de intimar mas também no sentido coloquial de incomodar a se manifestar.

Teixeira (2021, p. 374 a 387) relembra e destaca que “desde a investidura no cargo, de um lado, não por acaso na mesma linha etimológica, o servidor é investido de prerrogativas e poderes para poder executar seu múnus público de forma impessoal e, de outro lado, em contrapartida, assume obrigações, deveres e responsabilidades estatutárias e se submete a um regime especial e diferenciado de controles e monitoramentos - éticos, morais, sociais e funcionais. A relação estatutária não é uma simples relação laboral, mas sim se insere em um rol de compromissos e de comprometimentos exclusivos, a que o agente, antes privado e agora público, espontânea e irretratavelmente se submeteu desde o momento em que assinou seu termo de posse, até que dê causa à vacância do cargo. Indubitavelmente, a assunção da relação laboral estatutária decorre da voluntária adesão por parte do agente, que, antes de fazê-lo, ponderou o conjunto de vantagens e de obrigações, e, diante da investidura efetiva mediante disputa em concurso público, pode-se inferir inclusive que se trata da eleição de um projeto de vida, pelo menos no que pertine a aspecto profissional”.

Desse modo, não há que se falar, portanto, em surpresas e menos sequer em insegurança jurídica, e menos ainda invasão de direitos e de garantias fundamentais individuais de molde constitucional, ao vir a ser questionado sobre sua conduta funcional e sobre sua evolução patrimonial, a qualquer tempo, mesmo por fatos ocorridos ou já declarados há mais de cinco anos.

A função pública é ininterruptamente condicionada a valores e princípios fortes como legalidade, hierarquia e moralidade, com destaque de Teixeira para o clamor social pela regularidade patrimonial do agente público:

“Diferentemente da iniciativa privada, que premia a liberdade de ação, a aceitação voluntária da função pública impõe como natural ao servidor a consciência de poder ter seus atos e condutas sempre subjugados aos deveres e proibições estatutários, de sempre poder ser objeto de questionamentos, verificações, investigações ou apurações não só acerca de seu comprometimento, da sua produtividade e da qualidade de seu trabalho mas também acerca da sua idoneidade e da sua probidade, onde se inclui o controle patrimonial”.

Acrescente-se que a leitura do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, deixa claro que o servidor, desde a investidura no cargo, assume este comprometimento com a Administração, qual seja, não só de cuidar probamente da regularidade de sua situação patrimonial, como também prontamente de responder, informar e instruir requisições oficiais neste sentido.

“Lei nº 8.429, de 1992

Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração de imposto de renda e proventos de qualquer natureza, que tenha sido apresentada à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 1º (Revogado pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º A declaração de bens a que se refere o caput deste artigo será atualizada anualmente e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, do cargo, do emprego ou da função. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º Será apenado com a pena de demissão, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar a declaração dos bens a que se refere o caput deste artigo dentro do prazo determinado ou que prestar declaração falsa. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 4º (Revogado pela Lei nº 14.230, de 2021)

2.5.1. Da nova descrição e da autonomia de conduta de enriquecimento ilícito

A nova descrição típica do enriquecimento ilícito por aquisição de patrimônio incompatível, no que se refere à demonstração da origem do patrimônio com atuação funcional específica, ora inferida do inciso VII do art. 9º da Lei nº 14.230, de 2021, parece não se coadunar com o sistema de tipificação de ilícitos no próprio art. 9º. A uma, porque retira a funcionalidade do inciso ao ensejar a subsunção aos atos descritos no *caput*. A duas, porque parece não se alinhar à tipologia de enriquecimento ilícito prevista nas Convenções Internacionais da OEA (Artigo IX) e da ONU (Artigo 20) contra a corrupção, vislumbrando-se a diminuição da proteção do bem jurídico do § 4º do art. 37 da CF.

Por outro lado, a nova descrição típica do enriquecimento ilícito por aquisição de patrimônio incompatível, no que se refere à garantia processual do agente público de demonstração da licitude do acréscimo patrimonial em regime de contraditório, é norma de direito processual que se aplica de forma imediata na esfera administrativa. Assim como já se afirmou acerca do dolo, aqui também cabe asseverar que os sistemas correcionais sempre asseguraram ao investigado (ou acusado) a prerrogativa de exercer seu direito ao contraditório, de forma que esta nova elementar do tipo trazida pela Lei nº 14.230, de 2021, em nada inovou na prática.

Nos casos de ato de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito pelo agente público, cujo valor seja desproporcional à evolução do seu patrimônio ou à sua renda, compete à Administração Pública apenas demonstrá-lo, não sendo necessário provar que os bens foram adquiridos com numerário obtido através de atividade ilícita. Portanto, quando detectada a evolução patrimonial incompatível do servidor em relação aos seus rendimentos declarados, o enriquecimento ilícito é presumido. Ressalta-se, que tal presunção é relativa, ou *juris tantum*, que admite sempre prova em contrário pelo sindicado.

Sob o tema, a Comissão de Coordenação de Correição da CGU, instituída por meio do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, emitiu o Enunciado nº 8, de 2014⁷, por meio do qual pacificou o entendimento administrativo quanto à presunção relativa do enriquecimento ilícito do servidor quando evidenciada a incompatibilidade patrimonial com seus rendimentos:

7. Brasil. Enunciado nº 8, de 09 de dezembro de 2014. Estabelece ônus probatório em caso de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito.

Enunciado CGU nº 8, de 9 de dezembro de 2014
“Art. 132, IV, Lei nº 8.112/90 c/c art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92.

Ônus da Administração. Demonstração da desproporcionalidade.

Nos casos de ato de improbidade que importem em enriquecimento ilícito pelo agente público, cujo valor seja desproporcional à evolução do seu patrimônio ou à sua renda, compete à Administração Pública apenas demonstrá-lo, não sendo necessário provar que os bens foram adquiridos com numerário obtido através de atividade ilícita.”

Finalmente, ressalta-se que essa questão já foi submetida ao controle judicial, o qual vem se posicionando favoravelmente no mesmo sentido:

“TRF-2 – AC 598102, Rel. Desembargador Federal Guilherme Diefenthaler. E-DJF2R 30/06/2014.

10. Os agentes públicos têm o dever jurídico de formar um patrimônio com origem lícita e passível de comprovação a qualquer momento, mediante documentação, devendo prestar fiel e anualmente as informações acerca de todo o seu patrimônio.

11. A conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público. Com efeito, mesmo quando a conduta é perpetrada fora das atividades funcionais, se ela evidenciar incompatibilidade com o exercício das funções do cargo, por malferir princípios basilares da Administração Pública, é sim passível de punição, mormente como no caso em apreço em que o servidor, Policial Federal, apresenta enriquecimento ilícito, por acumular bens desproporcionais à evolução do patrimônio e a renda.”

“MS 13.142/DF, Min. Humberto Martins:

4. Está configurado, no caso concreto, que não houve a devida comprovação da origem de recursos aptos a demonstrar recursos para justificar a variação patrimonial do empregado público, a aquisição do imóvel em caso; e, de outra sorte, não há como desconstituir as provas sem permitir o rito do contraditório, que é incompatível com a via mandamental; portanto, é impossível apreciar as alegações do impetrante para que, por si, amparem

a reversão de dados coletados no processo disciplinar.

(...)

6. Há infração comprovada ao art. 9º, VII, da Lei n. 8.492/92, ao passo em que a Primeira Seção já firmou precedente no sentido de que, em casos como o dos autos, o ônus da prova de comprovar a ausência de licitude na variação patrimonial é do agente público.”

“STJ – MS nº 18.460 / DF, Relator Min. Mauro Campbell, 28.08.2013:

6. Em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito.

7. No caso, restou comprovado no processo administrativo disciplinar a existência de variação patrimonial a descoberto (e desproporcional à remuneração do cargo público); e que o indiciado não demonstrou que os recursos questionados - recebidos de pessoas físicas e do exterior - advieram de aluguéis e de prestação de serviços como *ghost writer*.”

Isso posto, Teixeira (2021, p. 1801) esclarece que na apuração administrativa não há necessidade de a comissão investigativa se debruçar sobre a origem da desproporcionalidade patrimonial, nem de comprovar que o servidor cometeu determinado ato de corrupção, necessitando comprovar tão somente a desproporção entre os rendimentos do sindicado e o patrimônio a sua disposição:

“Bastando à comissão de inquérito a comprovação da aquisição de bem(ns) ou da realização de despesa(s) sem origem que a(s) justifique ou a comprovação da existência de depósito(s) bancário(s) de origem não comprovada ou ainda, mais residualmente, a comprovação por meio exaustivo e pormenorizado em planilhas temporais da desproporcionalidade patrimonial em determinado período em relação a todas

as origens conhecidas, sempre em valor relevante, exsurge a presunção legal relativa e afastável (*juris tantum*) de ato de improbidade administrativa causador de enriquecimento ilícito, cabendo ao servidor, na sua defesa escrita (se já não o fez antes, ao ser intimado, no meio da instrução probatória), apresentar a contraprova de que o suposto descompasso patrimonial decorreu de sua renda legítima ou da alienação de outros bens que integravam seu patrimônio ou ainda de qualquer outra origem que se demonstre dissociada do exercício do cargo, a fim de afastar a presunção e, por conseguinte, o enquadramento administrativo, conforme também pontua a doutrina da Controladoria-Geral da União (CGU). Em outras palavras, se, por um lado, não se exige da Administração a comprovação de que a(s) aquisição(ões) ou a(s) despesa(s) sem origem que a(s) justifique ou o(s) depósito(s) bancário(s) de origem não comprovada ou a VPD pormenorizadamente calculada decorreu(ram) de ato associado ao cargo, por outro lado, não se cogita de presunção absoluta e inafastável (*jure et de jure*) do ato de improbidade administrativa, aceitando-se justificativa amparada em provas por parte do servidor.”

2.6. DOS INSTRUMENTOS À DISPOSIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PARA AVALIAR A EVOLUÇÃO PATRIMONIAL DOS SERVIDORES

A sindicância patrimonial, como procedimento correicional preparatório de eventual PAD e instaurado para investigar indícios de enriquecimento ilícito de servidor, pode se motivar a partir de quaisquer indícios de que a autoridade instauradora administrativa tenha conhecimento, principalmente por meio de denúncia de modo de vida vultuosamente desproporcional aos rendimentos de agentes públicos. Esse conhecimento pode vir de denúncias, inclusive anônimas⁸, com informações de variação patrimonial a descoberto, de movimentação financeira incompatível com rendimentos, ou de sinais exteriores de riqueza demonstrados pelo servidor.

Para Lima (2021, p.18), no âmbito da sindicância patrimonial, a expressão “sinais exteriores de riqueza” é um conceito relativo, ou seja, deve ser

8. No âmbito da administração federal, a Portaria CGU nº 1.023, de 17 de maio de 2012, criou o serviço de Informações ao Cidadão da Controladoria-Geral da União - SIC/CGU, em atendimento ao disposto no inciso I do art. 9º da Lei n. 12.527, de 2011, onde todos os requerimentos de acesso à informação apresentados à CGU são registrados e, desde que atendam aos requisitos de admissibilidade, são processados por meio do Sistema de Gestão de Informações - SGI/CGU, e encaminhados às autoridades competentes de cada órgão, para apuração. A referida Portaria foi aprimorada e substituída pela Portaria CGU 2.348, de 2 de outubro de 2020.

compreendido como desproporção e incompatibilidade entre a renda e o patrimônio à disposição do servidor. Assim, não necessariamente há necessidade de se evidenciar a posse, ou propriedade, de grandes fortunas.

Ademais, o autor cita fragmento de texto do Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Paulo Enrique Mainier, Mestre pela Universidade de Lisboa, o qual demonstra atenção especial a esses sinais:

“É preciso ter atenção, ainda, para os sinais exteriores de riqueza! É preciso buscar a identificação de bens (declarados ou não) que podem significar gastos elevados em sua manutenção (estes não declarados) que excedam àqueles suportados pelos rendimentos declarados, tais como aviões, barcos, lanchas, cavalos, haras, casas de praia ou de campo, bem como despesas que possuem grande expressão financeira, tais como escolas dos filhos, empréstimos, viagens, festas extravagantes, uso de objetos e acessórios caros, frequência em restaurantes caros, declarações em redes sociais e outros tipos de sinais.”

Vale destacar que, uma vez havendo indícios justificadores de sua instauração, a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, a Lei de Abuso de Autoridade, excluiu a sindicância patrimonial das condutas comissivas de autoridades que tipificam abusos:

“Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.”

Assim, evidencia-se que as autoridades competentes dispõem de segurança jurídica suficiente e necessária ao procedimento de investigação patrimonial de seus servidores e empregados, concedida pelo parágrafo único do art. 27 da Lei de Abuso de Autoridade.

Outrossim, o § 1º do art. 198 do CTN permite o compartilhamento de informações fiscais dos servidores públicos por solicitações de autoridade administrativa para investigação em sede de regular processo administrativo de sindicância patrimonial.

Já a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, no § 4º do art. 1º, impõe cláusula de jurisdição ao compartilhamento de sigilo bancário:

“Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

(...)

VI - contra a Administração Pública;

VIII - lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores”

Dessa forma, no curso de investigação de evolução patrimonial, a comissão administrativa deve se valer de seu órgão de representação judicial, ou equivalente, para requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive compartilhamento de sigilo bancário. Destarte, se a comissão tiver conhecimento de que houve ruptura do sigilo bancário do servidor em outra esfera de responsabilização, como penal, ela pode, por meio de seu órgão de representação judicial, solicitar em juízo o compartilhamento do sigilo, na qualidade de prova emprestada à investigação administrativa.

Destaca-se que, em que pese tenha sido ofertado o contraditório no momento de produção da prova no processo originário, a doutrina majoritária afirma que tal garantia deve ser novamente assegurada à parte quando da sua juntada ao processo administrativo secundário que se utiliza dessa prova emprestada, em respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Além de todo o arcabouço legislativo já apresentado, a CGU, na função de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal, editou a Instrução Normativa CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018, concedendo autonomia investigativa às comissões. Essa Instrução Normativa positivou poderes de solicitação da comissão investigativa a todos os órgãos públicos e privados com prerrogativas públicas e também ratificou a possibilidade de o sindicato renunciar aos seus sigilos:

“Art. 26. A comissão de SINPA poderá solicitar a quaisquer órgãos e entidades detentoras de dados, tais como cartórios, departamentos estaduais de trânsito e juntas comerciais, informações relativas ao patrimônio do servidor ou empregado sob investigação, e de outras pessoas físicas e jurídicas que possam guardar relação com

o fato sob apuração.

Art. 27. A apresentação de informações e documentos fiscais ou bancários pelo sindicado ou pelas demais pessoas que possam guardar relação com o fato sob apuração, independentemente de solicitação da comissão, implicará renúncia dos sigilos fiscal e bancário das informações apresentadas para fins da apuração disciplinar.”

Do exposto, compreende-se que a renúncia do sigilo bancário e fiscal do sindicado deve ser aproveitada para esclarecimento da apuração, mesmo que evidencie prova contra ele. Destaca-se, em qualquer caso, o princípio *nemo tenetur se detegere*, por meio do qual ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Assim, segundo ensinamento de Lima (2021, p. 37), a comissão dispõe de competências, entre outras para buscar informações sobre a existência de sociedades empresárias ou simples em nome do sindicado, de negócios jurídicos praticados por ele, ou de propriedade de bens móveis, imóveis e de viagens ao exterior.

Finalmente, por meio da Portaria RFB nº 34, de 14 de maio de 2021, a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) se compromete a disponibilizar a órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dos demais Poderes da União, incluindo-se as comissões de sindicância patrimonial, dados não protegidos por sigilo fiscal constantes em suas bases de dados:

- “I - Cadastro de Pessoas Físicas (CPF);
- II - Cadastro de Atividade Econômica da Pessoa Física (CAEPF);
- III - Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);
- IV - Cadastro de Imóveis Rurais (Cafir);
- V - Cadastro Nacional de Obras (CNO)
- VI - Cadastro do Simples Nacional
- VII - Declaração de Operações Imobiliárias (DOI);
- VIII - Nota Fiscal Eletrônica (NF-e);
- IX - Sistemas de controle de débitos de pessoas jurídicas de direito público;
- X - Sistemas de controle de débitos parcelados; e
- XI - Sistema de emissão de Certidão de Regularidade Fiscal perante a Fazenda Nacional.”

Destaca-se que essas bases de dados são importantes fontes de informações a serem aproveitadas no curso de investigações patrimoniais, possibilitando evidenciar a circulação e a utilização de recursos muitas vezes não declarados pelo sindicado.

Nada obstante, o STJ já sintetizou sua jurisprudência predominante sobre o assunto por meio da Súmula 651:

“Compete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa, independentemente de prévia condenação, por autoridade judiciária, à perda da função pública.”

2.7. DA APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PARA SANCIONAR SERVIDORES EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Eis que nas palavras de Sarti (2013, p. 156-173), a natureza jurídica da ação da LIA é de direito civil. Isso posto, indaga-se como pode o gestor público apurar e aplicar penalidade administrativa com base no art. 9º dessa Lei.

Destarte, o art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, impõe que a demissão deve ser aplicada nos casos em que o servidor incorra na conduta de improbidade administrativa, assim como o art. 482, da CLT prevê justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador.

Lima (2021, p. 80) esclarece que a ação civil de improbidade administrativa não se confunde com o PAD. Discorre o autor que, enquanto o PAD pode ensejar apenas a penalidade de demissão de servidores, ou rescisão de contrato de trabalho por justa causa de empregados públicos, a ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público pode acarretar sanções de suspensão de direitos políticos, aplicação de multa, impedimentos de contratar com ente público e perda da função pública.

Ademais, diferenciam-se os institutos pela reserva de jurisdição imposta às ações de improbidade administrativa. Assim, se a comissão de PAD tiver conhecimento de conduta ímproba de qualquer agente, nos termos do art. 15 da Lei nº 8.429, de 1992, deve dar conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas, que podem, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.

Assim sendo, a penalidade expulsiva do PAD deve ser aplicada com fulcro no art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, ou no art. 482, “a”, da CLT, com a interpretação que se extrai do art. 9º, VII, da Lei nº 8.429, de 1992.

3. DO JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF

Após a entrega do presente artigo à Universidade Católica de Brasília - UCB, por ocasião do trabalho de conclusão do curso de pós-graduação em Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro, em agosto de 2022 o STF analisou os efeitos da Lei nº 14.230, de 2021, em relação à LIA.

Apesar de não ser o foco inicial do presente artigo, é fato que a relevância do referido julgamento impõe sua análise e abordagem, mesmo que de forma breve e até mesmo em função de sua reincidentidade.

Já em fevereiro de 2022⁹, o Ministro Alexandre de Moraes propôs o reconhecimento de repercussão geral para tratar da (ir)retroatividade da Lei nº 14.230, de 2021, destacando a necessidade de presença do elemento subjetivo (dolo) para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no art. 10 da LIA e a aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

O Ministro Alexandre de Moraes propôs o reconhecimento de repercussão geral para tratar da (ir) retroatividade da Lei nº 14.230, de 2021, destacando dois pontos principais:

- 1) a necessidade de presença do elemento subjetivo - dolo - para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no art. 10 da LIA; e
- 2) a aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente (Tema 1.199).

Após o reconhecimento da repercussão geral, o Ministro Alexandre de Moraes decretou a suspensão do processamento dos recursos especiais no STJ em que fosse suscitada a aplicação retroativa da Lei nº 14.230, de 2021, ainda que por simples petição, a fim de evitar juízos conflitantes com a futura decisão do STF.

Em 18 de agosto, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 843989, o Plenário do STF fixou importantes teses acerca da aplicação das alterações introduzidas pela Lei nº 14.230, de 2021:

- é necessária a comprovação do dolo para gerar condenação por improbidade administrativa porque o ato culposo é atípico;

- a atipicidade do ato culposo alcança os processos em curso, devendo ser extinta a ação, e não alcança a coisa julgada ou a execução de penas e seus incidentes;

- os novos prazos de prescrição intercorrente trazidos na Lei nº 14.230, de 2021, aplicam-se aos processos em curso a partir da vigência da nova lei; e

- o novo prazo de prescrição geral não retroage para fatos anteriores à Lei nº 14.230, de 2021, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da vigência da nova lei.

Durante o julgamento, os Ministros do STF manifestaram entendimento de que o inciso XL do art. 5º da CF não se aplica aos atos de improbidade administrativa, que não há aplicação automática dos princípios constitucionais do Direito Penal à improbidade administrativa e que a natureza da improbidade administrativa está inserida no Direito Administrativo Sancionador.

O Tema 1199 de Repercussão Geral está assim deduzido no sítio eletrônico do STF¹⁰, verbis:

“Tema 1199 - Definição de eventual (IR) RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

Relator(a): MIN. ALEXANDRE DE MORAES

Leading Case: ARE 843989

Descrição:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, a prescribibilidade dos atos de improbidade administrativa imputados à recorrente, por alegada conduta negligente na condução dos processos judiciais em que atuava como representante contratada do INSS, sem demonstração do elemento subjetivo dolo (Temas 666, 897 e 899 do STF). Delimita-se a temática de repercussão geral em definir se as novidades inseridas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992, com as alterações dadas pela Lei 14.230/2021)

9. Conteúdo do presente item obtido mediante acesso ao perfil “ronaldoqueiroz1”, mantido na rede social pelo Procurador da República Ronaldo Queiroz, professor dos autores deste artigo no Curso de Pós-graduação de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro da Universidade Católica de Brasília - UCB

10. Conteúdo acessado em 1º de setembro por meio do endereço eletrônico <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4652910&numeroProcesso=843989&classeProcesso=ARE&numeroTema=1199>

devem retroagir para beneficiar aqueles que porventura tenham cometido atos de improbidade administrativa na modalidade culposa, inclusive quanto ao prazo de prescrição para as ações de ressarcimento.

Tese:

1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;

2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;

3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;

4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.”

4. CONCLUSÃO

Considerar a sindicância patrimonial de agentes públicos como eficiente instrumento posto à disposição da Administração no combate ao enriquecimento ilícito (e à improbidade e corrupção) é alinhar-se à preocupação há muito percebida pelo legislador brasileiro, haja vista a legislação materialmente ampla que impõe ao infrator de enriquecimento ilícito sanções em esferas independentes sem a caracterização de *bis in idem*.

Assim, valendo-se da máxima de que “quem se corrompe não passa recibo”, a avaliação patrimonial é capaz de identificar distorções patrimoniais ou de padrões de vida de servidores por vezes imorais e incompatíveis com os rendimentos auferidos por esses agentes (sinais exteriores de riqueza). Tal situação permite ao Direito Administrativo Sancionador a punição desses agentes, mesmo quando os órgãos de controle não conseguem evidenciar os atos espe-

cíficos de práticas ilegais cometidas pelos agentes, dada a autonomia da conduta ímproba de enriquecimento ilícito.

Ao se detectar a evolução patrimonial incompatível do servidor em relação aos seus rendimentos declarados, o enriquecimento ilícito é presumido, sendo tal presunção relativa, ou *juris tantum*, que admite sempre prova em contrário pelo sindicado. Na verdade, como se viu, o enriquecimento ilícito por si só é, ao mesmo tempo, ilícito administrativo e civil e muito provavelmente encontrará tipificação no CP como crime contra a Administração Pública.

Nessa linha, o fortalecimento do poder punitivo do Estado por meio da autotutela do Direito Administrativo Sancionador traz eficiência à identificação de irregularidades e às correções de desvios de condutas de agentes públicos. Representa, assim, verdadeira guinada jurídica rumo à paridade de armas entre Administração e administrados, considerando-se que na esfera administrativa os processos tendem a ser mais simples e céleres do que em juízo, sem se desprezitar, jamais, os princípios da legalidade, do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa.

Ao se aprofundar no tema, percebe-se, também, que é possível à Administração Pública se utilizar de técnicas de investigação patrimonial com base em informações não protegidas por sigilo legal. Aliás, mesmo informações protegidas por sigilo podem ser obtidas por intermédio de órgão de representação judicial, quando houver evidências suficientes que motivem o pedido para utilização em processo administrativo.

Comemora-se, pois, a pacificação no âmbito do Poder Judiciário, tanto quanto à tutela administrativa para proceder à sindicância patrimonial de seus agentes como rito preparatório do PAD, quanto para incumbir ao acusado o ônus da prova para demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela Administração, sob pena de configuração, de forma autônoma, de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito.

Outrossim, importante consideração deve ser feita sobre o dolo em atos de improbidade administrativa à luz da positivação que lhe deu o § 2º do art. 1º da Lei nº 14.230, de 2021, como “a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado” nos arts. 9º, 10 e 11.

O dolo em ato de improbidade administrativa não é sinônimo de má fé, ou mesmo de dolo específico. Assim, em linha com orientação do STJ, prevalece o entendimento de que basta a comprovação do dolo genérico, que é um elemento subjetivo geral, para configurar dolo em improbidade administra-

tiva. Tal alteração não impactará a atividade correccional, posto que em seu largo desempenho sempre se atendeu à exigência da comprovação do dolo para imputar a prática de improbidade administrativa a agente público.

Já o art. 11 da LIA, com a nova redação trazida pela Lei nº 14.230, de 2021, imporá o afastamento da Lei em caso de ato cometido por culpa em sentido amplo (negligência, imperícia e imprudência), e restringirá sua caracterização a um rol de tipos fechados de conduta. Quanto ao erro grosseiro previsto no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, entende-se que nunca se aplicou aos atos de improbidade administrativa.

Vê-se, pois, que a sindicância patrimonial, mesmo em face às alterações provocadas pela novel legislação à LIA, seguirá como instrumento fundamental ao combate à corrupção, à improbidade e ao enriquecimento ilícito.

Mesmo não tendo sido objeto do presente estudo, entende-se que o recente julgamento do STF traz luz às questões que possam surgir na condução de processos administrativos disciplinares em que a comissão disciplinar se depare com a aplicação da LIA já alterada pela Lei nº 14.230, de 2021, a exemplo da atipicidade do ato culposo alcançar apenas os processos em curso (com extinção do processo, sem alcançar a coisa julgada ou a execução de penas e seus incidentes), bem como a aplicação do novo regramento dos prazos de prescrição geral e intercorrente a partir da vigência da novel legislação.

As teses do Tema 1199 de Repercussão Geral impactarão as searas judicial e administrativa no enfrentamento da improbidade administrativa. Já se veem, pois, seus reflexos na jurisprudência firmada pelo STJ, no entendimento e atuação do Ministério Público Federal e na condução dos processos administrativos disciplinares.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. Enunciado nº 8, de 09 de dezembro de 2014. Estabelece ônus probatório em caso de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 dez. 2014. Seção 1, p. 2.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (MIN. Alexandre de MORAES) Decisão Monocrática em Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.042, Distrito Federal, Leis 8.429/1992 e 14.203/2021. Pedido de medida cautelar, ajuizadas pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE (ADI 7042) e pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais - ANAFE (ADI 7043), tendo por objeto, em seu conjunto, os arts. 17, caput e §§ 14 e 20, e 17-B, da Lei 8.429/1992, alterados e incluídos pelo art. 2º da Lei 14.230/2021, e os arts. 3º e 4º, X, da referida Lei 14.230/2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. STJ, RMS 37.031/SP, 1ª Turma, j. em 8/2/2018.

BRASIL, Ministério Público Federal, Orientação nº 12/5ª CCR. Diretrizes iniciais sobre a Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que alterou a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa.

BRASIL, Ministério Público Federal: Dez Medidas Contra a Corrupção. Disponível em: <https://dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos/resumo-medidas.pdf>. Acesso em 04/10/2021.

CASTILHO, Paulo Roberto da Costa. **O dolo na improbidade administrativa: modernas teorias e nova legislação**. 2021. 83 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Econômico e Desenvolvimento) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3575>. Acesso em 28/02/2022.

LIMA, Claudio Roberto Paz. **Manual de Sindicância Patrimonial: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2021.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes, APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 14.230/2021 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA) E AS AÇÕES DISTRIBUÍDAS PELA LEI ANTERIOR (LEI Nº 8.429/92) E DEMAIS NORMAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, 2021 Disponível em: <http://gomesdemattos.com.br/wp-content/uploads/2021/10/APLICACAO-RETROATIVA-DA-LEI-N-14230-2021-LEI-DE-IMPROBIDADE-ADMINISTRATIVA->

E-AS-ACOES-DISTRIBUIDAS-PELA-LEI-ANTERIOR-LEI-N-8429-92-E-DEMAIS-NORMAS-DE-DIREITO-ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR.pdf . Acesso em 28/02/2022.

MOHALLEM, Michael Freitas, et al. Novas medidas contra a corrupção. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: https://gravatai-glorinha.osbrasil.org.br/wp-content/uploads/sites/54/2018/09/Novas_Medidas_resumo.pdf. Acesso em 04/10/2021.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. **Improbidade Administrativa - Direito Material e Processual**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, Curso de Direito Administrativo. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Método 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**: 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

SARTI, Amir José Finocchiaro. **Natureza jurídica da ação de improbidade administrativa**. Revista da Faculdade de Direito da FMP, Porto Alegre, volume 8, 2013.

SERRANO, Antônio Carlos Alves Pinto. O direito administrativo sancionador e a individualização da conduta dos agentes sancionados. Revista Digital de Direito Administrativo, Ribeirão Preto, volume 7, n. 1, 2020. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v7i1p117;138>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/159398>. Acesso em 04/10/2021.

TEIXEIRA, Marcos Salles. **Anotações sobre Processo Administrativo Disciplinar**, 2020. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/46836>. Acesso em 04/10/2021.

VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

Reflexões sobre a vedação ao *bis in idem* e a sobreposição de sanções da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção: Impacto das alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021 na punição de pessoas jurídicas

Keiko Nakayoshi¹ e Renata Costa Bandeira de Mello²

Resumo: Este trabalho tem por objetivo examinar a viabilidade de imposição simultânea de sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção, a uma pessoa jurídica, diante de um mesmo ilícito praticado. O estudo procurou demonstrar que desde o advento da Lei Anticorrupção, esse assunto tem sido objeto de discussão, em virtude de possível violação ao princípio da vedação ao *bis in idem*, norteador do Direito Administrativo Sancionador. Havia quem considerasse legítima a dupla penalização, mas também quem tivesse opinião contrária e defendesse que essa hipótese caracterizaria *bis in idem*. Após breve exame dos diversos posicionamentos existentes, sustentou-se que com a edição recente da Lei nº 14.230/2021, que alterou a Lei de Improbidade Administrativa e nela consagrou o princípio do *non bis in idem* no que tange à punição com base nas citadas leis, o legislador reconheceu a especialidade da Lei Anticorrupção em face da Lei de Improbidade, quanto à responsabilização de entes privados, afastando expressamente a incidência da Lei de Improbidade Administrativa nos casos que também configurem infrações descritas na Lei Anticorrupção.

Palavras-chave: Direito administrativo sancionador; dupla punição de pessoas jurídicas; vedação ao *bis in idem*.

Abstract: This paper aims to examine the viability of concurrent imposition of sanctions on a company, based on the Brazilian Improbity Act and the Brazilian Anticorruption Act, due to the same offence. The study sought to demonstrate that since the advent of the Brazilian Anticorruption Act this issue have been discussed, in the light of a possible violation of the *non bis in idem* clause, which is a guiding principle of Administrative Sanctioning Law. There were those who considered the double punishment lawful but there were also those who believed otherwise and advocated that it would constitute *bis in idem*. After a brief analysis on the several existent positions, it was sustained that by the recent enactment of Law nº 14.230/2021, which modified the Brazilian Improbity Act and enshrined the *non bis in idem* clause with regard to punishment of companies, based on the above-mentioned laws, the legislator recognized the specificity of the Brazilian Anticorruption Act in the face of the Brazilian Improbity Act, as to companies liability, explicitly excluding the applicability of the Brazilian Improbity Act to those cases that also represent offences defined in the Brazilian Anticorruption Act.

Keyword: Administrative sanctioning law; double punishment of companies, *non bis in idem*.

1. Técnica Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União; keiko@cgu.gov.br.

2. Auditora Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União; renata.mello@cgu.gov.br.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial (LAC, como passará a ser denominada, para simplificar), dispõe, como se sabe, sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas, pela prática de atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Seu surgimento se deu em um cenário de ampliação do combate à corrupção no país, após o Brasil ter assumido diversos compromissos internacionais atinentes ao enfrentamento dessa prática.

É certo que antes da LAC já havia, no ordenamento jurídico brasileiro, múltiplas leis contendo previsão de responsabilização de entes privados, por condutas irregulares, embora nenhum desses normativos tratasse especificamente de atos lesivos à Administração Pública estrangeira. É o caso da Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações e Contratos e demais diplomas que versam sobre contratações públicas, da Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA), da Lei nº 12.529/2011 – Lei do CADE e outras.

Destarte, essa diversidade de microssistemas de responsabilização de pessoas jurídicas em nosso ordenamento trouxe à tona discussões sobre o risco de ocorrência de *bis in idem*, haja vista que um comportamento adotado por um ente privado pode vir a configurar infração a uma ou a várias dessas leis concomitantemente. Explica-se.

O Direito Administrativo Sancionador tem como um de seus princípios norteadores o do *ne bis in idem* ou *non bis in idem*, o qual traduz a máxima de que ninguém pode ser condenado ou processado mais de uma vez, por um mesmo fato.

Em relação ao assunto, o legislador inseriu na LAC os arts. 29 e 30, os quais prescrevem que a aplicação das sanções nela indicadas não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica (art. 29) e não afeta os processos de responsabilização e a aplicação de penalidades decorrentes: a) de ato de improbidade administrativa nos termos da LIA (inciso I, art. 30) e b) de atos alcançados pela Lei de Licitações e Contratos (inciso II, art. 30).

À primeira vista, os referidos preceitos parecem permitir a cumulação de punições a uma pessoa jurídica, por uma mesma conduta tida por irregular, com base nas aludidas leis, o que acabou gerando debates concernentes à possível antinomia entre o que estabelecem os arts. 29 e 30 da LAC e a vedação ao *bis in idem*.

Ainda nessa esteira de discussões, tem-se que foi recentemente promulgada a Lei nº 14.230/2021, que reformulou inúmeros dispositivos da lei de im-

probidade. Com isso, foram nela introduzidos os arts. 3º, §2º e 12, §7º, materializando o princípio da vedação ao *bis in idem* no que tange às penalidades previstas na LIA e na LAC.

Tecidas essas considerações preliminares, cumpre explanar que o que se buscou neste artigo, mas sem qualquer pretensão de esgotar o tema, foi analisar a problemática da sobreposição de sanções enunciadas na LIA e na LAC, em função de um único ilícito praticado, à luz do princípio da vedação ao *bis in idem*, antes e depois das modificações na LIA.

Para tanto, foi feita uma pesquisa aplicada e foi utilizado o método qualitativo, com ênfase na observação e no estudo documental. Quanto ao procedimento técnico, foi realizada pesquisa bibliográfica, baseada em jurisprudência, livros e artigos científicos.

Assim, em um primeiro momento, foram traçadas linhas gerais no que concerne à responsabilização de pessoas jurídicas com fulcro na LIA e na LAC (item 2.1). Posteriormente, foram revisitados os posicionamentos vigentes anteriormente à reforma da LIA, quanto à viabilidade de dupla punição a um ente privado, fundada nos supracitados diplomas legais, em vista do disposto no art. 30, I, da LAC (item 2.2). Em um terceiro momento, foi examinado qual o entendimento acerca do impacto das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021, na penalização de pessoas jurídicas, no que diz respeito aos ilícitos tipificados na LIA e na LAC (item 2.3). Ao final, foi trazida a visão das autoras sobre a matéria (item 2.4).

2. DISCUSSÕES

2.1. RESPONSABILIDADE DE PESSOAS JURÍDICAS COM BASE NA LEI ANTICORRUPÇÃO E NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A LAC teve por propósito, consoante a Exposição de Motivos Interministerial (EMI nº 00011 2009 – CGU/MJ/AGU) do anteprojeto de lei de que se originou, suprir uma lacuna no direito brasileiro, relativamente à responsabilização de entes privados por atos de corrupção e fraudes em licitações e contratos.

Não se perca de vista, contudo, que, como acertadamente leciona Zockun (2021, p. 15 e16), o objeto juridicamente por ela tutelado vai bem além do crime de corrupção, sendo mais amplo o seu real conteúdo e alcance, razão pela qual sustenta que o mais apropriado seria falar em “Lei de Probidade Administrativa Empresarial” e não em Lei Anticorrupção.

De todo modo, é fato que o advento da LAC no ordenamento pátrio ocorreu em uma conjuntura em que o Brasil necessitava adaptar sua legislação interna, no afã de implementar medidas adequadas

a uma maior efetividade na prevenção e no combate à corrupção, por consequência de obrigações assumidas quando da ratificação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da Organização das Nações Unidas (ONU), promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), promulgada pelo Decreto nº 4.410/2002, e da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), promulgada pelo Decreto nº 3.678/2000³.

A LAC institui no art. 2º, para os atos lesivos nela tipificados, a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, tanto na seara administrativa como na judicial. Como assinala Ribeiro (2017, p. 52 e 53), a responsabilidade objetiva de que cuida a lei pressupõe a demonstração de alguns elementos, a fim de que haja responsabilização do ente privado, que vai responder por atos praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. São eles: a prática de qualquer das condutas descritas no art. 5º da lei e o nexo de causalidade entre o ilícito e a atuação direta ou indireta da pessoa jurídica.

Ao passo que no art. 5º da LAC foram listados os comportamentos que constituem os atos lesivos, em seu art. 6º foram indicadas quais as sanções administrativas cabíveis aos entes responsáveis por tais atos (multa e publicação extraordinária da decisão condenatória).

A mesma lei, no art. 19, apresenta as penalidades a serem cominadas às pessoas jurídicas infratoras, na esfera judicial (perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial de suas 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 um e máximo de cinco anos).

Além disso, o art. 21, parágrafo único, da LAC, dispõe sobre a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito.

A responsabilização com fulcro na LAC, na esfera administrativa, foi delineada no Capítulo III da lei e a responsabilização na esfera judicial, no capítulo VI, competindo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e ao Ministério Público, o ajuizamento da respectiva ação civil pública, nos termos do art. 19, *caput*, c/c art. 21, *caput*, da LAC.

No que se refere à LIA, que regulamenta o art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, importa consignar que há muito existe jurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), na linha de que as pessoas jurídicas também se sujeitam a seus ditames, na qualidade de beneficiárias ou partícipes, nos moldes do art. 3º da lei, podendo ser penalizadas com as sanções nela prescritas (a LIA relaciona, no art. 12, quais as sanções cabíveis aos responsáveis pelos atos de improbidade dispostos em seus arts. 9º, 10 e 11), desde que compatíveis com sua natureza⁴.

Logo, não poderiam ser a elas cominadas as penalidades de suspensão de direitos políticos e perda da função pública, mas sim as atinentes à perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ao pagamento de multa e à proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, além do ressarcimento integral do dano, quando houver⁵.

Outro importante entendimento pacificado no STJ a respeito do tema é no sentido de que apesar de o particular se submeter às penalidades da LIA, não pode ser proposta ação de improbidade unicamente em desfavor dele, sendo imprescindível que o agente público figure no polo passivo da demanda, pois sem a participação de agente público, não há incidência da LIA⁶.

A responsabilização da pessoa jurídica na esfera da LIA se dá apenas por meio da instância judicial e sob o prisma da responsabilidade subjetiva, sendo, dessa forma, imprescindível a comprovação da presença do elemento subjetivo para a condenação por improbidade administrativa.

Fazendo um cotejo entre a LIA e a LAC, já que ambas prescrevem punições a pessoas jurídicas, notam-se nelas vários pontos em comum. Com

3. Vianna e Sousa (2022, p. 858) lembram que a LAC foi também uma das leis aprovadas no país após protestos populares que se intensificaram ao longo de 2013, tendo como um de seus objetivos o combate à corrupção.

4. REsp 970393-CE, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/06/2012, DJe de 29/06/2012; Resp nº 1.122.177 MT, Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/08/2010, DJe de 27/04/2011; AgInt no REsp nº 1846504 SP, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17/05/2021, DJe de 19/05/2021.

5. Cabe destacar, como assinalado pelo STJ, que o ressarcimento do dano não é sanção propriamente dita, mas sim consequência do prejuízo causado. Resp 1184897-PE, Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/06/2010, DJe de 27/04/2011.

6. REsp 1.155.992-PA, Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/03/2010, DJe de 01/07/2010; REsp 1.171.017-PA, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 25/02/2014, DJe de 06/03/2014.

efeito, os dois normativos tutelam os mesmos bens jurídicos, que são a Administração Pública e a probidade administrativa.

Para Didier Jr. e Bomfim (2017, p. 77), a LAC, embora tenha âmbito de aplicação distinto, compõe com a LIA um microsistema legal de combate a atos lesivos à Administração Pública.

Seguindo a mesma orientação, Tojal (2014, online) pontua que tanto a LAC como a LIA “visam resguardar o mesmo bem, qual seja, a Administração Pública”.

Santos (2016, p. 27) vai além e defende, em sua dissertação de mestrado, que “as infrações definidas na Lei nº 12.846/2013 têm o mesmo fundamento constitucional das infrações definidas na Lei nº 8.429/92, qual seja, o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, que prevê os atos de improbidade administrativa”.

Verifica-se ainda semelhança entre os atos lesivos previstos na LAC e algumas das condutas ímprobadas descritas na LIA, bem como similitude de sanções enunciadas nos dois diplomas legais. De fato, a única sanção da LIA que não encontra correspondência na LAC é a proibição de contratar com o poder público (Sá, 2020, online).

Diante do exposto, desde a edição da LAC começou a haver grande controvérsia quanto à viabilidade de incidência simultânea das duas leis, a um ente privado, em relação a um mesmo comportamento ilícito, havendo quem entendesse pela possibilidade, nos moldes do que preconiza o art. 30, I, da LAC, mas também quem tivesse opinião contrária, por considerar que essa hipótese configuraria afronta ao princípio da vedação ao *bis in idem*.

No próximo tópico, serão apresentados alguns posicionamentos concernentes ao tema, esposados antes da reestruturação da LIA, promovida pela Lei nº 14.230/2021.

2.2. INTERPRETAÇÃO DO ART. 30, I, DA LEI ANTICORRUPÇÃO, ANTES DA REFORMA NA LEI DE IMPROBIDADE

O art. 30, I, da LAC, expressa, como visto, que a aplicação das sanções nela dispostas não afeta os processos de responsabilização e a cominação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa nos termos da LIA.

Já advertia Tojal (2014, online) que uma leitura isolada desse dispositivo levaria a crer que a LAC e a LIA poderiam ensejar dupla punição às pessoas jurídicas, pela prática do mesmo ato.

E nesse rumo vinha se posicionando parte doutrina, como é o caso de Teixeira, Batisti e Sales:

Assim, o ato ilícito perpetrado pela pessoa jurídica pode dar ensejo à responsabilização com base na Lei Anticorrupção e, eventualmente, ensejar a aplicação das sanções por ato de improbidade, sempre, é óbvio, que a conduta se enquadrar em uma das hipóteses dos artigos 9, 10 ou 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Em suma, o escopo do presente dispositivo é deixar expressa a autonomia da Lei Anticorrupção em relação à Lei de Improbidade Administrativa (Teixeira, Batisti e Sales, 2016, p.180)

Para Mello (2007 *apud* Ribeiro, 2017, p. 105), o princípio do *non bis in idem* não impede o legislador de atribuir mais de uma sanção para uma mesma conduta, sustentando ainda que caso a lei formal assim o faça, serão elas consideradas adequadas e proporcionais, não sendo sua aplicação violadora do referido princípio.

Na visão de Costódio Filho (2015, p. 360 e 361), poderão ser integralmente cumuladas as penalidades infligidas a um ente privado, com fulcro em distintas leis, alertando para o fato de que não obstante a coincidência dos tipos infracionais estabelecidos em algumas dessas leis, a própria LAC reconhece, nos arts. 29 e 30, a independência das instâncias para processar e julgar os ilícitos nela previstos, em relação aos dispostos nos demais normativos.

Na esfera judicial, o Tribunal de Justiça do Paraná perfilhou de entendimento similar⁷:

E, por fim, não se visualiza impeditivo, em princípio, para que, em uma mesma ação seja perquirida a aplicação de sanções tanto da Lei de Improbidade Administrativa quanto da Lei Anticorrupção. Isso porque, de acordo com a Lei nº 12.846/2013, há previsão expressa de que a incidência das sanções da Lei de Anticorrupção não afeta a responsabilização por ato ímprobo.

Em sentido oposto, havia quem propugnasse, mesmo antes da recente alteração da LIA pela Lei nº 14.230/2021, a inviabilidade de imposição simultânea das sanções enunciadas na LIA e na LAC, a um ente privado, por um único ilícito praticado, apesar da redação do art. 30, inciso I, da LAC.

Nessa direção, Tojal (2014, online) defendia a impossibilidade de dupla penalidade às pessoas jurídicas, por um único ato, com base nas duas leis, as-

7. Processo nº. 0023629-21.2019.8.16.0000, 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, Relator: Desembargador Carlos Mansur Arida, julgado em 15/10/2019, publicado em 17/10/2019.

severando que isso configuraria um verdadeiro *bis in idem*, tendo em vista que ambos os diplomas legais tutelam o mesmo bem jurídico.

Em suma, argumentou que a interpretação do art. 30, inciso I, da Lei nº 12.846/2013, deveria ser feita em conformidade com a Constituição da República, para que não fosse esse dispositivo inquinado de inconstitucional, por violação ao princípio do *non bis in idem*.

Nessa ordem de ideias, ponderou Tojal (2014, online) que, com a edição da LAC, de mesma posição hierárquica que a LIA, possuindo ainda caráter de “lei especial” em relação a essa última, em virtude de ter estabelecido um novo regime de responsabilização, baseado na responsabilidade objetiva, com regramentos direcionados somente às pessoas jurídicas, a única interpretação possível seria a de que teria havido nítida derrogação da aplicação das disposições da LIA aos entes privados, os quais teriam passado a se sujeitar apenas aos ditames da LAC, com seu rol taxativo de condutas e penalidades.

A LIA, com o advento da LAC, segundo o entendimento por ele adotado, teria passado a incidir exclusivamente sobre atos cometidos por pessoas naturais⁸, agentes públicos ou não, o que estaria em consonância, a seu ver, com o preceituado no art. 3.º, *caput* e § 2º, da LAC, os quais prescrevem, respectivamente, que a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual dos seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito, e que os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por ilícitos na medida da sua culpabilidade.

Em sua linha de raciocínio, uma vez que a LAC só cuida de responsabilização por atos lesivos praticados por pessoas jurídicas, a responsabilização das pessoas naturais pelos ilícitos nela tipificados, nos termos delineados em seu art. 3.º, *caput* e § 2º, dar-se-ia por meio da LIA, sob o enfoque da responsabilidade subjetiva. Já as pessoas jurídicas apenas se submetem à LAC. Confirma-se:

Dessa forma, nota-se, claramente, a convergência entre a Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade, bem como a nítida derrogação da aplicação das disposições da Lei 8.429/1992 às pessoas jurídicas [...]. Tendo em vista essa convergência, a previsão contida no art. 30, I, da Lei 12.846/2013, deve ser interpretada da mesma forma integrada àquela do art. 3.º, ou seja, no sentido de que a responsabilização das pessoas ju-

rídicas pelos atos previstos na Lei Anticorrupção não afeta os processos de responsabilização e aplicação das penalidades às pessoas naturais decorrentes de ato de improbidade administrativa, a qual será apurada segundo a culpabilidade. Essa interpretação integradora do ordenamento jurídico também deve ser realizada em relação ao *caput* do art. 12, da Lei 8.429/1992, de modo a se estabelecer uma via de mão dupla: a Lei Anticorrupção dispõe que a responsabilização da pessoa jurídica não afetará a responsabilização das pessoas físicas no âmbito da Lei de Improbidade, e esta assevera que o responsável pelo ato de improbidade (pessoa natural) responderá pelas cominações previstas nesta lei independentemente de outras disposições previstas em lei específica (dentre elas a Lei 12.846/2013). Deve-se lembrar, mais uma vez, para que não se produzam confusões hermenêuticas, que a partir do advento da Lei 12.846/2013, as pessoas jurídicas não respondem mais por ato de improbidade, mas tão somente pelos atos previstos na Lei 12.846/2013 (TOJAL, 2014, p.4)

Também contrária à incidência simultânea da LAC e da LIA a uma mesma pessoa jurídica, por um único ato infracional, Sá (2020, online) explica seu posicionamento:

Segundo o princípio da especialidade, a existência de uma norma especial acerca de determinado assunto afasta a aplicação da lei geral, o que os penalistas denominam de conflito aparente de normas. Nessa direção, é possível observar que a lei anticorrupção pode ser considerada especial em relação à Lei de Improbidade Administrativa no que se refere às pessoas jurídicas, isso porque trata mais profunda e efetivamente de atos de corrupção por elas praticados, a exemplo do que ocorre em relação à previsão de sanções administrativas, responsabilização objetiva entre outros mecanismos utilizados. (SÁ, 2020, online)

Prossegue ela ressaltando que além de a LAC ser mais efetiva, pelos instrumentos de que dispõe, prevê ainda sanções similares à LIA, à exceção da proibição de contratar com o Poder Público, o que reforçaria a tese do cabimento exclusivo, às pessoas jurídicas, da LAC. Sublinha, de igual modo, que o

8. Sobre esse ponto, sobreleva anotar que, para Tojal (2014, online), a LIA foi, desde o seu início, concebida com foco na responsabilização das pessoas naturais, embora ele reconheça que, antes da LAC, a pessoa jurídica deveria integrar, obrigatoriamente, o polo passivo da ação de improbidade administrativa.

art. 30 da LAC deve ser analisado de forma sistêmica, levando em consideração os princípios do direito e demais normas concernentes ao tema.

Martins Júnior (2021, p. 342), por seu turno, sustentava que se não houvesse ação ou omissão ímproba imputável a agente público, a hipótese seria de incidência da LAC (isto é, se apenas o agente privado tivesse cometido o ilícito, sem envolvimento de agente público, aplicar-se-ia a LAC), mas em havendo comportamento ímprobo de agente público, ainda que em benefício do ente privado, a situação seria de aplicação da LIA tanto ao agente público como ao particular/ente privado, de modo que a incidência de uma lei excluiria a outra (MARTINS JUNIOR, 2021, p. 343-345). Veja-se:

Malgrado possa parecer sedutora a ideia de incidência fracionada de um e outro diploma legal, ela resulta de concepção antagônica: ou há improbidade administrativa decorrente de conduta ilícita de agente público ou há prática de ato lesivo à Administração Pública resultante de comportamento ilícito de pessoa jurídica de direito privado. [...] Com efeito, se a pessoa jurídica fornece a agente público vantagem econômica indevida, ela é coautora ou partícipe de ato de improbidade administrativa (art. 9º, Lei nº 8.429/92), estando o agente público e essa pessoa jurídica sujeitos às sanções do art. 12, I, da Lei de Improbidade Administrativa. Para aplicar-se a Lei nº 12.846/13, é preciso que se afaste a responsabilidade do agente público e, portanto, a caracterização de ato de improbidade administrativa (MARTINS JUNIOR, 2021, p. 344 e 345)

Em voto proferido no bojo do processo nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR⁹, assinalou a Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida a respeito da matéria:

No que concerne às instâncias penal e administrativa, não remanesçam dúvidas quanto à sua independência, donde o consectário de que o mesmo suporte fático poderá configurar crime e ato ímprobo, incidindo as penas correspondentes, nas respectivas esferas, sem que se possa falar em *bis in idem*. No entanto, se restritos ao âmbito administrativo, tanto os atos de corrupção quanto os de improbidade serão passíveis de sanção. Integram o direito ad-

ministrativo sancionador. **Por isso, diferentemente do que se dá entre o administrativo e o penal, aplicar-se dupla sanção na seara administrativa ao mesmo agente e em razão de um mesmo delito tipificado tanto como corrupção quanto improbidade, configura bis in idem. [...] a LIA busca, primordialmente, punir o agente público ímprobo, alcançando, eventualmente, o particular. Já a LAC tem por objetivo punir a pessoa jurídica envolvida em práticas corruptas, podendo também, em sentido inverso, identificar agentes públicos coniventes, levando-os, por consequência, para o campo de incidência da LIA. Não há antinomia abrogante entre os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.249/1992 e o artigo 1º da Lei nº 12.846/2013, pois, naquela, justamente o legislador pátrio objetivou responsabilizar subjetivamente o agente ímprobo, e nesta, o mens legislatoris foi a responsabilização objetiva da pessoa jurídica envolvida nos atos de corrupção.** (Grifos nossos)

Mascarenhas (2020, p. 38), no mesmo viés, comungava da opinião de que para que não houvesse afronta ao princípio do *non bis in idem*, o máximo que se poderia admitir na tutela de um bem jurídico seria a sujeição do autor da conduta irregular a um processo de responsabilização criminal cumulado com outro processo de responsabilização punitiva não criminal, além da obrigação de reparar o dano.

Assim, para ele, “o artigo 30 da Lei anticorrupção, e qualquer outro dispositivo legal que admita a possibilidade de duas ou mais punições não penais, será inconstitucional”.

No tópico seguinte, serão examinados os impactos causados com a edição da Lei nº 14.230/2021 no entendimento referente à dupla incidência da LAC e da LIA a um mesmo ente privado, simultaneamente.

2.3. INOVAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 14.230/2021 E A MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NON BIS IN IDEM*

Com o advento da Lei nº 14.230/2021, ocorreram profundas modificações na Lei de Improbidade Administrativa.

Conforme consignado no Parecer do Relator ao Projeto de Lei nº 10.887/2018, do qual decorreu a Lei nº 14.230/2021, documento esse apresentado ao Plenário da Câmara dos Deputados na data de 21/10/2020¹⁰, o

9. Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, TRF4, Relator: Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida, 3ª Turma, julgado em 22/08/2017.

10. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1938171&filename=PRLP+1+%3D%3E+PL+2505/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+pl+10887/2018%29. Acesso em: 29 mar. 2022

citado projeto resultou do trabalho de uma Comissão de Juristas, coordenada pelo ministro Mauro Campbell, do STJ, e sua elaboração seguiu três premissas básicas: a) necessidade de incorporação, ao projeto de lei, da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores na interpretação da LIA; b) compatibilização com leis posteriores (novo Código de Processo Civil - CPC, Lei Anticorrupção e Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB); e c) sugestão de novidades, novos institutos e premissas, que corrigissem os pontos mais sensíveis da LIA.

No art. 1º, *caput*, da LIA, em sua nova redação, foi feita alusão à existência de um “sistema de responsabilização por atos de improbidade”, a tutelar a probidade administrativa, o qual abrange uma pluralidade de diplomas, sendo a Lei nº 8.429/92 um desses normativos (JUSTEN FILHO, 2022, p. 7 e 8).

O art. 1º, §4º, da LIA, incluído pela Lei nº 14.230/2021, estabelece serem aplicáveis ao sistema da improbidade de que cuida aquela Lei os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador.

Foram também inseridos na LIA os arts. 3º, §2º e 12, §7º, os quais dispõem:

Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade.

(...)

§ 2º As sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

(...)

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

(...)

§ 7º As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na [Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013](#), deverão observar o princípio constitucional do *non bis in idem*.

Até a edição da Lei nº 14.230/2021, como lembra Mascarenhas (2020, p. 17), a principal menção ao princípio do *non bis in idem* no direito brasileiro se encontrava no art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969), que foi ratificada pelo Brasil e aqui promulgada pelo Decreto nº 678/92¹¹, passando a ter, com isso, o *status* de norma supralegal no ordenamento interno.

Entretanto, malgrado a vedação ao *bis in idem* não estivesse prevista diretamente no texto da Constituição Federal de 1988, já integrava nosso sistema jurídico com natureza de norma constitucional, ainda que implicitamente, por estar intimamente ligada aos princípios da legalidade, do devido processo legal e da proporcionalidade (OSÓRIO, 2020, p. 305 e 306). Também nessa linha, defendia Tojal (2014, online) que “a vedação ao *bis in idem* integra o ordenamento jurídico pátrio sob a perspectiva de garantia fundamental”.

De todo modo, ao introduzir o art. 12, §7º, é certo que a Lei nº 14.230/2021 materializou expressamente na LIA a necessidade de observância do princípio do *non bis in idem*, no que tange ao sancionamento com fulcro na LIA e na LAC.

Pois bem, se antes da reforma legislativa o tema gerava controvérsia, a inclusão dos arts. 3º, §2º e 12, §7º na LIA, pela Lei nº 14.230/2021, parecia ter solucionado a questão.

Porém, quando se analisam alguns posicionamentos e interpretações adotados acerca da matéria, já sob a égide do novo texto da LIA, percebe-se que não foi o que ocorreu.

Por um lado, argumentam Gomes Junior e Favreto (2021, p. 218) que o que lhes parece correto, após a leitura do art. 12, §7º da LIA, é que, em princípio, essa lei deveria incidir sobre as pessoas físicas e a LAC sobre as pessoas jurídicas, dado que as sanções nessa última listadas seriam mais apropriadas aos entes privados.

Esclarecem (2021, p.218) que “o dispositivo acrescido ao art. 12 da Lei em comento reforça essa linha de cautela e utilização apartada de cada lei e suas sanções, em respeito ao preceito maior do *non bis in idem*”.

Justen Filho (2022, p. 68), ao tecer comentários acerca do art. 3º, §2º, da LIA, denota que a regra enunciada no art. 30 da LAC implica que o sancionamento nela disposto “não afeta a repressão prevista em outros diplomas legislativos específicos”, asseverando que, em qualquer hipótese, deve ser aplicada a norma específica, à luz do art. 2º, §2º, da

11. Anexo ao Decreto nº 678, de 1992: Artigo 8º - Garantias judiciais (...) 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

LINDB¹². Salienta, nesse sentido, que a incidência da norma especial exclui a da norma geral e que “a coexistência de LIA e de LAC decorre de seu distinto âmbito de abrangência”.

Nessa esteira de pensamento, assinala, em síntese (2022, p. 157-159), que a LIA deve ser tida por lei especial quando se está a tratar de condutas ilícitas praticadas por agente estatal e a LAC é a lei específica quando se fala de “repressão a condutas corruptas de empresas privadas”, realçando ainda que cada um desses normativos possui sua esfera própria de aplicação, tendo a LAC reduzido o campo de incidência da LIA.

No entender de Neves e Oliveira (2021, p. 47), o risco de *bis in idem* seria afastado, *a priori*, pelo art. 3º, § 2º, da LIA, que impede a aplicação, às pessoas jurídicas, das sanções indicadas no referido diploma, quando os atos de improbidade forem também tipificados como atos lesivos puníveis com fundamento na LAC.

De outro lado, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção do Ministério Público Federal (MPF) emitiu as orientações contidas na Nota Técnica nº 01/2021 – 5ª CCR, datada de 12 de novembro de 2021, sobre a aplicação da Lei nº 8.429/1992, com as alterações da Lei nº 14.230/2021.

No item 2 da Nota, foi sublinhado que “o sistema de improbidade administrativa integra a parcela do ordenamento jurídico sancionatório, de caráter não penal, cuja unidade forma o Direito Administrativo Sancionador, como exigência do artigo 37, §4, in fine, e o atual artigo 1º, §4º da LIA”.

No item 4.12, destacou-se que:

A incidência de outros sistemas de responsabilização sobre os mesmos fatos, deflagrando consequências jurídicas-sancionatórias diversas da prevista no sistema de improbidade administrativa exige que todas as Instituições promovam a adequada e necessária cooperação interinstitucional para que, relativamente aos infratores e responsáveis, não se produza reação estatal irracional, excessiva ou intolerável, ofensiva ao princípio constitucional da proporcionalidade (artigo 5º, inciso LIV), não amparada no princípio da independência constitucional das instâncias.

Especificamente sobre o art. 3º, §2º, da LIA, acrescido pela Lei nº 14.230/2021, na visão da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, a interpretação a ser dada é de que, em síntese: a) tanto a LAC quanto a LIA continuam incidindo, simulta-

neamente, nas situações que configurem os tipos nelas previstos, podendo o Ministério Público (MP) decidir, no caso concreto, com base em um juízo de conveniência e oportunidade, qual ação irá ajuizar, se a ação civil pública com fundamento na LIA ou a ação civil pública com fundamento na LAC; b) o MP pode até mesmo resolver ajuizar as duas ações concomitantemente, contra a mesma pessoa jurídica, pelos mesmos fatos; c) o que não pode, nos termos do novo dispositivo, segundo o MP, é haver duplo sancionamento, de modo que, caso haja sentença com trânsito em julgado, no sentido da aplicação das penalidades enunciadas na LAC, ficará prejudicada a imposição das sanções prescritas na LIA, em face do mesmo ilícito; d) o fato de haver responsabilização com base na LAC, na esfera administrativa, não afeta em nada a competência do MP para ajuizar ação com base na LIA, como também não afeta eventual condenação na instância judicial, fundada na LIA, em desfavor do mesmo ente privado que recebeu penalidade na esfera administrativa, em virtude do princípio da independência das instâncias. Confira-se:

22. O novo artigo 3º, § 2º da LIA, que trata da responsabilização de pessoas jurídicas no sistema de improbidade, é inaplicável a atos de improbidade praticados antes da vigência da Lei nº 14.230, considerando o disposto no artigo 30, inciso I da Lei nº 12.846/2013. 23. O disposto no artigo 3º, § 2º da LIA, incluído pela Lei nº 14.230, não é aplicável às hipóteses de sanção resultantes do processo de responsabilização administrativa (artigo 6º da Lei nº 12.846), em razão do princípio constitucional da independência das instâncias, com fulcro no artigo 37, §4º da CF, e artigo 18 e 30, inciso I, da Lei 12.846/2013. 24. É admissível a propositura/tramitação simultânea de ação civil pública de improbidade (com fundamento na LIA) e de ação civil pública por ato lesivo a administração pública nacional (com fundamento na Lei nº 12.846) contra a mesma pessoa jurídica, pelos mesmos fatos, cabendo ao Ministério Público exercer o juízo de conveniência e oportunidade em relação ao ajuizamento de uma ou outra, ou ambas, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, e do resultado da apuração dos ilícitos investigados. 25. Havendo aplicação definitiva em processo judicial, por sentença com trânsito em julgado formal e material, das sanções previstas na Lei nº 12.846, ficará prejudicada a aplicação ou a execução das sanções pre-

12. Art. 2º, §2º da LINDB: A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

vistas na LIA, em razão dos mesmos fatos, contra a mesma pessoa jurídica.

Importante ainda citar o que foi proclamado na Nota Técnica nº 01/2021 – 5ª CCR, no que se refere ao art. 12, §7º, da LIA:

204. O princípio constitucional do *non bis in idem* (vertente material), derivado do princípio constitucional do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), relativamente às sanções imponíveis às pessoas jurídicas, previstas no artigo 12 da LIA, exige a observância do regime disciplinado no artigo 3º, §2º, por força do artigo 12, §7º, ambos da LIA, inseridos pela Lei nº 14.230/2021, de modo a harmonizar a aplicação sistemática da Lei nº 8.429 e da Lei nº 12.846, na tutela da probidade como bem jurídico protegido. 205. O princípio constitucional do *non bis in idem* (vertente processual), derivado do princípio constitucional do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV) impede que os mesmos fatos ilícitos possam ser objeto de distintos inquéritos civis públicos ou de distintas ações civis públicas de improbidade administrativa, o que se encontra previsto no artigo 17, §19, primeira parte, da LIA, inserido pela Lei nº 14.230/2021.

Como se nota, no entendimento da 5ª Câmara, a vedação ao *bis in idem*, consagrada na LIA, em sua vertente processual, impede apenas que os mesmos fatos sejam objeto de distintos inquéritos civis públicos ou ações civis públicas de improbidade administrativa, não constituindo violação ao mencionado princípio o eventual ajuizamento de duas ações civis públicas, uma com base na LIA e outra com base na LAC.

Dito isso e uma vez registrados alguns posicionamentos externados após a reforma na LIA, passar-se-á, a partir de agora, a expor a visão das autoras quanto à questão da viabilidade de duplo processamento e de dupla punição a um ente privado, com fundamento na LIA e na LAC, por um único ato infracional, diante do que dispõem os arts. 3º, §2º e 12, §7º da LIA.

2.4. impacto das alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021 na punição de pessoas jurídicas

Com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021 ao art. 1º, §4º, da LIA, como visto, foi explicitamente acolhida, pelo legislador, a tese de que a responsabilização com fulcro na LIA, tal como na esfera da LAC, sujeita-se ao regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador, devendo, pois, ser aplicados a seus ilícitos e sanções todos os princípios norteadores desse sub-ramo do direito.

É de se ressaltar que esse entendimento já vinha sendo adotado pelos Tribunais Superiores¹³ e por parte da doutrina, previamente à reformulação na LIA. Nessa linha, Osório (2014, p. 455) há muito defendia que a natureza jurídica das sanções estatuídas na LIA era de Direito Administrativo Sancionador. Justificava ele que a natureza jurídica da sanção deve acompanhar o regime jurídico da respectiva infração e que, ao examinar os ilícitos enunciados na LIA, percebe-se que não há outro ramo jurídico, que não o próprio Direito Administrativo, a disciplinar os tipos nela indicados e seus elementos constitutivos¹⁴.

Em recente voto proferido nos autos da Reclamação nº 41.557/SP¹⁵, antes da alteração na LIA, o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), também havia declarado que:

A ação civil de improbidade administrativa trata de um procedimento que pertence ao chamado direito administrativo sancionador, que, por sua vez, se aproxima muito do direito penal e deve ser compreendido como uma extensão do jus puniendi estatal e do sistema criminal.

Cabe recordar, como já assinalado no bojo deste artigo, que, entre os diversos princípios reitores do Direito Administrativo Sancionador, encontra-se o princípio do *non bis in idem* (OSÓRIO, 2020, p. 305). Oliveira (2012, p. 241), em sua dissertação de mestrado, propugna, a esse respeito, que “a unidade do ius puniendi do Estado obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o direito administrativo sancionador”, enfatizando que são ga-

13. STJ: REsp 1847488/SP, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/04/2021, DJe de 26/04/2021; Resp AgInt no AREsp 1148753/DF, Relator: Ministro Napoleão Nunes, Primeira Turma, julgado em 01/12/2020, DJe de 09/12/2020, AgInt nos EREsp 1761937/SP, Relator: Ministro Mauro Campbell, Primeira Seção, julgado em 19/10/2021, DJe de 22/10/2021; e STF: Reclamação nº 41557/SP, Relator: Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 15/12/2020, publicado aos 10/03/2021.

14. Segue o conceito proposto por Osório (2020, p. 112) para sanção administrativa (sanção de Direito Administrativo): (...) um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. Veja-se que, em seu entender, independentemente de estar no polo sancionador a Administração Pública ou o Judiciário, uma sanção pode ser considerada de Direito Administrativo, como seria o caso das sanções da LIA.

15. STF, Reclamação nº 41.557, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgada em 15/12/2020, DJe de 10/03/2021.

rantias mínimas (a serem transpostas) a legalidade, a proporcionalidade, a presunção de inocência e o *non bis in idem*¹⁶.

Em sentido semelhante, Japiassú (2003/2004, p. 95) pondera que o fundamento do princípio do *non bis in idem* reside na necessidade de segurança jurídica, como limitação ao poder punitivo estatal, e no princípio da proporcionalidade, traduzido na ideia de que a cada indivíduo será aplicada a sanção correspondente e suficiente para os seus atos.

Impende ainda trazer à baila o ensinamento de Carpio Briz (2010 *apud* Saboya, 2012, p. 32), que concebe o referido princípio como uma garantia de limitação ao *ius puniendi* do Estado, tendente a proibir que os cidadãos se sujeitem a reiterados castigos.

Foi nesse contexto e com o intuito de evitar um excesso punitivo que o legislador consagrou expressamente na LIA, a partir dos novos ditames constantes dos arts. 3º, §2º e 12, §7º, a exigência de que seja observado o princípio do *non bis in idem*, no que toca às infrações dispostas na LIA e na LAC, de modo que a um mesmo ato lesivo praticado por um ente privado não incidam duas leis pertencentes ao Direito Administrativo Sancionador, com previsão de tipos infracionais e sanções similares.

Como se sabe, para que seja configurado o *bis in idem*, conforme adverte Saboya (2014), deve haver a tríplice identidade de a) sujeito infrator, b) fatos e c) fundamentos.

Nesse diapasão, pontuam Vianna e Sousa (2022, p. 864) que:

(...) presente esta tríplice identidade — de sujeitos, de fatos e de fundamentos — a aplicação concorrente das leis, em casos específicos de responsabilidade de pessoas jurídicas pelos mesmos fatos, geraria imposição dupla de responsabilidade administrativa, em potencial violação ao princípio do *non bis in idem*, cuja aplicação, modernamente, extrapola o âmbito do direito penal.

Ora, após fazer uma análise dos ilícitos relacionados nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA e no art. 5º da LAC, nota-se que uma única conduta (identidade de fato) praticada por uma pessoa jurídica (identidade de sujeito) poderia, em tese, subsumir-se, ao mesmo tempo, aos tipos indicados em ambas as leis, normativos, frise-se, pertencentes ao Direito Administrativo Sancionador e que tutelam os mesmos bens jurídicos (identidade de fundamentos), o que ensejaria a dupla punição ao ente privado por um único comportamento, caracterizando o indesejável *bis in idem*.

No quadro abaixo, serão citados, a título de exemplo, alguns atos lesivos listados na LIA e na LAC, os quais guardam correspondência entre si:

QUADRO 1 – CORRESPONDÊNCIA DOS ATOS LESIVOS NA LAC E NA LIA

LAC		LIA	
Art. 5º, inc. I	I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;	Art. 9º, inc. I	I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;
Art. 5º, inc. I	I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;	Art. 9º, inc. IX	IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;
Art. 5º, inc. IV	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;	Art. 10, inc. VIII	VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva;
Art. 5º, inc. V	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.	Art. 10, inc. XIX	XIX - agir para a configuração de ilícito na celebração, na fiscalização e na análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

16. Sobre o assunto, Osório (2020, p. 169) destaca ser necessário reconhecer, no campo constitucional, cláusulas comuns ao Direito Público Punitivo, não como ramo jurídico, mas como aquele conjunto de normas que disciplinam as várias manifestações punitivas do Estado.

Embora o art. 9º, I, da LIA, tenha por foco a conduta do agente público que receba vantagem econômica, direta ou indireta, para si ou para outrem, o ente privado que eventualmente tenha ofertado e concedido essa vantagem indevida também responderia com base na LIA, em vista do que expressa o art. 3º da lei de improbidade¹⁷. Daí a semelhança desse dispositivo com o preceituado no art. 5º, I, da LAC¹⁸.

Ademais, as sanções previstas nas duas leis são similares (perda de bens ou valores acrescidos ilícitamente ao patrimônio, constante do art. 12, I e II, da LIA e 19, I, da LAC; proibição de receber incentivos, subsídios e subvenções, constante do art. 12, I, II e III, da LIA e art. 19, IV, da LAC; pagamento de multa, constante do art. 12, I, II e III da LIA e art. 6º, I, da LAC)¹⁹ e ambos os normativos, como ressaltado, tutelam os mesmos bens jurídicos, quais sejam, a Administração Pública e a probidade administrativa.

Pelos motivos acima delineados, entende-se que não se afigura razoável defender, nem mesmo antes da alteração promovida na LIA pela Lei nº 14.230/2021, que, com o advento da LAC, os entes privados teriam passado a se submeter aos ditames das duas leis, podendo vir a sofrer dupla responsabilização, naquelas hipóteses que configurassem atos infracionais enunciados nos dois normativos.

Nessa esteira, comunga-se do posicionamento dos autores que já identificavam, em tais situações, a impossibilidade de aplicação concomitante dessas leis, à luz do princípio da vedação ao *bis in idem*, que integrava nosso ordenamento jurídico com o *status* de garantia fundamental, e concorda-se com a corrente que sustentava a prevalência, *in casu*, da LAC sobre a LIA, no que tange à punição de pessoas jurídicas, em decorrência do princípio da especialidade (art. 2º, §2º da LINDB).

Acerca do princípio da especialidade, incidente no campo do Direito Administrativo Sancionador, Osório (2020, p. 360) esclarece que deve ser reputada lei especial aquela em que se descreve um tipo contendo todos os elementos ou características de outros, com “algo” mais, que seria a nota peculiar da especialidade.

Fazendo um cotejo entre a LIA e a LAC no que diz respeito à responsabilização de pessoas jurídicas, não pairam dúvidas de que essa última é lei

especial em relação à primeira, por: a) ter sido introduzida em nosso sistema normativo com a finalidade específica de disciplinar a responsabilização de entes privados (ao contrário da LIA, que tem por destinatário principal o agente público - o que pode ser inferido a partir da leitura dos tipos dispostos nos seus arts. 9º, 10 e 11 - e que não prevê a responsabilização do ente privado de forma autônoma, mas sim como decorrência do seu art. 3º); b) ter trazido a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas; c) ter estabelecido um regime sancionatório exclusivo para os entes privados (na LIA, há penalidades que são voltadas apenas a pessoas naturais, como acontece com a suspensão de direitos políticos e com a perda da função pública), entre outros fatores.

Assim, considera-se que, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021 aos arts. 3º, §2º e 12, §7º da LIA, o que fez o legislador foi simplesmente reconhecer a especialidade da LAC em face da LIA, no que concerne à punição de pessoas jurídicas, optando por deixar explícito na norma que, quando diante de um fato que possa, em tese, ser enquadrado em tipos infracionais previstos nas duas leis, incide, aos entes privados, apenas a LAC, mais específica, em respeito ao princípio (materializado explicitamente na lei) do *non bis in idem*.

Logo, não cabe, na visão das autoras, agora por vedação expressa da norma, o processamento da pessoa jurídica com fundamento na LIA, nos casos em que couber a responsabilização (administrativa e civil) pela LAC, em virtude da não incidência da LIA na hipótese.

A LIA e as sanções nela indicadas continuam sendo aplicáveis, contudo, naquelas situações em que a pessoa jurídica pratique um ato de improbidade que não configure, ao mesmo tempo, um ato lesivo com base no art. 5º da LAC. Além disso, a LIA permanece incidindo sobre a conduta das pessoas naturais que pratiquem os atos lesivos dispostos no art. 5º da LAC, nos moldes do art. 3º, *caput*, e §2º da LAC.

17. Não se pode olvidar que, na esfera da LIA, não se previu, de forma autônoma, a responsabilização da pessoa jurídica, sendo essa conclusão decorrente do que estabelece o art. 3º da referida lei (Art. 3º, *caput*: As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade).

18. Perceba-se, porém, que caso a pessoa jurídica ofereça vantagem indevida ao agente, mas ele não a receba, não estaria configurado o ato ímprobo, à luz da LIA, mas apenas o ato lesivo com base na LAC, o que demonstra que a LIA é mais limitada que a LAC no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas.

19. A única sanção da LIA aplicável à pessoa jurídica, que não foi mencionada na LAC, refere-se à proibição de contratar com o poder público.

3. CONCLUSÃO

O objeto deste artigo foi examinar a problemática da sobreposição de punições enunciadas na LIA e na LAC, a um mesmo ente privado, em função de um único ilícito praticado, à luz do princípio da vedação ao *bis in idem*, antes e depois das modificações promovidas na LIA, pela Lei nº 14.230/2021.

Após discorrer brevemente, em um primeiro momento, sobre a responsabilização de pessoas jurídicas com fulcro na LIA e na LAC, foram apresentados, na segunda parte do estudo, alguns posicionamentos concernentes à viabilidade de cumulação de sanções baseadas nas duas leis, esposados previamente à reformulação na LIA. Na terceira parte, foram colacionados entendimentos, manifestados posteriormente às alterações na LIA, acerca de qual o impacto causado pela Lei nº 14.230/2021 na penalização de pessoas jurídicas, fundada na LIA e na LAC.

Diante da pesquisa levantada, foi possível concluir pela especialidade da LAC em face da LIA, no que toca à responsabilização de entes privados, constatando-se que a LIA deixou de incidir sobre atos praticados por pessoas jurídicas, desde o advento da LAC, naquelas situações que se subsumem aos tipos infracionais previstos nas duas leis. Assim, a LIA passou, a partir da edição da LAC, a ser aplicável aos entes privados apenas quando se trata de uma conduta ímproba que não se enquadre também como ato lesivo expresso na LAC. Caso contrário, caso haja previsão simultânea, nas duas leis, do comportamento ilícito praticado pelo ente privado, incide apenas a LAC, mais específica, em respeito ao princípio do *non bis in idem*, o que foi agora expressamente reconhecido pelo legislador, com a inserção, na LIA, dos arts. 3º, §2º e 12, §7º.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB)**. Diário Oficial de União: seção 1, Brasília, DF, set. 1942.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 15562-155679, nov. 1992.

BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. **Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997**. Diário Oficial de União: seção 1, Brasília, DF, dez. 2000.

BRASIL. Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002. **Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”**. Diário Oficial de União: seção 1, Brasília, DF, out. 2002.

BRASIL. Decreto nº 5.687, 31 de janeiro de 2006. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003**. Diário Oficial de União: seção 1, Brasília, DF, fev. 2006.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências**. Diário Oficial de União: seção 1, Brasília, DF, jun. 1992.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências**. Diário Oficial de União: seção 1, Brasília, DF, ago. 2013.

BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. **Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa**. Diário Oficial de União: seção 1, Brasília, DF, out. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. Nota Técnica nº 01/2021 – 5ª CCR 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção, do Ministério Público Federal. **Aplicação da Lei nº 8.429/1992, com as alterações da Lei nº 14.230/2021**. Disponível em: <http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento>. Chave 103fc24a.3a226f3e.d140defd.ba96c1d9. Acesso em: 2 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Recurso Especial 970393-CE**. REsp 970393-CE, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/06/2012, DJe de 29/06/2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701585914&dt_publicacao=01/03/2016. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Resp nº 1.122.177 – MT, Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/08/2010, DJe de 27/04/2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900233370&dt_publicacao=27/04/2011. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça AgInt no REsp nº 1846504 – SP, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17/05/2021, DJe de 19/05/2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901604510&dt_publicacao=19/05/2021. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Resp 1184897-PE, Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/06/2010, DJe de 27/04/2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000423893&dt_publicacao=27/04/2011. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp 1.155.992-PA, Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/03/2010, DJe de 01/07/2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901716656&dt_publicacao=01/07/2010. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp 1.171.017-PA, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 25/02/2014, DJe de 06/03/2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200902427331&dt_publicacao=06/03/2014. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região Agr. Inst. nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, Relatora: Des. Federal Vânia Hack de Almeida, 26 de março de 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-voto-vania-leniencia.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2022.

DIDIER JUNIOR., Fredie e BOMFIM, Daniela Santos. **A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa**. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional, 2017. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/475/63>. Acesso em: 29 mar. 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO Rogério. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O princípio do Ne bis in idem no Direito Penal Internacional**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5, 2003-2004. Disponível em: <https://direitoetica-edignidade.webnode.com.br/files/200000126-0652507d93/O%20princ%C3%ADpio%20do%20Ne%20bis%20in%20idem%20no%20Direito%20Penal%20Internacional.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da Lei de Improbidade Administrativa – Comparada e Comentada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Comentários ao art. 30. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.) e MARRARA, Thiago (coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021. p. 342-345.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **A vedação do bis in idem no direito brasileiro: algumas reflexões e uma proposta de interpretação**. Publicum, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/57571>. Acesso em: 3 abr. 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: O Pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/publico/Ana_Carolina_Carlos_de_Oliveira_Integral.pdf. Acesso em 13 abr. 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Natureza da Ação de Improbidade Administrativa**. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (ed. especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzI2Ng%2C%2C>. Acesso em: 14 abr. 2022

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei Anticorrupção Empresarial**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. **Dimensões do princípio do ne bis in idem**. 2012. 295 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://www.bdttd.uerj.br:8443/bitstream/1/9274/1/Keity%20TOTAL.pdf>. Acesso em 13 abr. 2022.

SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. **Ne bis in idem - História, Teoria e Perspectivas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SÁ, Acácia Regina Soares de. **Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção: A Vedação ao Bis in idem**. TJDF, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/improbidade-administrativa-e-a-lei-anticorrupcao-a-vedacao-do-bis-in-idem-1>. Acesso em: 28 mar. 2022.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013. Lei Anticorrupção**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Programa de Pós-Graduação em Direito – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de Leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19948/2/Kleber%20Bispo%20dos%20Santos.pdf>. Acesso em 1 abr. 2022.

TEIXEIRA, Tarcísio; BATISTI, Beatriz; SALES, Marlon de. **Lei Anticorrupção comentada dispositivo por dispositivo**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/2013**. Revista dos Tribunais Online, 2014. Vol. 947/2014. P. 281-294.

VIANNA, Marcelo Pontes e SOUZA, Renato Machado de. **A pluralidade de regimes sancionatórios e institutos de leniência: uma proposta de aplicação dos institutos da double jeopardy clause e o excesso punitivo**. In: SALGADO, Daniel de Resende (coord.); KIRCHER, Luis Felipe Schneider (coord.) e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). Justiça Consensual: Acordos Penais, Cíveis e Administrativos. 1ª ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2022. p. 858 e 864.

ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.) e MARRARA, Thiago (coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021. p. 15 e 16.