

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Guilherme Corona Rodrigues Lima

**O papel do direito administrativo sancionador no combate à corrupção e a
necessária preservação da atividade empresarial: uma análise à luz do
princípio da função social da empresa**

DOUTORADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2021**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Guilherme Corona Rodrigues Lima

O papel do direito administrativo sancionador no combate à corrupção e a necessária preservação da atividade empresarial: uma análise à luz do princípio da função social da empresa

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração Efetividade do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Márcio Cammarosano.

São Paulo
2021

Banca Examinadora:

*“O Direito – para nós – é instrumento
de trabalho, e não, tertúlia acadêmica”*

Hely Lopes Meirelles, 1964.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por me conceder os dons da vida, sabedoria e perseverança.

À Nayana, companheira de vida, pelo amor, carinho e incentivo constantes em todas as minhas empreitadas.

Aos meus pais, Valter e Neusa, pela vigilância e cuidado.

Ao meu orientador, Professor Doutor Márcio Cammarosano, exemplo de retidão acadêmica e profissional, por ter me aceito como seu orientando e conduzido o presente trabalho com a maestria que lhe é peculiar.

Aos Professores Doutores Silvio Luis Ferreira da Rocha e José Roberto Pimenta Oliveira pelas valiosas contribuições quando da realização da banca de qualificação, sem as quais o aprimoramento do presente trabalho não seria possível.

Ao Professor Doutor Antonio Cecílio Moreira Pires pelas valiosas discussões sobre direito administrativo e pelas constantes oportunidades acadêmicas a mim conferidas. Ao Professor Doutor André Castro Carvalho, minha admiração.

A Professora Doutora Dinorá Adelaide Musetti Grotti pelos conselhos e opiniões desde o tempo do Mestrado.

Ao amigo, Doutor Álvaro Merlos Akinaga Cordeiro, pelo auxílio na revisão do trabalho e pelas opiniões que o engrandeceram.

Aos meus sócios e minha equipe da Corona e Bio Sociedade de Advogados, na certeza de que juntos praticamos a verdadeira advocacia.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise do papel do direito administrativo sancionador no combate à corrupção à luz da preservação da atividade empresarial. Para tanto, partiu-se de um panorama acerca da legislação anticorrupção no Brasil e no mundo, as sanções administrativas existentes no Brasil e sua forma de aplicação as pessoas jurídicas tudo à luz do princípio da função social da empresa. Por fim, pretendeu-se fixar os critérios e limites desta atividade sancionatória de modo que, sem deixar de apenar aqueles que cometem ilícitos, observe-se o princípio da função social da empresa na aplicação das sanções de modo a se garantir a preservação dos empregos, a arrecadação tributária e preservação da economia tudo com vistas a observância do interesse público e de sua indisponibilidade na atuação administrativa.

Palavras chave: Direito Público - Direito Administrativo – Sanções Administrativas – Função social da empresa

ABSTRACT

This work aims to analyze the role of sanctioning administrative law in combating corruption in the light of the preservation of business activity. For that, it started from an overview about the anti-corruption legislation in Brazil and in the world, as administrative sanctions existing in Brazil and its form of application as legal entities all in the light of the principle of the company's social function. Finally, it was intended to set the criteria and limits of this sanctioning activity in such a way that, while not ceasing to commit unlawful acts, the principle of the company's social function in the application of sanctions is observed in order to guarantee the preservation of jobs, tax collection and preservation of the economy, all with a view to observing the public interest and its unavailability in the administrative administration.

Keywords: Public Law - Administrative Law – Administrative Sanctions – Social function of the company

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO E O PANORAMA DE RESPONSABILIDADES NO DIREITO BRASILEIRO.....	14
2.1 CONCEPÇÃO JURÍDICA DO TERMO CORRUPÇÃO.....	15
2.2. A NECESSIDADE DE UM MICROSSISTEMA LEGISLATIVO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL.....	22
2.3. A IMPORTÂNCIA DOS MICROSSISTEMAS LEGISLATIVOS E O MICROSSISTEMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO BRASILEIRO.....	23
2.4. O MICROSSISTEMA LEGISLATIVO BRASILEIRO DE COMBATE À CORRUPÇÃO: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS	27
2.5. O MICROSSISTEMA LEGISLATIVO DE COMBATE À CORRUPÇÃO E A RESPONSABILIZAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS.....	34
2.6. O DESAFIO DO NON BIS IN IDEN.....	40
2.7. CONCLUSÕES PARCIAIS.....	45
3. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....	47
3.1. GENÊSE DO DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL.....	47
3.2. A EVOLUÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA PARA A FUNÇÃO SOCIAL MOBILIÁRIA: A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....	51
3.3. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO.....	55

3.4. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	61
4. O DIREITO COMPARADO E A LEI FEDERAL Nº 12.846/2013.....	64
4.1. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (FCPA).....	64
4.2. UK BRIBERY ACT (UKBA) 2010	68
4.3. A LEI FEDERAL BRASILEIRA Nº 12.846/2013.....	72
4.3.1. ANTECEDENTE HISTÓRICO.....	72
4.3.2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA LEI FEDERAL 12.846/13.....	75
(i) RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....	78
(ii) PROGRAMAS DE INTEGRIDADE OU COMPLIANCE.....	81
(iii) ACORDOS DE LENIÊNCIA.....	84
(iv) O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO.....	89
(v) RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL.....	92
(vi) O CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS PUNIDAS (CNEP).....	94
4.3.4 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	95
5. A NECESSIDADE DE COMBATE À CORRUPÇÃO E DE PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL: UMA COMPATIBILIZAÇÃO NECESSÁRIA.....	97
5.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	97
5.2. O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL.....	99

5.3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O CÓDIGO CIVIL E A LEI 11.101/05 COMO PARÂMETROS DE PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL PARA A LEI ANTICORRUPÇÃO.....	103
5.4. O PODER DE POLÍCIA ESTATAL.....	111
5.5. A TAREFA DO DIREITO ADMINISTRATIVO E EM ESPECIAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	116
6. EFEITOS DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES.....	135
6.1 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO PRINCÍPIO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	135
6.2. A FUNÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA	138
6.3. O APERFEIÇOAMENTO DOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS.....	138
6.4. A DOSIMETRIA DAS SANÇÕES PECUNIÁRIAS E DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE COMO ALTERNATIVA.....	151
6.5. A RACIONALIZAÇÃO DAS MEDIDAS DE INDISPONIBILIDADE DE BENS.....	157
6.6. O PROJETO DE LEI Nº 10.887/2018 E A POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA LEI Nº 8.429/92.....	161
6.7. DESAPROPRIAÇÃO DE QUOTAS SOCIAIS COMO MEDIDA DE ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO NA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.....	163
6.8. CONCLUSÕES PARCIAIS	171
7. CONCLUSÃO.....	174
8. REFERÊNCIAS.....	184

1. INTRODUÇÃO

O enfrentamento da corrupção no Brasil pelo Estado precisa ser diferente. É a partir de tal afirmação que os esforços interpretativos do ordenamento jurídico se desenvolvem no presente trabalho, sendo evidente que aqui não se pretende a defesa, mesmo que indireta, de qualquer tolerância com o fenômeno da corrupção. Ao contrário, o que se defende é uma sistemática judicial e administrativa coesa no combate à corrupção, para que esta seja feita de modo racional, reparador e lógico, não focado apenas na retribuição inconsequente ao ato praticado. Isto não passa por abandono do plano constitucional vigente, tampouco por sua reforma, mas sim por uma necessária interpretação conforme a Constituição Federal dos institutos para que coexistam, num mesmo plano, a liberdade de iniciativa, a busca do pleno emprego, a função social da empresa, a manutenção da arrecadação tributária e a necessária e imprescindível atuação do direito administrativo sancionador na repressão dos ilícitos administrativos praticados pelos particulares.

Inicia-se com a análise do fenômeno da corrupção e do microsistema legislativo brasileiro de combate à corrupção, apontando-se os diversos artigos constantes do texto constitucional que abordam o tema e a correlata legislação infraconstitucional que forma o microsistema, sem se olvidar da influência que as convenções internacionais exerceram sobre o tema no Brasil.

Após, pretende-se uma abordagem sobre o princípio da função social da empresa, procurando demonstrar seus fundamentos no ordenamento jurídico brasileiro, sua gênese e influência no direito administrativo sancionador.

Ponto fundamental do presente estudo é a análise da Lei Federal nº 12.846/13, levada a efeito de início, mediante a análise da influência do Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) e do UK Bribery Act (UKBA) 2010 em sua concepção bem como seu diálogo indissociável com a Lei Federal nº 8.429/92, a chamada Lei de Improbidade Administrativa.

Aborda-se, então, o antecedente histórico da edição da Lei Anticorrupção e seus principais dispositivos atinentes a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, previsão dos programas de integridade, acordos

de leniência, processo administrativo de responsabilização, responsabilização judicial e o cadastro nacional de empresas punidas.

Ato contínuo, demonstra-se a necessidade de combate à corrupção e de preservação da atividade empresarial, de modo a compatibilizar ambos os anseios. Busca-se como fundamento a Constituição Federal, o Código Civil, a Lei de Recuperação Judicial e Falência, com os contornos inerentes ao exercício do poder de polícia estatal de modo a demonstrar, nessa seara, a tarefa do direito administrativo sancionador.

No último capítulo, à guisa de conclusão, pretendeu-se a demonstração dos efeitos do princípio da função social da empresa na aplicação das sanções, demonstrando ser o referido princípio princípio de direito administrativo sancionador.

Aborda-se, assim, a função da sanção administrativa, a necessidade de aperfeiçoamento dos acordos administrativos, a dosimetria das sanções pecuniárias e o programa de integridade como alternativa, a melhor utilização das cautelares de indisponibilidade de bens, a tentativa de positivação do princípio em Projeto de Lei que já se encontra aprovado pela Câmara dos Deputados e agora tramita no Senado Federal e por fim a desapropriação de quotas sociais como medida de atendimento ao interesse público na preservação da empresa.

A presente tese propõe nova interpretação a forma de aplicação das sanções administrativas, a celebração de acordos e aos instrumentos de intervenção do estado na propriedade, com especificações para o combate à corrupção, de modo a minorar as externalidades indesejadas.

Por meio dessas intervenções, será possível preservar a atividade empresarial não com o escopo de condescendência a atos de corrupção, mas preservar a função social da empresa quando da aplicação das sanções que é fornecer postos de trabalho, serviços, produção de riqueza e arrecadação de tributos. Isto a partir dos instrumentos constitucionais existentes, com propostas de nova interpretação constitucional e legal, mas em especial a defesa de um sistema racional de imputação de culpa que tenha como preocupação irmã o

refreamento dos impactos negativos do combate à corrupção a sociedade e a economia.

2. O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO E O PANORAMA DE RESPONSABILIDADES NO DIREITO BRASILEIRO

O modo pelo qual o ordenamento jurídico brasileiro atua sobre o fenômeno da corrupção não é resultado de um programa legislativo elaborado de forma coesa, mas sim resultado de uma sucessão de normas dos mais diversos ramos do direito, que datam do começo do século XX e vão até os dias atuais. No nosso sentir, em poucos anos, passou-se de um descontrole administrativo ao excesso de controle, sem balizas seguras para se alcançar os objetivos pretendidos. Nesta sucessão, contudo, há determinante orientação contemporânea que é a Constituição de 1988 que, como só poderia ser, é o vetor interpretativo do presente trabalho e das proposições que serão feitas.

Desse modo, apesar de invariavelmente identificado como fenômeno a ser alvo de sanção negativa, não é possível de início destacar em procedimento analítico em qual disciplina jurídica a questão será abordada. É preciso considerar o processo de formação do conjunto de normas¹ que incidem sobre a corrupção, com vistas à compreensão do microssistema que opera o combate à corrupção atualmente².

Para tanto é necessário antes identificar no termo corrupção a sua acepção jurídica, para em seguida se visitar panoramicamente a incidência das responsabilidades no direito brasileiro e como elas incidem sobre as pessoas físicas e, em especial, sobre as pessoas jurídicas. Tal identificação

¹ “São normas jurídicas as dotadas de coercibilidade, e são dotadas de coercibilidade as normas que o Estado quiser que sejam, construindo seus conteúdos normativos ou sacando-os formalmente de outros sistemas normativos que ele mesmo seleciona, sem poder fazê-lo, todavia, de forma insusceptível de objetivação (os costumes podem ser provados), sob pena de negar a razão de ser do próprio Direito. Este deve propiciar, acima de tudo, um mínimo de certeza e segurança quanto às regras pelas quais administrados e administradores devem pautar seu comportamento, o que só pode ser alcançado mediante a predeterminação formal daquelas” (CAMMAROSANO, Márcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. Fórum: Rio de Janeiro, 2014, p. 43).

² “Como lembrou o ex-Secretário das Nações Unidas, Kofi Annan, em suas palavras de apresentação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, esse fenômeno contamina a democracia e o Estado de Direito; leva a violações dos direitos humanos; distorce os mercados; mina a qualidade de vida; e permite que o crime organizado, o terrorismo e outras ameaças à segurança humana floresçam” (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Prefácio. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho, V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020).

proporcionará localizar em que medida são viáveis as proposições de racionalização do combate à corrupção, com ponderação na aplicação das sanções no âmbito do direito administrativo sancionador e com especial atenção aos princípios da proporcionalidade³ e da razoabilidade, em consonância aos princípios e regras constitucionais que sustentam o ordenamento que, como cediço, deve ser analisado em sua totalidade e não apenas pontualmente, de modo a conferir coesão ao sistema e evitar efeitos indesejáveis a fria aplicação da lei.

2.1 CONCEPÇÃO JURÍDICA DO TERMO CORRUPÇÃO

O termo corrupção, quando analisado de forma isolada é equívoco, ou seja, detém uma série de significados distintos, mas invariavelmente contendo sentido negativo, de característica indesejada. Antes da questão etimológica é possível detectar no sentido corrente, dicionarizado, que se está diante de postura repudiada pela coletividade, a qual detém um espectro moral que inadmite tal conduta, havendo ou não sanção legítima estabelecida por esta coletividade. Razão pela qual se identifica na reprovação meramente social o indício de corrupção, que está intimamente ligada à consciência daquele grupo enquanto coletivo que cultiva determinados costumes, crenças e valores. Assim, seria infrutífero abstrair condutas específicas que universalmente sejam consideradas corruptas.

Etimologicamente, de acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, a palavra vem do latim *corruptio*, significando “deterioração”. O Dicionário Houaiss traz cinco acepções para o vocábulo, a saber: deterioração, decomposição física de algo, putrefação; modificação, adulteração das

³ “As sanções devem guardar proporcionalidade com a gravidade da infração. Dissemos que o Direito reage de forma diferente em face das agressões sofridas. As hostilidades ao ordenamento ferem, por vezes, de forma mais dura o conceito médio da sociedade em relação aos comportamentos éticos. O legislador, sabidamente, detecta tal fato e o ampara em lei. A moral média da sociedade (difícil de ser medida) reage de formas diversas diante de fatos agressores. O legislador transfere tal resistência, inconformidade ou reação à norma. Daí a repulsa irá variar de acordo com a agressão prevista” (OLIVEIRA, Regis Fernandes. A civilização repressora e o Direito Sancionador. In. Direito Administrativo Sancionador: Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC-SP Celso Antônio Bandeira de Mello. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 61)

características originais de algo; *fig.* depravação de hábitos, costumes etc; devassidão; ato ou efeito de subornar uma ou mais pessoas em causa própria ou alheia, geralmente com oferecimento de dinheiro; suborno; uso de meios ilegais para apropriar-se de informações privilegiadas em benefício próprio. As acepções parecem convergir, de forma abstrata, que ‘corrupção’ é uma quebra de confiança e, também, uma vantagem ilícita obtida por alguém.

Como bem anotam Cristiana Fortini e Fabrício Motta, “o conceito técnico-jurídico de corrupção não é universal. Pode-se emprestar, ao sabor da opção política do País, maior ou menor amplitude ao vocábulo, incrementando ou reduzindo a lista do que se poderia enquadrar como prática corrupta”⁴.

Avancemos, assim, para a acepção jurídica do termo no Brasil. De acordo com Marcelo Barreto de Araújo⁵:

“corrupção consiste num desvio de poder, em que uma pessoa age, em conexão com qualquer ente público, com o propósito de obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita de qualquer natureza. A corrupção tem, portanto, como um dos seus elementos básicos uma interação, direta ou indireta, com a Administração Pública”.

Ainda de acordo com referido autor, quando se fala em corrupção, especialmente no cotidiano brasileiro, fala-se da corrupção sistêmica, estrutural, aquela enraizada profundamente nos sistemas político e econômico do país. Por ser uma espécie de corrupção que causa ojeriza nos cidadãos, pois se sentem lesados diariamente, fala-se também que se trata de uma corrupção moral.

Sobre a universalização e da mesma forma a problemática acerca do termo corrupção, Dieter Haller e Cris Shore asseveram:

⁴ FORTINI, Cristiana E MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a transparência internacional. In. O Direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. Org. Arnoldo Wald, Marçal Justen Filho e Cesar Augusto Guimarães Pereira. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 296.

⁵ ARAÚJO, Marcelo Barreto de. Comentários à Lei nº 12.846/2013: diretivas sobre o programa de compliance; Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2016. acessado em 18/03/2020 http://cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/comentarios_a_lei_12846_2013_diretivas_sobre_o_programa_de_compliance.pdf.

“(…) how to define a concept as slippery and protean as ‘corruption’. Contrary to the claim of the World Bank, this debate is far from closed and most anthropologists would agree that the Bank’s definition is problematic and far too restrictive. How we define our objects of study has implications not only for the methods we use to study them, but also for the kinds of research question we ask, or fail to ask. Definitions (like theories) provide alternative ‘ways of seeing’, but they also entail ways of ‘not seeing’.”

(…)

“What anthropology can bring to the study of corruption is not only a focus on the language by which (and through which) ideas about corruption are articulated, but also on the broader cultural contexts in which corruption and discourses of corruption take place; an approach to the study of corruption that is sensitive to the politics of corruption but goes beyond the study of political institutions or politics per se.

Third, corruption presents us with a major theoretical challenge. How can we theorize a phenomenon so polysemous and diffuse? Is the concept of ‘corruption’ translatable across cultures in a way that allows for meaningful comparison? After all, what is classified as nepotism and cronyism in Scandinavia, may well be regarded as a moral duty to help one’s friends and family in parts of Asia and Africa – or indeed, among sections of France’s *classe politique* (Mény 1997; Parry 2000).”⁶

Parece ser ponto comum às ciências sociais teóricas o problema da definição do termo, assim como a premissa de que as circunstâncias caracterizadoras do conjunto social vão criar extensões diversas sobre a ocorrência do fenômeno ou não.

É por essas razões, e também por um esforço de concentração, que se propõe que a análise do termo se detenha a sua acepção jurídica nacional, em especial diante da análise do ordenamento jurídico que se pretende fazer.

Numa perspectiva do direito penal brasileiro, por exemplo, poder-se-ia utilizar a definição de corrupção enquanto tipo penal, a partir da definição de qual o fato se subsume aos tipos previstos no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), dispostos, exemplificativamente, no artigo 316 (corrupção passiva) e artigo 333

⁶ HALLER, Dieter; SHORE Cris. Introduction – Sharp Practice: Anthropology and the Study of Corruption, in: Corruption: Anthropological Perspectives. Edited by Dieter Haller and Cris Shore. London: Pluto Press, 2005.

(corrupção ativa), crimes cometidos contra a administração pública, praticados por particulares (corrupção ativa) e agentes públicos (corrupção passiva).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho faz identificação entre a conduta repudiada e autoridade pública, com destaque para a localização moderna do conceito, pois depende da distinção entre o âmbito particular e público:

“Num sentido amplo, corrupção se aplica a um tipo não de homem, mas de conduta, ou comportamento. Mais precisamente de conduta de autoridade pública. (...) Este conceito – Note-se – só se pode aplicar a propósito de sociedades modernas, em que existe a distinção entre o público e o privado. Em sociedades outras, não tem ele sentido, é inaplicável, exatamente porque é normal que a autoridade pública sirva a interesses particulares, especialmente ao seu e ao dos seus.”⁷

Tal identificação restringe o sentido do termo corrupção a uma espécie de conduta reprovável e leva o autor a estabelecer, em 1991, que “*em sentido estrito, o termo se refere à conduta de autoridade que exerce o poder de modo indevido, em benefício de interesse privado, em troca de uma retribuição de ordem material*”.⁸

Norberto Bobbio aponta três formas de manifestação da corrupção, que são o uso de benefício ilegal para praticar ato que favoreça alguém; concessão de cargo, emprego ou contrato público a familiar ou pessoa diversa por critérios estranhos ao do mérito; e uso ou apropriação de bem público para fins particulares. Formas estas que decorreriam do seu próprio conceito de corrupção, que é “*o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa*”.⁹

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Corrupção Como Fenômeno Social e Político. in Revista de Direito Administrativo, n. 185, Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 1-18.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Corrupção Como Fenômeno Social e Político. in Revista de Direito Administrativo, n. 185, Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 1-18.

⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 5a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 291-292.

A linha tênue que separa o *lobby*¹⁰ da corrupção já era apontada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho nos seguintes termos:

“A corrupção administrativa está presente, principalmente, no falseamento das licitações para compras e obras públicas. Nisso está a principal fonte das ‘caixinhas’ que alimentam não só o luxo de algumas autoridades cujo enriquecimento surpreende pela rapidez, mas também as campanhas eleitorais. Ela dá lugar à atuação de eficientes lobbies”¹¹

Acerca do alargamento do conceito de corrupção e os problemas decorrentes de uma tipificação inespecífica, é esperado que se avalie a significação admitida no vocabulário corrente para que em seguida se restrinja seu espectro semântico no emprego técnico.

Rafael Porto Lovato identifica corrupção administrativa como ato espúrio de natureza subjetiva no que diz respeito a atuação dos agentes e órgãos públicos na malversação do erário e de natureza objetiva no que diz respeito a contrariedade do bem comum.¹²

Em resumo, relacionada ao termo corromper, tem-se que da corrupção se identifica a deterioração, ou seja, a alteração negativa da natureza da coisa. Depreende-se do seu significado, também, que o contato com aquilo que está alterado negativamente tem a capacidade de corromper aquilo que dele se

¹⁰ “Destarte, pode-se dizer que o conceito de Lobby, por definição, é: a realização de toda atividade organizada, empreendida por um grupo de pessoas com interesses e objetivos comuns, lícitos e legítimos, com vistas a dialogar com a Administração Pública e, assim, de modo influente, dela obter a consecução de atos, atitudes e decisões almejados”. (BONELLI, Francisco Sérgio Oto. O lobby no direito brasileiro: fundamentos e limites ao exercício da atividade. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, 2015, p. 18).

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Corrupção Como Fenômeno Social e Político. In Revista de Direito Administrativo, n. 185, Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 1-18.

¹² “Identificada a corrupção como ato espúrio de conotação sabidamente negativa, tem-se que ela pode se apresentar com inúmeras roupagens frente à Administração Pública, o patrimônio e as finanças públicas, atingindo a atividade estatal tanto em sua perspectiva subjetiva (órgãos instituídos pelo Estado para a concreção dos seus fins) como objetiva (função de satisfação do bem comum). Uma primeira análise do fenômeno da corrupção administrativa é aquela que identifica os seus reflexos negativos na esfera econômico-financeira. Sob este prisma é bastante claro que estes comportamentos indesejados resultam em menor recolhimento de receitas e tributos, aumento desmedido e irregular de despesas, que por sua vez deságuam no total descontrole dos gastos públicos e orçamentários” (LOVATO, Rafael Porto. Instrumento de Combate à Prevenção na Administração Pública sob uma perspectiva gerencial. In. Direito Administrativo Sancionador – Estudos em Homenagem ao Professor Emérito da PUC-SP Celso Antonio Bandeira de Mello. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 279).

aproxima. No emprego corrente do vocábulo seria possível entender a corrupção como uso indevido de dinheiro público ou ainda o comércio de ato administrativo. Já no emprego técnico do termo temos necessariamente o agente público dispondo de prerrogativa para obter vantagem para si ou para outrem.

No âmbito administrativo, portanto, a relação a ser estabelecida é com a proibidade administrativa e em última análise ao princípio da moralidade. De modo que a inobservância dos princípios que regem a Administração Pública e encontram-se inscritos no art. 37 da Constituição Federal tem o potencial de fazer ocorrer o fenômeno da corrupção. Inobservância da lei, favorecimento ou perseguição, improbidade, opacidade e ineficiência, portanto, estão entre as possibilidades de condutas rechaçadas por parte da Administração.

As hipóteses que relacionam o fenômeno com o acirramento das desigualdades sociais, levando a crer que necessariamente havendo desvio de valores públicos, as políticas públicas de direitos sociais estariam prejudicadas. Da mesma forma, a corrupção estaria associada aos padrões éticos de determinada sociedade, razão pela qual o servidor público corrupto seria meramente metonímia social. Em nenhum dos casos há lastro probatório.

Tais conjecturas se relevam problemáticas uma vez considerado que a complexidade do fenômeno não se atém ao ambiente público, pois a vantagem indevida resultado da mercancia do ato administrativo tem de outro lado o particular interessado neste ou naquele determinado resultado da atividade administrativa. Assim, no lugar de se aprofundar na régua moral que comumente se apressa a apor sobre a questão, assim como a ânsia de retribuição penal, reunimos elementos interdisciplinares, mas todos jurídicos, para compreensão da necessidade de se verificar o fenômeno da alteração negativa da natureza das coisas, da deterioração, da mercancia do ato administrativo em momento posterior à sua identificação, repressão e retribuição, isto é, de que modo a Administração, que falhou na prevenção do fenômeno, pode por meio de atos e procedimentos calcados no pacto constitucional, minimizar os impactos sobre a realidade econômica advindos do combate à corrupção, que se traduzem especificamente no desmantelamento de postos de trabalho, de prestações de serviços, produção de riqueza e conseqüentemente o recolhimento de tributos bem como a concentração de mercados e potencial ausência de concorrência.

Todos os significados aqui apresentados, inclusive aqueles comumente usados no sentido figurado, estão dentro do escopo legislativo dos diplomas legais que passaremos a estudar.

A partir dessas considerações, tanto do ponto de vista jurídico como das ciências sociais teóricas, é verificável uma progressão conceitual balizada pela ideia de interesse público, isto é, ainda distante do que a doutrina de direito administrativo aponta como conteúdo do termo, sua clássica divisão em primário e secundário¹³, mas mais próximo do que se aponta como a divisão entre interesses particulares e interesses públicos, a distinção entre esfera particular e esfera pública¹⁴. De modo que, para fins jurídicos, a imoralidade¹⁵ combatida estará adstrita ao decaimento, à corrupção no trato da coisa pública.

¹³ “Os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *A noção jurídica de interesse público. Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 188).

¹⁴ “Os fins da administração pública se resumem num único objetivo: o bem comum da coletividade administrativa. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não instituiu a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade. O fim, e não vontade do administrador – ensina o Prof. Cirne Lima domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito. No desempenho dos encargos administrativos, o agente do Poder Público não tem a liberdade de procurar outro objetivo, ou de dar fim diverso do prescrito em lei para a atividade. Não pode, assim, deixar de cumprir os deveres que a lei lhe impõe, nem renunciar a qualquer parcela dos poderes e prerrogativas que lhe são conferidos. Isso porque os deveres, poderes e prerrogativas não lhe são outorgados em consideração pessoal, mas sim, para serem utilizados em benefício da comunidade administrada. Descumpri-los ou renunciá-lo equivalerá a desconsiderar a incumbência que aceitou ao empossar-se no cargo ou função pública. Por outro lado, deixar de exercer e defender os poderes necessários à consecução dos fins sociais, que constituem a única razão de ser da autoridade pública de que é investido, importará renunciar os meios indispensáveis para atingir os objetivos a Administração. Em última análise, os fins da Administração se consubstanciam na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 77).

¹⁵ “O Direito não se confunde com a Moral (esta ou aquela ordem moral) e nem se confundiria, ainda que num dado instante o próprio Direito determinasse obediência não apenas às normas jurídicas, mas também às normas morais, pois estas não se transformariam em normas jurídicas deixando de existir como normas morais. Nesse caso os conteúdos dos mandamentos morais seriam “fotografados” pela norma jurídica que mandasse observar normas morais, para valerem também como normas integrantes do sistema jurídico. E só sabendo identificar, no mundo normativo, as normas morais, é que se poderia saber quais os mandamentos “fotografados”.

2.2. A NECESSIDADE DE UM MICROSSISTEMA LEGISLATIVO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL

A partir da compilação dos diplomas atinentes ao enfrentamento do fenômeno da corrupção, é possível destacar que para além da resposta legal, considerada em todos os aspectos jurídicos, é preciso sustentar a existência de um destacamento do ordenamento jurídico. Destacamento esse que opera como unidade uma vez identificada a sua razão de ser. Trata-se aqui de um microssistema legislativo de combate à corrupção existente no ordenamento jurídico brasileiro e que pode ser identificado pelo cotejo de diversas normas que tratam do tema.

A premente necessidade de uma formalização doutrinária e jurisdicional do referido microssistema é sustentada no âmbito fático e teórico. Do ponto de vista fático existe o passado recente da história do Brasil, em especial nos esforços institucionais de enfrentamento à corrupção, caracterizados essencialmente por operações policiais e processos judiciais de grande repercussão na sociedade. E pela perspectiva teórica a complexidade jurídica decorrente desses esforços que acabou por gerar diversos âmbitos de responsabilização para os mesmos fatos, o que inegavelmente faz com que o sistema sancionador brasileiro, caso não seja entendido em seu todo e interpretado a luz dos valores constitucionais, não se mostre coeso e leve a uma indesejável insegurança jurídica¹⁶ nas relações.

Assim, pela observação panorâmica de resultados parciais desses esforços institucionais anticorrupção, em confronto com o sistema legal e os âmbitos de responsabilização, é que se conclui pela necessidade de se sustentar

(CAMMAROSANO, Márcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. Fórum: Rio de Janeiro, 2014, p. 72).

¹⁶ “La seguridad jurídica no responde a esa definicion pero, en cuanto principio esencial del ordenamento juridico, pretende aproximarse a ella. Seguridad jurídica es la cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza em el ciudadano sobre o que es derecho em cada momento y sobre lo que previsiblemente lo será en el futuro. Es, pues, la cualidad del ordenamiento que permite a cada cual orientar su vida em el mudo juridico em base al conocimiento de la calificación jurídica que cada supuesto de hecho, real o imaginado, va a recibir, previsiblemente, del mismo” (MORENO, Fernando Sainz. Seguridad Juridica. In. Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo. Coord. Rafael Valim, José Roberto Pimenta Oliveira e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 118).

o reconhecimento pleno de um microsistema de combate à corrupção, cujas normas integrantes operem em sintonia com a necessidade de retribuição, sem que as consequências da retribuição atinjam de forma deletéria os agentes econômicos envolvidos.

Os administrados e, em especial, aqueles que praticaram atos de corrupção, não podem estar sujeitos a um procedimento sancionatório que desconsidere o impacto econômico negativo na aplicação desmedida de sanções. Isto é, em qualquer cenário que se apresente ao final de uma investigação conclusiva sobre a concorrência de eventos de corrupção, o que não se pode admitir é a inviabilização da função social empresarial, o que não requer necessariamente o encerramento das suas atividades para que se dê o apenamento proporcional aos atos de corrupção eventualmente praticados.

É nessas circunstâncias que se faz necessário um redirecionamento do combate à corrupção, que considere os impactos sociais e econômicos eventuais de uma aplicação de sanção indiscriminada, transcendente, e deslocada da função retributiva. Para tanto é que se defende o reconhecimento judicial e doutrinário de um microsistema de enfrentamento à corrupção que não vise meramente à retribuição, mas também à manutenção da estatura do setor econômico atingido, com manutenção dos empregos, movimentação de bens e serviços, recolhimento de tributos e evidentemente a reposição dos danos causados ao erário e a aplicação de eventuais sanções outras prevista em lei, tudo a garantir, ao máximo, a continuidade da atividade empresarial.

2.3. A IMPORTÂNCIA DOS MICROSSISTEMAS LEGISLATIVOS E O MICROSSISTEMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO BRASILEIRO

É possível desenhar um sistema nacional de combate à corrupção a partir da reunião de corpos legislativos que detenham identificação, processamento e eventual sanção aos atos corruptos, corpos esses que estejam conectados em razão do objeto e demandem aplicação simultânea, não reincidente e cujo resultado administrativo punitivo ou jurisdicional esteja de acordo com os princípios e regras constitucionais afeitos.

A existência de inúmeras normas dentro do ordenamento brasileiro para o combate à corrupção não tem o condão de organizar os esforços administrativos e judiciais para sua efetiva aplicação. Isto é, a tutela de determinado bem jurídico requer a organização interdependente destas normas por meio de grupo abrangente de diplomas legais que sejam conectados por regras e princípios que se relacionam. Eis as razões pelas quais o tratamento do combate à corrupção no âmbito administrativo requer o reconhecimento da existência de um microsistema atinente a ele.

Tal microsistema se opera pelo manejo dos diplomas legais que tenham afinidade com a matéria do combate à corrupção. Problema, complexo que é, com peculiaridades e grande extensão torna necessária a aplicação conjunta das regras e princípios extraídos desse conjunto. O fenômeno ocorre em razão do distanciamento legislativo da normatização genérica, característica dos códigos, assim como pela eleição de finalidades específicas na produção de leis. Tal postura legislativa impôs aos profissionais e pesquisadores do direito a tarefa de lidar com corpos legislativos setoriais, mas com normas de conteúdo material e processual para todos os ramos do direito, público e privado. É exemplar do fenômeno o reconhecimento do microsistema de tutela coletiva de direitos no Brasil, não apenas pela doutrina, mas também pela jurisprudência¹⁷.

O que se verifica é o deslocamento do ordenamento centrado na codificação para uma pulverização de microsistemas, e o direito passa a deter concepção menos autônoma e mais interdisciplinar, em especial com o reconhecimento de novos sujeitos dos direitos, com vistas à realização dos objetivos constitucionais. No caso do microsistema de tutela coletiva verifica-se independência relativa do Código de Processo Civil, porque a ele restará a aplicação residual, enquanto o conjunto de diplomas estão conectados por interdependência de normas de ramos diversos do direito. Tal condição atribuída ao processo coletivo decorre da análise da natureza jurídica do direito processual

¹⁷ “O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que as disposições do Código de Processo Civil aplicam-se de forma subsidiária às normas insertas nos diplomas que compõem o microsistema de tutela dos interesses ou direitos coletivos (composto pela Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública, Lei de Improbidade Administrativa, Mandado de Segurança Coletivo, Código de Defesa do Consumidor e Estatuto da Criança e do Adolescente) e, em algumas situações, tem feito prevalecer a norma especial em detrimento da geral” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1452660/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, julgado em 19/10/2017, DJe 27/04/2018).

coletivo no contexto constitucional contemporâneo, ou seja, que na massificação das relações jurídicas existe a necessidade de coletivização de soluções jurisdicionais.

Não é, tampouco pode ser, exclusividade do processo coletivo a identificação de um microsistema próprio. Aliás, é sinal do movimento modernizador dos ordenamentos jurídicos a sua descodificação rumo à organização de microsistemas para tutela de direitos.

No mesmo sentido foi o ocorrido em relação à defesa de concorrência, conforme anota Alessandro Octaviani:

“A Lei 4.137/1962 conjugava-se com a Lei 4.131/1962, que disciplinava o capital estrangeiro no Brasil e a Lei Delegada 4, vertida à garantia do abastecimento interno: entre a edição da Lei antitruste e a Lei do capital estrangeiro repousavam apenas sete dias de diferença. Criou-se, com a edição dos três diplomas simultâneos, um microsistema jurídico nacional-desenvolvimentista no qual se inseria a política de defesa da concorrência: combate ao poder econômico e ao esvaziamento da economia brasileira, quer por meio do envio massivo de reservas ao exterior ou da supressão de oferta interna. O golpe de 1964, tal qual o golpe que depôs Vargas, operou uma reversão de tais políticas.”¹⁸

Tal movimento modernizador vem a reboque da constitucionalização do direito, o que necessariamente leva à chamada descodificação, nesse sentido:

“Por isso, em tempos de constitucionalização do direito, aliado a uma orientação principiológica da Constituição, o fenômeno origina várias consequências. A primeira delas é uma releitura de cada instrumento, ação ou recurso, através dos quais se exige o reconhecimento, declaração ou satisfação dos direitos, especialmente os fundamentais, orientada pela força normativa da Constituição e a hermenêutica dirigida à concretização.

Sugere-se uma *descodificação* não apenas no sentido de consagrar na Constituição as mais variadas garantias processuais no campo civil, penal e administrativo. Isso, na verdade, já vem acontecendo há muito tempo. O que representa uma novidade é que em virtude da interpretação fundada em que

¹⁸ OCTAVIANI, Alessandro. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Coords. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire. Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Acesso em 20.02.2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/260/edicao-1/conselho-administrativo-de-defesa-economica---cade>

o postulado de acesso à justiça representa algo muito além da possibilidade de obter uma decisão qualquer, pois se trata de uma decisão fundada em pressupostos de justiça que a própria Constituição alberga, então a construção da norma de decisão pelo juiz implica considerar as exigências atuais da democracia e o resultado – a norma de decisão - deve ser motivada com fundamento em princípios constitucionais.”¹⁹

Não é diferente o tratamento que se pretende do combate à corrupção, ou seja, uma disciplina jurídica que esteja em sintonia com a força normativa da constituição e a complexificação dos temas que decorrem do processo de descodificação. É por isso que existe a necessidade de se consolidar também um microssistema de combate à corrupção, centralizado em normas de sanção negativa, mas que alcance também soluções normativas com vistas aos efeitos sociais destas punições²⁰.

Sendo assim, o núcleo de tal microssistema necessariamente reside na Lei nº 12.846/13, a chamada Lei Anticorrupção, ao lado da Lei nº 8.429/92, conhecido como Lei de Improbidade Administrativa, enquanto a novel Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21), o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), e a Lei nº 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência orbitam tal núcleo.

Antes, porém, é imprescindível verificar o percurso constitucional que sustenta a existência desse microssistema, que não é exatamente composto

¹⁹ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Constitucionalismo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Acesso em 20.02.2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-1/constitucionalismo>.

²⁰ Bem alerta Marcos Augusto Perez ser “impossível dar segurança jurídica ao aplicador do Direito e ao administrado com o grau de fragmentação que hoje existe no direito administrativo brasileiro. Contemporaneamente, essa fragmentação dificulta até mesmo o conhecimento puro e simples da legislação, quanto mais sua interpretação, se não sistêmica, ao menos coerente”. (PEREZ, Marcos Augusto. Governança Democrática e Fragmentação do Direito Administrativo. In. O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. Org. Arnaldo Wald, Marçal Justen Filho e Cesar Augusto Guimarães Pereira. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 867).

apenas pela Constituição, uma vez que esta é fundamento de qualquer especificação normativa que se pretenda organizar.

2.4. O MICROSSISTEMA LEGISLATIVO BRASILEIRO DE COMBATE À CORRUPÇÃO: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A partir de uma avaliação topográfica, o início possível do microsistema brasileiro de combate à corrupção é a possibilidade de utilização da ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa²¹, nos termos do art. 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal. Em seguida, o art. 14, §9º do texto constitucional, que autoriza a previsão legislativa para o estabelecimento de causas de inelegibilidades eleitorais, com vistas à tutela da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de cargo público detido pelo candidato. Nos incisos II e III do artigo 17 encontram-se a proibição de partidos políticos, mesmo que possuindo natureza de pessoa jurídica de direito privado, de receberem valores de entidade ou governo estrangeiro, seguida da imposição de prestação de contas dos partidos à Justiça Eleitoral, que é o órgão do Poder Judiciário responsável por sindicá-los, de forma compulsória, os procedimentos eleitorais.

Ora, a gênese de tudo é o exercício da democracia por meio do voto popular, a regularidade do processo eleitoral que depende de condições de elegibilidade que os candidatos devem preencher devendo-se levar em conta, necessariamente, a possibilidade de o poder econômico ou político influir de forma indevida na disputa. Mesmo com os procedimentos para lisura eleitoral, ainda há a preocupação constitucional sobre as atividades privadas anteriores ao mandato dos parlamentares, razão pela qual há assento na carta maior para

²¹ “É por essa razão que o princípio da moralidade administrativa não agrega ao mundo do Direito, por si só, qualquer norma moral, se violada, implicaria invalidade do ato. Não há que se falar em ofensa à moralidade administrativa se ofensa não houver ao direito. Mas só se pode falar em ofensa à moralidade administrativa se a ofensa ao Direito caracterizar também ofensa a preceito moral por ele juridicizado, e não é o princípio da moralidade, de per si, juridiciza preceitos morais. Portanto, violar a moralidade administrativa é violar o Direito. É questão de legalidade. A só violação de preceito moral, não juridicizado, não implica invalidade do ato. A só ofensa a preceito que não consagra, explícita ou implicitamente, valores morais, implica invalidade do ato, mas não imoralidade administrativa” (CAMMAROSANO, Márcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. Fórum: Rio de Janeiro, 2014, p. 114).

as incompatibilidades bem como para as atividades posteriores por eles realizadas²².

Destaque necessário aos princípios da Administração Pública explícitos no caput do artigo 37 da Constituição, quais sejam os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Na mesma altura, tem-se a fixação da regra de contratação pública por meio de licitações para obras, serviços, compras e alienações, constante do art. 37, XXI²³. As sanções previstas para atos de improbidade administrativa²⁴ como sendo a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, de acordo com o art. 37, §4º.

Mais à frente, as incompatibilidades parlamentares do art. 54 e no artigo 70, parágrafo único, é expressa a obrigação de prestação de contas por parte de pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos, tudo isso como pressuposto republicano.

Para além dos Tribunais de Contas²⁵, existem outros órgãos autônomos capazes de aferição de probidade de utilização de valores públicos, como o

²² A Lei Federal nº 12.813, de 16 de maio de 2013 *“dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego”*.

²³ “Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade dos negócios administrativos” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros: São Paulo, 1999, p. 246).

²⁴ “a probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidade delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favores. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem” (SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 669).

²⁵ Sobre as funções dos Tribunais de Contas, na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello: “Função fiscalizadora essa que compreende, e está notadamente nos incs. IV, V e VI, função fiscalizadora que se expressa desde e por meio de representação conforme prevê o inc. V, assinando prazos para correção de legalidade, inc. IX, e que está dotada de poderes preventivos e repressivos. Porque tanto pode sustar atos – inc. X -, se não atendidas as suas determinações, quanto no caso de contrato – isto é algo a respeito do qual temos que fazer uma curta palavra, porque me parece que aqui está o grande problema das relações entre o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas – deliberando, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 71, deliberando, no

Ministério Público e a Defensoria Pública, conforme art. 129, III e 134, ambos da Constituição Federal.

Verifica-se assim inquestionável a valoração constitucional da questão da moralidade²⁶ pública. O tratamento extenso que caracteriza o texto de 1988 permite interpretar além da garantia do interesse público secundário, mas também pela tutela do interesse público primário que é consectário do regime democrático, o que sustenta desde a base do ordenamento jurídico a existência de um microsistema de combate à corrupção. Sustentação essa que também se projeta no âmbito internacional, vez que é pela Constituição que se internalizou no Brasil as Convenções Internacionais que tratam do tema, como a Convenção de Palermo (Decreto nº 5.015/04), Convenção de Mérida (Decreto nº 5.687/06), Convenção da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Decreto nº 3.678/00)²⁷ e Convenção da Organização dos Estados Americanos - OEA Contra a Corrupção (Decreto nº 4.410/02).

caso de omissão, aqui diz, do Congresso ou do Executivo. Curiosamente refere-se apenas ao Executivo, não se refere à omissão do Poder Judiciário. Funções finalmente contenciosas, que são as do inc. II, as de “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos (...)” e, afinal, uma função sancionadora, que é consectário próprio, digamos, assim, desta função fiscalizadora quando desatendidas suas determinações, ou quando verificadas ilegalidades. Este talvez seja o panorama das funções” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Função controlada do tribunal de contas. *Revista de Direito Público – RDP* São Paulo: RT, n. 99, p. 37-45, jul./setembro, 1991).

²⁶ “Vê-se, portanto, que não há como pretender, em rigor, que o princípio jurídico da moralidade administrativa esteja reportado direta e imediatamente a esta ou aquela ordem moral, cujos preceitos reputar-se-iam automaticamente juridicizados, e a nível constitucional. Está reportado, sim, a valores albergados no sistema jurídico, e cuja intelecção e aplicação não se pode dar fora desse mesmo sistema, ainda que permeável, pela própria fluidez dos conceitos normativos, às concepções significativas prevalentes em dada sociedade e em dado momento histórico” (CAMMAROSANO, Márcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. Fórum: Rio de Janeiro, 2014, p. 82).

²⁷ A transnacionalização do novo fenômeno corruptivo fez surgir compromissos internacionais de combate à degradação da moralidade administrativa nesse particular. É o caso da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionário Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, que impõe às nações aderentes que tomem medidas punitivas das condutas intencionais de oferecer, prometer ou conferir qualquer vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, com vistas a ação ou omissão desse no âmbito de suas funções, com a finalidade de interferir em transações ou negócios internacionais. É nesse sentido que foram acrescentados ao Código Penal os dispositivos dos artigos 337-B, 337-C e 337-D.

A abordagem pragmática do microsistema, no entanto, deve ser necessariamente infraconstitucional, o que já implica em grande diversidade de regras que encontram fundamento no texto constitucional e devem ser harmonizadas.

Estas vão desde o âmbito penal, passando pelo administrativo e civil, cujas responsabilidades são autônomas, mas, importante destacar, ainda submetidas à proibição de *bis in idem*, que sem dúvida é um dos grandes desafios enfrentados hoje pelo aplicador da norma. É o que se apresenta no exame de confronto entre a chamada Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13), Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.259/11) e Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), normas essas que viabilizam em conjunto punições que não podem ser levadas a efeito se o aplicador da norma se utilizar de cegueira deliberada entre si²⁸. Razão pela qual é imprescindível a existência de uma coordenação para se dar viabilidade fática e não apenas jurídica ao microsistema de combate à corrupção, garantindo sua coesão e eficácia.

A questão da coordenação é central para a sofisticação do combate a corrupção, e ainda mais no que se refere à avaliação das consequências sociais de uma determinada interpretação. Chama atenção o posicionamento institucional do Ministério Público Federal acerca das causas da corrupção:

“Com efeito, com a consolidação do modelo estatal acentadamente intervencionista e regulador, agregaram-se formas de corrupção por meio de grupos de pressão, pessoas morais ou redes com atores sociais variados, marcadas por interdependência e subordinação diversas, sob a forma de sofisticadas e complexas organizações criminosas que reproduzem suas práticas por meio de colusão, silenciosos pactos, simulações e distintos artifícios para atribuir aparência legal a suas operações, o que salienta a dificuldade de detecção fora do contexto infracional. Por sua fisionomia, enfrentar a

²⁸ “Durante toda la vida de nuestro contencioso hasta el momento mismo de la Constitución la jurisprudencia utilizo la doctrina de que, tratándose de dos ordenamientos distintos, las sanciones administrativas eram perfectamente compatibles e incluso independientes respecto a las penales frente a unos mismo hechos. De modo que cabía que por unos mismo hechos se sufriese una doble punición (administrativa y penal) y, lo que resultaba aún mas chocante, unos mismos hechos podían estimarse de um modo por el juez penal y de outro complementemente distinto o hasta contradictório por la autoridade administrativa sancionatória” (ENTERRÍA, Eduardo Garcia e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Argentina: Thomson Civitas, 1977, p. 185).

corrupção implica atingi-la no motor que fundamenta as redes da alta corrupção: os agentes econômicos”²⁹.

Que os agentes econômicos são a engrenagem da imoralidade na Administração da coisa pública não parece exatamente uma descoberta ou ainda fato que requeira maior publicidade. Em todo caso, o que se pretende aqui é reiterar que os agentes econômicos são os responsáveis constitucionais pela circulação de valores, manutenção de serviços, fornecimento de produtos, empregabilidade e recolhimento de impostos, de modo que tal função constitucional não pode ser invisibilizada no afã de se responsabilizar penal, civil e administrativamente os corpos jurídicos privados de forma indiscriminada e sem se avaliar os impactos das sanções impostas.

Não se olvida aqui que a postura institucional do Ministério Público Federal é resultado de uma construção coletiva, resultado dos esforços da instituição como um todo, que tem resultante de conduta decorrente da qualificação do seu corpo de membros assim como pelas demandas apresentadas pela sociedade, que podem ser absorvidas ou não. É por isso que sua atuação não pode ser avaliada apenas enquanto fiscal da ordem jurídica, titular da ação penal ou quaisquer outras atribuições ao Ministério Público conferidas pela Constituição ou Lei. Em estudo localizado, mas que permite induções ao âmbito nacional, Catia Aida Silva³⁰ traz curiosa conclusão acerca da postura de membros do Ministério Público Paulista:

“Nas imagens construídas pelos entrevistados, os interesses da sociedade não são devidamente representados na arena política: os políticos primam pela defesa de seus próprios interesses, o poder público não atende às demandas dos cidadãos e a sociedade mostrar-se desorganizada e frágil. O Ministério Público vem, pois, ‘preencher um vácuo’, controlando políticos e defendendo interesses da sociedade – proposta muito semelhante aos diagnósticos sobre a sociedade e o Estado no Brasil presentes na tradição do pensamento políticos brasileiro. No entanto, a categoria ‘sociedade’, tal como usada pelos

²⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. NOTA TÉCNICA Nº 1/2017 – 5a CCR. Nota Técnica sobre Acordo de Leniência e seus efeitos, elaborada pela Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada, vinculada à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

³⁰ SILVA, Cátia Aida. Justiça em Jogo: Novas facetas da atuação dos promotores de justiça. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.p.165.

entrevistados, comporta diferentes características. Quando se justifica as atribuições do Ministério Público na defesa dos interesses metaindividuais, a referência é feita a uma sociedade frágil e desorganizada. Quando se lembram as conquistas do Ministério Público na Constituição, essas são tidas como conquistas que nasceram das 'aspirações' e 'lutas' da sociedade. Mas, acima de tudo, a sociedade apontada pelos entrevistados – e por muitas das publicações de membros do MP paulista – não comporta divergências de interesses. Excluídos dessa definição, os grupos econômicos poderosos e as organizações que violam direitos e cometem abusos, a sociedade aparece como *terreno do bem* e do *iluminado* (Slater *apud* Alvarez *et alii*, 1998), como se diferentes grupos e segmentos sociais não defendesse interesses contraditórios.”

Meio institucional que é, o órgão constituído por agentes públicos de carreira que não estão alheios ao cenário político contemporâneo, isto é, veem-se inseridos em cenário de profunda crise de legitimidade política e enquanto fiscais da ordem jurídica, como responsáveis pela fiscalização irrestrita dos atos e projetos políticos levados a efeito pelas administrações. O Ministério Público, assim, reconfigurado pela Constituição de 1988 também se vê munido de novas formas de atuação, para além da ação penal, em especial a defesa de direitos metaindividuais o que o torna apto a este controle de moralidade administrativa também no âmbito administrativo. Ocorre que, conforme visto, a lente penal através da qual o órgão tradicionalmente enxerga o mundo não deixou de ser utilizada mesmo na tutela de interesses coletivos, como é o da moralidade pública e a proteção do patrimônio público, motivo pelo qual os esforços anticorrupção requerem reorientação.

Por ser assim, e visando ao estabelecimento de sanções negativas, é que deve existir no âmbito legislativo e jurisdicional a preocupação pela delimitação das condutas consideradas violadoras da moralidade pública que precisam de reprimenda, e tal delimitação não pode ser imprecisa ou vaga. Sintomático dessa necessidade e também do grau de reprovabilidade das condutas nesse sentido, é que o fundamento normativo remoto a conferir ilicitude ao ato corrupto reside, primeiramente, no direito penal no Brasil.

Interessa mais aqui, no entanto, a repercussão histórica no conceito jurídico legal da Lei Federal nº 12.846/13, a chamada Lei Anticorrupção, que em

seu artigo 9^{o31} remete à Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE³². Oportunidade em que o legislador se desvencilha da tarefa que não lhe cabe para, adequadamente, fixar-se na descrição de condutas a serem juridicamente sancionadas, o que faz no artigo 5^{o33} da Lei por meio da enumeração tipificada. Tais condutas descritas, no entanto, já eram reguladas pelo Direito Administrativo e Direito Penal em sua maioria.

Acerca da relativa inovação legislativa, André Pimentel Filho assevera:

(...) ora cria novas hipóteses de irregularidades, como se verifica nos incisos II, o qual não encontra, em sua amplitude, paralelo na legislação precedente, e inciso III, que cria hipótese nova e autônoma que abarca tanto a conhecida fraude ao caráter competitivo das licitações, consistente em se utilizar de pessoa diversa, para simular competição, como a prática de ocultação da natureza ilegal de vantagem, subsumível à tipologia da

³¹ Art. 9º Competem à Controladoria-Geral da União – CGU a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no artigo 4 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

³² “A Convenção focaliza no tema da corrupção de funcionários públicos estrangeiros. A corrupção de funcionários públicos nacionais já constituía crime de acordo com as legislações domésticas dos países membros, assim como na maior parte dos países do globo. O foco situa-se no indivíduo que oferece, promete ou dá a “propina”, ou seja, na corrupção ativa, em contraste com a corrupção passiva. A Convenção representa um esforço para eliminar o fornecimento de propinas a funcionários públicos estrangeiros, sendo que cada país se responsabiliza pelas atividades das empresas que atuam em território nacional. Ademais, a Convenção procura assegurar equivalência entre as sanções aplicadas em nível nacional e aquelas aplicadas à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, sem, contudo exigir uniformidade ou mudanças nos princípios fundamentais das ordens jurídicas nacionais” (RAMINA, Larissa. Tratamento jurídico internacional da corrupção: a Convenção Interamericana contra a Corrupção da O.E.A. e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários `Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da O.C.D.E. In. Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C, ano 3, nº 11, jan/fev/mar 2003.

³³ “A lei anticorrupção, em seu artigo 5º, enuncia que os atos lesivos à Administração Pública, ensejadores da responsabilização objetiva da pessoa jurídica, são aqueles que atentam contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Na sequência elenca um rol taxativo por cinco incisos. Destaca-se que as condutas previstas no art. 5º não são exclusivas e originais da lei anticorrupção, eis que já eram consideradas ilícitas pelo Código Penal, pela lei de licitações e pela lei de improbidade administrativa” (CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção. In. Revista Digital de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. V. 2, n. 1, p. 160-185, 2015).

lavagem de dinheiro. Com efeito, nitidamente se busca enfrentar a casuística dos problemas de corrupção no país.”³⁴

Tal esforço de delimitação de condutas está um passo adiante da necessidade primeira de se fixar um parâmetro conceitual para a contribuição que se pretende, que é ampliar a racionalização do combate à corrupção, considerando suas externalidades junto com a necessidade de retribuição punitiva. Para isto partimos da previsão constitucional atinente à corrupção, o que impõe ao conceito considerar também as consequências da responsabilização.

2.5. O MICROSSISTEMA LEGISLATIVO BRASILEIRO DE COMBATE À CORRUPÇÃO E A RESPONSABILIZAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS

Em se tratando da evolução legislativa do combate à corrupção propriamente dito, novamente o parâmetro constitucional demonstra sua importância, pois é notório que o instrumental legal foi complexificado desde e a partir da edição da Constituição de 1988. A Carta Maior tratou do abuso de poder econômico na seara eleitoral, assim como a improbidade administrativa e os chamados crimes de responsabilidade. No último caso temos ainda legislação recepcionada do regime constitucional anterior, como a Lei nº 1.079/50, que cuida dos crimes de responsabilidade do Presidente da República e Ministros, enquanto o Decreto Lei nº 201/1967 regulamenta os crimes praticados por prefeitos e vereadores.

Sucedem à promulgação da Constituição Federal, alguns marcos normativos que merecem destaque, como as chamadas Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), assim como a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº

³⁴ PIMENTAL FILHO, ANDRÉ. Comentários aos artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção. In: Lei Anticorrupção e Temas de Compliance. Org. Jorge Munhós e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. 2ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 49.

101/2000). Cada qual em uma frente do direito público, criando parâmetros de atuação do agente público e particulares para atendimento pleno do princípio da moralidade.

A década seguinte à edição da Constituição vigente é destacada na doutrina como período fértil de produção legislativa com intuito de responsabilizar o agente de ilícito no âmbito administrativo. É o que salienta Daniel Ferreira:

“Reforça esse entendimento a circunstância de que desde os anos 1990 se vem constatando o crescimento exacerbado de normas (DOTTI, 2001, p. 25) prevendo ilícitos administrativos de mera conduta e de mera voluntariedade, num viés de prevenção e de precaução que poderia parecer incompatível com a evolução da tutela, constitucional e legal, dos direitos fundamentais.”³⁵

Interessam, ainda, a produção normativa encontrada na Lei nº 8.730/1993 que impôs a obrigatoriedade de apresentação das declarações de bens para os agentes públicos, o tratamento penal dos crimes de “colarinho branco” e a “lavagem de dinheiro” (Leis nº 7.492/1986, 9.613/1998 e 8.137/1990).

Em outro momento foi acrescentado ao regramento penal os mecanismos de delação ou colaboração premiada (Leis nº 9.807/1999, 12.529/2011 e 12.683/2012), da mesma forma a nova classificação legal das organizações criminosas (Lei nº 12.850/2013) e responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção (Lei nº 12.846/2013).

É preciso destacar a criação de normas acerca da conduta de servidores no âmbito federal, como o Código de Conduta da Alta Administração e o Estatuto dos Servidores Federais, Leis nº 8.027/1990 e 8.112/1990 respectivamente, seguidas da Lei do Procedimento Administrativo Federal, (Lei nº 8.987/1999).

³⁵ FERREIRA, Daniel. In: Sanções Administrativas: Entre Direitos fundamentais e democratização da ação estatal. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, julho/dezembro de 2012).

Tais leis representam verdadeiros elementos de um sistema normativo da organização de pessoal e procedimental no âmbito da União.

Dando cumprimento à comando constitucional originário, somente se criou procedimento administrativo forçado de publicidade e transparência da Administração com a chamada Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/11, poderoso instrumento no combate à corrupção à medida que esmiúça a forma pela qual se pode exigir (e restringir, em casos excepcionais) o acesso a atividades envolvendo recursos públicos.

Embora não seja incluída dentre as inovações legislativas que visavam ao combate à corrupção, é imprescindível fazer acompanhá-las a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, a qual incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Com nítido objetivo de elevar os níveis de segurança jurídica, transparência, sistematização e eficiência na criação e aplicação do direito público e melhorar a qualidade da atividade decisória pública no Brasil, a normatização não esteve isenta de críticas, desde controvérsias sobre a tramitação até opiniões divergentes dos órgãos de controle sobre seus fundamentos e constitucionalidade.

A vedação da utilização de conceitos jurídicos indeterminados e princípios sem que se considere as consequências práticas da decisão fulmina a possibilidade jurídica de motivações decisórias vazias, genéricas, retóricas ou principiológicas sem análise prévia dos fatos e dos impactos. Isto em respeito aos princípios da motivação, proporcionalidade e análise concreta dos fatos e consequências da decisão (meio utilizado para o resultado alcançado diante de um universo de possibilidades).

Além disso, a norma dificulta a existência dos chamados “cadáveres administrativos”, vez que exige demonstração de quais efeitos dos contratos ou dos atos serão preservados, se os terceiros de boa-fé terão seus direitos adquiridos garantidos, se não haverá enriquecimento sem causa da Administração, se o particular terá seus direitos preservados, dentre outros. E no mesmo sentido impede que mudanças de interpretação possam lançar situações

anteriores em regime de incerteza, devendo haver um regime de modulação em atenção a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima.

Decorre das alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro um regime geral de celebração de acordos pela Administração, que terá especificação adequada em cada lei regulamentadora.

Acompanhado de tal análise não se pode descurar sobre a fixação de parâmetros cronológicos que sejam úteis aos critérios de fixação de responsabilidade da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, devendo-se analisar a evolução legislativa em dois momentos. O primeiro sendo a produção legislativa até a Constituição de 1988 e o segundo partindo desta até os dias atuais. Tal perspectiva tem a função de destacar que o paradigma interpretativo foi a Carta de 1988 e a necessidade de redirecionar os esforços anticorrupção, de modo a se observar os comandos nela previstos.

Oportuna a lição de Heraldo Garcia Vitta quando a responsabilidade da pessoa jurídica:

Além da pessoa física, a pessoa jurídica pode responsabilizar-se por infração administrativa, pois ela, como esclarece Montoro Puerto, tem capacidade, a qual corresponde à imputabilidade da pessoa física. (...)

O notável Ruy Cirne Lima renomado jurista gaúcho, ensina com maestria: “A pessoa jurídica é destarte, pela representação, uma vivência psicológica do representante. Sobre este, fora de dúvida, recai a responsabilidade moral dos atos, cuja imputação jurídica, sem embargo, se faz sumariamente à entidade transindividual. Mas não poderia ser diversamente do ponto-de-vista moral: a pessoa jurídica vive na pessoa do representante (...).

Assim, nos entes coletivos, como são as pessoas jurídicas, exige-se o dolo ou a culpa das pessoas (físicas) encarregadas de agir por elas, ou em nome delas; as sanções, que são consequências da ilicitude realizada pelas pessoas físicas, recairão os próprios entes (pessoas jurídicas)”³⁶

No Brasil, desse modo, é possível partir da edição do Decreto-Lei n.º 3.708/1919, o qual inseriu no ordenamento a sociedade por quota de

³⁶ VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 51.

responsabilidade limitada, sociedade essa que não se confundia com a pessoa dos seus sócios, vez que a anterior indiferenciação favorecia a irresponsabilidade³⁷. Em um segundo momento, temos a edição da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, inserida no ambiente de urbanização brasileira e minimização da relação conflituosa entre empregador e empregado, com a responsabilidade solidária do grupo econômico em razão das eventuais dívidas com os trabalhadores decorrentes de relação de emprego. Posteriormente, a publicação do Código Tributário Nacional visava organizar a arrecadação de um país já urbanizado, mas ainda pendente de expansão econômica, em especial em relação à responsabilidade por transferência de terceiros. É necessário vislumbrar que tanto a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT como o Código Tributário Nacional - CTN guardam o a origem remota da responsabilização administrativa das pessoas jurídicas no direito brasileiro.

Já no pós 1988 é imprescindível destacar a edição do Código de Defesa do Consumidor, corpo normativo imposto pela nova Constituição e que fixou parâmetro claro sobre a posição desequilibrada entre agentes econômicos e consumidores. Para além da responsabilidade solidária entre produtores e comerciantes, houve inequívoca organização de sistema administrativo de imposição de sanções, haja vista a estruturação dos chamados Procons.

O risco da atividade, como cediço, já é causa de responsabilização da pessoa jurídica por atos de terceiros, como se verifica do disposto nos artigos 932 e 933 do Código Civil.

Digno de nota, ainda, as alterações levadas a efeito pela Lei nº 13.874/19, a chamada Lei da Liberdade Econômica, nos artigos 49-A e 50 do Código Civil que deu maior proteção ao sócio da pessoa jurídica por atos por ela praticados de modo a dissociar as responsabilidades patrimoniais da pessoa física e jurídica.

³⁷ “Artigo 10. Os socios gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contrahidas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidaria e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos actos praticados com violação do contracto ou da lei” (BRASIL. Decreto 3.708/1919).

Em seguida, cabe apontar a guinada administrativa levada a efeito pela Reforma da Administração, a qual estreitou o modelo gerencial, caracterizado, aqui, pelas chamadas privatizações. Tal movimento administrativo gerou a necessidade de criação de sistema de regulação, consubstanciado no SBDC, Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com a edição da Lei nº 8.884/94, com destaque para o dispositivo legal que autorizava diretamente a Administração a desconsiderar a personalidade jurídica para fins de responsabilidade. Tal disposição criou campo para a regulamentação e criação das agências reguladoras, instrumentos parceiros do sistema jurídico administrativo para controle de condutas anticoncorrenciais.

Nesse sentido, Clóvis Alberto Bertolini de Pinho³⁸:

“A reformulação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, com a edição da Lei nº 8.884/1994, que previa a possibilidade expressa da autoridade administrativa poder desconsiderar a personalidade jurídica (art. 18 da Lei nº 8.884/1994), sublinha essa ampla possibilidade de esponsabilização administrativa da pessoa jurídica que cometa ilícitos contra à Ordem Econômica brasileira.”

Avaliados em conjunto, é possível inferir que a sucessão desses instrumentos legais criou ambiente e propiciou a modernização da responsabilidade das pessoas jurídicas, tanto no aspecto civil, como penal e administrativo, o que hoje pode ser estudado a partir da Lei nº 12.846/13, que é consequência dessa evolução legislativa. Legislação essa que desenhou o parâmetro de responsabilidade civil da pessoa jurídica como objetiva, porque fundada no risco da atividade empresarial, conforme delineado pelos artigos 41 e 42 do Decreto n.º 8.420/2015. De modo que os riscos da atividade empresarial serão a razão de ser da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas nas relações que causarem dano à Administração.

³⁸ PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Retrospecto da responsabilidade da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro: do Código Civil de 1916 até a compreensão da responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 5, n.1, p.32-65, 2018. Acesso em 15 de novembro de 2020. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v5n1p32-65>>

2.6. O DESAFIO DO NON BIS IN IDEM

Grande e inegável desafio que se coloca no direito brasileiro, dentro desse panorama legislativo já traçado, é a necessidade de harmonização do sistema de combate à corrupção de modo a evitar o indesejável duplo apenamento pelos mesmos fatos tidos por ilícitos, ou seja, evitar-se o chamado *non bis in idem*.

A ampla gama de órgãos de controle previstos no sistema constitucional brasileiro, com atribuições muitas vezes parecidas e possibilidade de aplicação de sanções que, na prática, se mostram idênticas entre si, principalmente por incidirem sobre os mesmos fatos e a mesma pessoa, demonstra uma indesejável sobreposição de responsabilização penal e administrativa³⁹.

O redirecionamento dos esforços institucionais de enfrentamento da corrupção tem de considerar que tem sido factível, àquele que está sob investigação ou processo, estar sujeito ao poder de polícia de número demasiadamente elevado de órgãos de controle, o que dificulta a padronização e sistematicidade das sanções e eventuais planos de adequação de conduta⁴⁰. Tais órgãos são os Ministérios Públicos (Federal, dos estados da federação e do distrito federal e o Ministério Público de Contas de cada Tribunal de Contas respectivo), Tribunais de Contas, Administração Pública do Poder Executivo, Justiça Eleitoral, Justiça Comum, Justiça Federal, além das implicações junto ao

³⁹ “Refere-se a uma espécie de crise de identidade do direito punitivo estatal como um todo, que alavanca fluxos não lineares e contraditórios, ora de “administrativização” de condutas antes disciplinadas pelo direito penal, ora de criminalização de atividades até então tratadas como infrações administrativas. É também cada vez mais comum, aliás, a superposição das duas estratégias punitivas” (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.20).

⁴⁰ “Isso decorre porque a propositura de inúmeras medidas punitivas em diversas esferas e entender impede que o Estado aja de maneira unitária e coesa, estabelecendo um único processo sancionatório para aquele determinado fato e otimizando a punição estatal. A necessidade de uma atuação integrada e coesa, a bem de diminuir a extrema desorganização das esferas punitivas, é hoje medida mais ansiada para que o bis in idem comece a ter fim em nosso ordenamento. Sobre isso, Fabio Medina Osório já teve a oportunidade de afirmar que o correto seria buscar a integração entre as instâncias penal e administrativa” (CHAGAS, Gabriel Pinheiro. *O ‘non bis idem’ no Direito Administrativo Sancionador*. In: *Direito Administrativo Sancionador – Estudos em Homenagem ao Professor Emérito da PUC-SP Celso Antonio Bandeira de Mello*. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 292).

Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica⁴¹. É evidente que no âmbito judicial existe a possibilidade de se syndicar todo e qualquer abuso na aplicação de sanções, o que, no entanto, não minimiza o potencial caótico das sanções advindas dos esforços anticorrupção.⁴²

A previsão de sanções que, a par de possuírem nomenclaturas ligeiramente diversas, na essência trazem a mesma consequência prática e são aplicadas por órgãos de controle distintos, porém em razão dos mesmos fatos, traz inegável risco de ocorrência de *bis in idem* e indevida insegurança jurídica nas relações punitivas no Brasil.

Tome-se como exemplo o que genericamente podemos chamar de proibição de celebrar contratos com a Administração Pública em razão de ilícitos praticados em licitações e contratos administrativos.

⁴¹ “No âmbito dessa racionalidade, causa estranheza permitir que o Estado sancione um mesmo comportamento incontáveis vezes. Antes de discutir a questão da sobreposição da sanção penal e sanção administrativa em razão da mesma conduta e à mesma pessoa, cumpre indagar se é possível sancionar, administrativamente, a mesma conduta mais de uma vez. Essa indagação não se revela meramente teórica, já que há âmbitos em que, ao menos em tese, diferentes entes federativos podem sancionar a mesma conduta, sem que haja qualquer norma jurídica expressa sobre o afastamento de uma das sanções quando outra já houver sido aplicada. D’outro lado, também há comportamentos que ensejam a imposição de sanções administrativas oriundas de distintos diplomas legais, como o já citado exemplo da corrupção, que poderá resultar em reponsabilidade administrativo-disciplinar, responsabilização por improbidade administrativa e pela Lei nº 12.846/13” (COSTA, Helena Regina Lobo. Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada. In. Direito Administrativo Sancionador. Coord. Luiz Maurício Souza Blazeck e Laerte Marzagão Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 114.)

⁴² “Particularmente no Brasil um fenômeno se soma a esse movimento de transformação e ampliação do controle: a majoração da autonomia de órgãos de controle externo e interno da Administração, como ocorre com o Ministério Público, os Tribunais de Contas e as Controladorias ou Corregedorias administrativas. Com isso, dissemina-se, de modo consciente ou inconsciente, o conflito entre diferentes organismos estatais, na medida em que são fortalecidos órgãos de características *sui generis* em relação ao tradicional princípio da separação de Poderes, órgãos, em verdade, exteriores à própria separação e que, embora munidos do poder de controlar, são mal controlados, uma vez que não participam do sistema de freios e contrapesos inerentes ao referido princípio constitucional. Sem freios e contrapesos e com uma série de prerrogativas excessivamente genéricas e imprecisas, não é preciso ir muito distante para se imaginar que esses órgãos de controle tendem ao cotidiano abuso de poder. De qualquer sorte, não há dúvida de que esse empoderamento dos órgãos de controle autônomos brasileiros faz parte do movimento de alargamento geral dos mecanismos de controle sobre a Administração” (PEREZ, Marcos Augusto. Governança Democrática e Fragmentação do Direito Administrativo. In. O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. Org. Arnaldo Wald, Marçal Justen Filho e Cesar Augusto Guimarães Pereira. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 861).

Tal sanção pode ser aplicada pela própria Administração, conforme previsão do artigo 7º da Lei nº 10.520/2002, artigo 87, III da Lei nº 8.666/03 e 156, III e IV da Lei nº 14.133/21, pelo Poder Judiciário em razão de ato de improbidade administrativa, com fundamento no artigo 12 da Lei nº 8.429/92, pelo Tribunal de Contas da União, nos termos do artigo 46 da Lei nº 8.443/92 e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, conforme previsão do artigo 38, inciso II da Lei 12.529/11.

Trata-se, como bem coloca Gabriel Pinheiro Chagas, de um cenário de verdadeiro caos punitivo⁴³ que, como cediço, não pode ser admitido por um país que pretenda garantir um mínimo de segurança jurídica⁴⁴ aos parceiros privados.

⁴³ “Resume-se essa ideia com a conclusão de que a unidade do Estado permite e viabiliza uma junção tanto material quanto processual do Direito sancionador, reconhecendo-se todas as esferas hoje existentes como sendo uma única representante do Estado sancionador, o que, independentemente da polêmica proposta, seria significativa na redução do bis in idem, à medida em que a multiplicação de instâncias e esferas competentes aniquila o direito de defesa dos acusados e as outras garantias constitucionais já examinadas. Dentro dessa proposta, a medida mais sensata seria uma unificação dos processos administrativos, ou ao menos uma interlocução sistematizada e frequente entre as diversas esferas supostamente competentes para julgar os mesmos agentes pelos mesmos fatos, a fim de que processos que possam culminar em sanções já aplicadas deixem de prosseguir a bem de evitar o bis in idem. “Tal alternativa, além de obviamente prezar pela economicidade e eficiência, também poderá otimizar a incidência do Direito Administrativo Sancionador, à medida que processos repetitivos não tramitarão inutilmente e também se evitará que sanções repetidas e excessivas sejam questionadas e anuladas no Judiciário, conferindo solidez à eventual decisão aplicada inicialmente” (CHAGAS, Gabriel Pinheiro. O ‘non bis idem’ no Direito Administrativo Sancionador. In: Direito Administrativo Sancionador – Estudos em Homenagem ao Professor Emérito da PUC-SP Celso Antonio Bandeira de Mello. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 292/293).

⁴⁴ “Por um lado, o exercício do controle tem sido marcado por uma excessiva insegurança jurídica, que deriva tanto da (i) ausência de uniformidade de interpretação pelas múltiplas instâncias de controle, como da (ii) ausência de coordenação institucional entre os controladores, num contexto em que se verifica a superposição de competências e a multiplicidade de autoridades afetadas ao exercício do controle.

A ausência de unidade de entendimentos em torno de muitos temas relevantes do direito administrativo tem sido apontada como um dos fatores que mais contribuem para corroer a segurança e a estabilidade jurídicas, tão necessárias para assegurar um ambiente adequado para desenvolvimento dos negócios no país. Tome-se como exemplo o Ministério Público, atualmente caracterizado por uma fragmentação institucional capaz de gerar um risco ampliado de entendimentos divergentes e conflituosos. A autonomia funcional dos agentes do Ministério Público lhes confere a condição de manifestar orientações e posicionamentos independentes, o que concorre para estimular um pluralismo interpretativo perigoso para a segurança jurídica” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Direito Administrativo como controle. In. O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. Org. Arnoldo Wald, Marçal Justen Filho e Cesar Augusto Guimarães Pereira. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 401).

A submissão, tanto do particular administrado quanto do agente público, a uma trama de controle administrativo que não guarda coesão na sua atuação gera, do lado do Administrador, o que a doutrina hoje chama de “apagão das canetas” consubstanciado em um medo demasiado de agir sob pena de se ver responsabilizado por possuir interpretação diversa da do órgão de controle sobre o mesmo fato e do lado do Administrado o receio de contratar com a Administração e se ver responsabilizado de forma indevida e disfuncional⁴⁵.

Eis a razão forte pela qual se argumenta pela alteração interpretativa. Caso contrário, estar-se-ia diante da possibilidade de eventuais condutas contraditórias entre si, como uma sanção aplicada pelo órgão anticoncorrencial que de tal forma restringisse o ambiente de competição de determinado setor, ou a sanção pecuniária levada a efeito pela Administração que comprometesse no longo prazo o potencial arrecadatório a ser auferido a partir daquela pessoa jurídica sancionada e os inúmeros empregos por ela gerada. Tudo isto porque também integra o âmbito normativo com estatura constitucional a função social da empresa e não pode estar ausente da dosimetria da sanção negativa. Interessa, portanto, todas as funções da sanção negativa e não apenas a retributiva.

Esta sistematicidade pretendida será viabilizada a partir do reconhecimento doutrinário e judicial de um microssistema anticorrupção que não se atenha às sanções negativas, mas compreenda os impactos sociais e econômicos decorrentes das eventuais sanções. Organização essa que pode racionalizar as consequências dos esforços anticorrupção, por exemplo na incidência das condenações de dissolução compulsória, proibição de participar

⁴⁵ “Por tudo isso, verifica-se que o gestor público, ao desempenhar a função administrativa, submete-se a uma trama de controle dotada de inúmeras normas e múltiplos órgãos com atividades complementares e muitas vezes sobrepostas. Vale enfatizar que a ampliação do controle sobre a atividade do administrador público é relevantíssima e incontornável para qualquer Estado Democrático de Direito. No entanto, ao modo disfuncional como tem sido colocado em prática no Brasil, o controle vem promovendo uma dupla desmotivação para o agente público que, ao mesmo tempo em que enxerga a dificuldade de tomar decisões discricionárias, ante a possibilidade de ver alterada a sua decisão pelos órgãos de controle, recebe ser responsabilizado e punido por suas escolhas que possam ser consideradas equivocadas à luz do raciocínio do órgão de controle respectivo” (CARVALHO, André Castro e SOUSA, Otavio Augusto Venturini. O Construtivismo pragmático de Hely Lopes Meirelles. In. O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. Org. Arnaldo Wald, Marçal Justen Filho e Cesar Augusto Guimarães Pereira. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 170/171).

de licitação e declaração de inidoneidade. No último caso são verificadas as razões pelas quais a sanção não pode levar o apenado a uma situação pré-falimentar, e nos demais casos e sanções aqui não apontadas o que tem que ser considerado é que já existem dispositivos com força normativa para que haja um sopesamento adequado das sanções, que vão além da função social da empresa, como a livre concorrência, a busca do pleno emprego, a ótima arrecadação tributária no interesse nacional e a intranscendência das sanções.

O legislador ordinário parece já possuir uma preocupação em evitar o *bis in idem* no sistema de responsabilização administrativa, como se percebe do artigo 17 da Lei Anticorrupção que prevê um intercâmbio com a nova Lei de Licitações, na medida em que a pessoa jurídica pode ter isentas ou atenuadas as sanções administrativas previstas no artigo 156 da novel Lei Geral de Contratações Públicas.

Interessante inovação trazida pelo artigo 159 da Lei 14.133/21 é a imposição de que os atos previstos no artigo 156 da Lei Geral de Licitações e tipificados como infrações administrativas que igualmente sejam tipificados como atos de corrupção na Lei 12.846/13 deverão ser *“apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei”*.

Trata-se de louvável iniciativa legislativa para que se evite o *bis in idem* na aplicação das sanções administrativas existentes em leis diversas que, em última instância, tipificam os mesmos atos ilícitos. No mesmo sentido parece caminhar as proposições constantes do Projeto de Lei 10.887/18, já aprovado pela Câmara dos Deputados e atualmente para deliberação do Senado Federal, que altera a Lei de Improbidade Administrativa⁴⁶.

Em razão de tais princípios e do entendimento do sistema de responsabilização de forma coesa e harmônica é que o país avançara para um apenamento funcional e que não acarrete indevido *bis in idem*, algo inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

⁴⁶ Prevê o projeto do novel parágrafo 7º do artigo 12 que “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”.

2.7. CONCLUSÕES PARCIAIS

A partir da análise de conceitos construídos para delimitação do fenômeno da corrupção, é possível assentar na existência de uma progressão conceitual amparada na ideia de interesse público. Por ser assim, visando à fixação de sanções negativas, é que deve existir no âmbito jurídico a delimitação das condutas consideradas violadoras da moralidade, e que tal delimitação não pode ser vaga ou imprecisa.

A função social da empresa deve ser o norte para filtrar a aplicação das responsabilidades previstas no ordenamento para pessoas jurídicas, quais sejam as previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), e responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção (Lei nº 12.846/2013) e Lei de Licitações (Lei 14.133/21). É forçoso concluir, também, que a alteração recente na LINDB (Decreto-Lei 4.657/42), que impede a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e princípios sem que se considere as consequências práticas da decisão também deve orientar os esforços anticorrupção, com vistas à preservação da função social de empresas e em última análise a garantia de um piso mínimo de segurança jurídica.

No âmbito interno, portanto, podemos apontar como partes integrantes do sistema as leis que definem os chamados crimes de responsabilidade, que são a Lei Federal nº 1.079/50 e Decreto Lei nº 201/1967, em seguida a Lei Complementar nº 64/90, alterada pela Lei Complementar nº 135/10, que juntas pormenorizam hipóteses de inelegibilidade, além da Lei nº 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa, que até pouco tempo centralizava o sistema, sem deixar de mencionar a sanção penal prevista no Código Penal e a Lei de Licitações.

Isto para, como dito, dar cumprimento ao comando constitucional de atenção ao princípio da moralidade. Ocorre verdadeiro rearranjo no sistema como a promulgação da Lei nº 12.846/13, a chamada lei anticorrupção, vez que alterada a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas, que são todas as sociedades empresárias e simples, regularmente constituídas ou não, qualquer que seja a organização ou modelo societário adotado, incluídas também as fundações, associações de pessoas e até mesmo sociedades

estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no Brasil, constituídas de fato ou de direito mesmo que de forma transitória.

O alvo legal é bastante amplo e tem possibilidade de incidência bastante alargada, vez que pela responsabilidade objetiva, as sanções administrativas e civis independem de dolo ou culpa, bastando a demonstração da prática do ato lesivo e seu nexo de causalidade. Distinta, portanto, a responsabilidade pessoal dos dirigentes e demais pessoas naturais que concorreram para a infração, uma vez que é expressa a responsabilidade subjetiva destas, conforme art. 3o, caput, §§1o e 2o, da Lei nº 12.846/13.

A referida tipificação, prevista no art. 5º da Lei nº 12.846/13 tampouco inova o sistema legal, porque a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 8.429/92 já previam condutas praticadas em prejuízo do patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da Administração Pública ou até contra ajustes internacionais convencionados pelo Brasil.

Conduto, urgente se mostra a harmonização do sistema de responsabilização uma vez que uma gama de órgãos de controle, com atribuições muito semelhantes para aplicar sanções de viés prático idênticas a pessoas jurídicas pelos mesmos fatos demonstra a disfuncionalidade do sistema.

A necessária segurança jurídica e funcionalidade no apenamento das pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção, evitando-se o indesejado *bis in idem*, ocorrerá quando se considerar as diversas leis de responsabilidade por atos de corrupção como integrantes de um mesmo sistema jurídico e, por conseguinte, dotadas de principiologia própria que se extrai da própria Constituição Federal de modo a se garantir a preservação das atividades empresariais, sua função social e se evitar as indesejáveis externalidades negativas decorrentes de um sancionamento que não se mostre coeso.

3. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

O objetivo principal do presente capítulo é buscar no Direito Constitucional e nas bases do Direito Comercial ou Empresarial os fundamentos teóricos do princípio⁴⁷ da função social da empresa e reconhecê-lo, ao decorrer da tese que se pretende apresentar, como princípio de direito administrativo sancionador.

3.1. GENÊSE DO DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

O princípio da função social da propriedade em razão de sua origem e evolução na história do direito é muito ligado a propriedade imobiliária e sofreu diversas variações em sua interpretação ao longo do tempo conforme as escolhas feitas pela sociedade em que está inserido⁴⁸.

O clássico direito romano já previa a propriedade como direito absoluto de seu titular, trazendo os conceitos até hoje utilizados pela maioria das codificações que tiveram influência romanística de *jus utendi, fruendi et abutendi*.

Serpa Lopes historiciza que na Roma antiga a propriedade está intimamente ligada a família e conseqüentemente ao seu sustento, de modo que se exigia proteção jurídica, principalmente da terra e da plantação, para se

⁴⁷ Para Humberto Ávila princípios são “deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos” (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 38).

⁴⁸ “Nas Instituições (2,4,4) da época de Justiniano, o proprietário tem uma plena *potestas* sobre a coisa. Os glosadores dirão que a propriedade é o *ius utendi et abutendi*, o direito de usar e abusar da coisa. Pothier vai buscar à doutrina romanista a fórmula: *usus, fructus, abusos*. A Declaração dos Direitos do Homem de 1789 considera a propriedade como inviolável e sagada. Fonte de riqueza, e daí, de poder, a propriedade, tanto mobiliária como imobiliária, está na base do capitalismo.” (GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 635).

garantir a autossuficiência familiar e, em especial, a proteção de seus membros⁴⁹. Em igual sentido é a lição de John Gilissen⁵⁰.

O proprietário, enquanto senhor absoluto do bem, goza dos direitos de usar, gozar e fruir do bem imóvel que lhe pertence, dele podendo dispor do modo que preferir. É a partir dessa previsão clássica que se inspirou o vigente artigo 1.225 do Código Civil brasileiro que, no entanto, deve ser interpretado a partir da Constituição Federal, conforme se demonstrará.

No período feudal, segundo Clóvis Beviláqua, o senhor feudal era o titular da terra e a ele competia distribuí-la ao seu bel prazer, constituindo as chamadas relações de suserania e vassalagem⁵¹.

Tomás de Aquino, na Summa Theologica, realiza uma análise jusnaturalista do direito de propriedade para concluir, do ponto de vista da religião católica, que por ser a propriedade senão de um dono mas sim de Deus que, inclusive, é o dono das riquezas, ela deve ser colocada à disposição da sociedade⁵².

Com a transição da Idade Média para a Idade Moderna a propriedade deixa de ser de titularidade do senhor feudal e de sua dinastia e passa a ser objeto de exploração econômica.

Das ideias de John Locke, enquanto dos mais marcantes autores de sua época, é que se extrai o conceito de que a propriedade é direito natural do

⁴⁹ “Na Roma primitiva, o regime de bens era dominado por esses dois fatores preponderantes: a concepção do Direito e a organização da família. Esta se fundava no culto ao lar e aos mortos, formando uma organização autocrata. Por isso mesmo exigia um sistema de bens assecuratórios de sua auto-suficiência” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, São Paulo: Freitas Bastos, 1959, p. 232).

⁵⁰ “Os romanos conheceram, relativamente cedo na história das suas instituições, uma noção quase absoluta de propriedade: o *dominium ex iure Quiritium*, a propriedade quirítária. Era o poder mais absoluto que uma pessoa podia ter sobre uma coisa: o direito de a utilizar como quiser, de a desfrutar e de receber os seus frutos, de dispor dela livremente. No entanto, não se tratava de um poder ilimitado; mesmo na época da Lei das XII Tábuas, o poder do proprietário estava limitado, sobretudo no que respeita aos imóveis, quer no interesse dos vizinhos, quer no interesse público” (GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª edição, 2003, p. 638).

⁵¹ BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, p. 122.

⁵² AQUINO, Tomás de. Suma Teológica. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

homem cabendo ao Estado apenas garanti-lo⁵³. O homem, nessa linha, adquire a propriedade por meio de seu trabalho, único meio de retirar a propriedade da natureza e transferi-lo a pessoa que passa a titularizá-la.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793, fruto da Revolução Francesa que garantiu a ascensão da burguesia ao poder e levou a queda da monarquia naquele país, previu a propriedade como direito fundamental do homem, consolidando a ação da Revolução Francesa, de 1789, que suprimiu, sem qualquer indenização, os direitos dos senhores feudais sobre a propriedade⁵⁴.

O Código Civil de Napoleão, segundo Caio Mário da Silva Pereira, previu o direito de propriedade de forma absoluta sendo o grande inspirador para os Códigos de outros países⁵⁵.

As chamadas Constituições Sociais do México, de 1917, e de Weimar, em 1919, estabelecem o conteúdo e os limites que decorrem do exercício do direito de propriedade, em especial a questão da justa indenização em razão de desapropriação levada a efeito pelo Poder Público bem como a obrigação de utilização da propriedade em razão de um chamado interesse social.⁵⁶

⁵³ “A preservação da propriedade é o objetivo do governo, e a razão por que o homem entra na sociedade” (LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 156).

⁵⁴ “A libertação do solo foi, na realidade, feita em duas fases: em Agosto de 1789, a Assembleia Constituinte suprimiu, sem qualquer indemnização, o feudalismo dominante: servidão, justiças senhoriais, banalidades, a maior parte dos direitos banais; declarou resgatáveis, como consequências d feudalismo contratual, os centos, os direitos casuais de transmissão (reflief, lods et ventes etc); encarregou uma Comissão dos direitos feudais de precisar os detalhes da reforma. O processo de resgate funcionou, geralmente bastante mal, de 1790 a 1793. Foi a Convenção que, em Julho de 1873, decretou a supressão pura e simples de todos os direitos resgatáveis. A partir desse momento, o solo era definitivamente libertado” (GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª edição, 2003, p. 645).

⁵⁵ “A Revolução Francesa pretendeu democratizar a propriedade, aboliu privilégios, cancelou direitos perpétuos. Desprezando a coisa móvel (‘vilis mobiliium possessio’), concentrou sua atenção na propriedade imobiliária, e o código por ela gerado – Code Napoléon – que serviria de modelo a todo um movimento codificado no século XIX, tamanho prestígio deu ao instituto, que com razão recebeu o apelido de “código da propriedade” fazendo ressaltar acima de tudo o prestígio do imóvel, fonte de riqueza e símbolo de estabilidade. Daí ter-se originado em substituição à aristocracia de linhagem, uma concepção nova de aristocracia econômica, que penetrou no século XX” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 83).

⁵⁶ “Tradicionalmente vino considerándose a la propiedad como uno de los clásicos derechos del hombre; el derecho de propiedad como derecho natural, anterior y superior ao Estado;

Influenciada por esse ideal social, a Constituição Brasileira de 1934 de certa maneira trouxe a previsão de limitação ao direito de propriedade exercido de forma abusiva, havendo previsão semelhante prevista na Constituição de 1946.

A Constituição de 1946 condicionava a propriedade ao bem-estar social e à justa distribuição da propriedade. A título de exemplo, a Constituição da República Federal Alemã de 1949, seguindo os preceitos da Constituição de Weimar, de 1919, estabelece, em seu artigo 14, alínea 2, que “a propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum”.

Em 1962, a Lei nº 4132 dispôs sobre a desapropriação por interesse social. A Carta Constitucional de 1967, em seu artigo 150, parágrafo 2º, prevê-se, pela primeira vez, de forma expressa, a existência de uma função social da propriedade no Brasil.

Bem anota John Gilissen:

“Na realidade, o historiador constata que não existe uma definição de propriedade, mas um grande número, que varia de acordo com as épocas e com as regiões. A par da propriedade individual que atribui o gozo de uma coisa a uma dada pessoa – que se chama também propriedade pessoa ou propriedade privada – há formas de propriedade familiar, colectiva, comunitária, pública e estatal. Esta multiplicidade de forma aplica-se, sobretudo, à propriedade fundiária, ou seja, à propriedade da terra; mas também àquilo a que chamamos, desde o século XIX e sob influência da doutrina marxista, os meios de produção”⁵⁷

concomitante al hombre mismo, que en materia civil llegó a ser considerado absoluto e inviolable para usar y disponer libremente de las casas, dando origen a tanta injusticia y desigualdad. Em este artículo, nuestra Carta de 1917 rompió con toda esa caracterización del derecho de propiedad, reconociendo a está su verdadera naturaliza de función social, que tiene por objeto hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y cuidar de su conservación. La singular Concepción que nuestra Constitución há hecho del derecho de propiedad desemboca em una serie de declaraciones que, derivadas de una realidad muy nuestra y venida de muy atrás, trastocan por completo la concepcion que sobre el derecho de propiedad habían tenido todas las legislaciones hasta 1917”. (HELÚ, Jorge Sayeg. El constitucionalismo social mexicano – La integración constitucional de México (1808-1988). México: Fondo de Cultura Economica, 1991, p. 662-663).

⁵⁷ GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª edição, 2003, p. 635/636.

Já a Constituição Federal de 1988 deu à propriedade caráter de direito fundamental, mas, mesmo assim, conforme dispõe o inciso XXIII do artigo 5º, respeitando sua função social. Percebe-se, dessa forma, que a vigente Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXIII e artigo 170, III, consagram o princípio da função social da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Celso de Mello, interpretando o comando do referido artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal, sobre a propriedade incidiria uma verdadeira hipoteca social a limitar seu uso de forma consentânea aos interesses da sociedade⁵⁸.

3.2. A EVOLUÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA PARA A FUNÇÃO SOCIAL MOBILIÁRIA: A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A evolução do conceito de função social da propriedade acaba se irradiando para o direito comercial, refletindo novas ideias para esse ramo do direito que permite a configuração de uma função social da propriedade empresarial e, portanto, uma função social da empresa⁵⁹.

Modesto Carvalhosa aponta que a importância do reconhecimento da função da empresa enquanto função social aumentou no século XIX tanto no

⁵⁸ “sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria CR. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2.213-MC, Rel. Ministro Celso de Mello, j. 04.04.2002, DJ 23.04.2002).

⁵⁹ “No Brasil, a ideia da função social da empresa também deriva a previsão constitucional sobre a função social da propriedade (artigo 170, III). Estendida à empresa, a ideia de função social da propriedade é uma das noções de talvez mais relevante influência na transformação do direito empresarial brasileiro. É o princípio norteador da “regulação externa” dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. Revista Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM. São Paulo: Malheiros (Nova Série), v. 132, p. 7-24, out/dez 2003).

âmbito econômico quanto no político e social, revelando sua função catalisadora dos interesses sociais existentes⁶⁰.

O Código Civil Brasileiro de 2002 não define o que seria empresa preferindo adotar um conceito de empresário em seu artigo 966 conceituando-o como “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços”.

Assim, o que caracteriza o empresário é a personalidade do sujeito, ou seja, para ser empresário, ele precisa exercer profissionalmente a atividade; se não exercer, ele se caracteriza como sócio.

Outra característica da atividade comercial é que deve haver a busca pelo lucro, e a atividade deve ser desenvolvida de forma organizada, devendo estar presentes os fatores de produção, a saber: insumos, capital, mão de obra e tecnologia.

Conforme aponta Maria Helena Diniz três seriam os fatores que formam a empresa: a profissionalidade que consistiria na habitualidade do exercício da atividade específica, a economicidade que consistiria na obtenção de um resultado financeiro (lucro) e a organização da atividade voltada para o atingimento dos objetivos sociais⁶¹.

Segundo Rubens Requião:

“O empresário organiza a sua atividade, coordenando os seus bens (capital) com o trabalho aliciado de outrem. Eis a organização. Mas essa organização em si, o que é? Constitui apenas um complexo de bens e um conjunto de pessoal inativo. Esses elementos – bens e pessoal – não se juntam por si: é necessário que sobre eles, devidamente organizados, atue o empresário, dinamizando a organização, imprimindo-lhe atividade, que levará à produção; tanto o capital do empresário como o pessoal que irá trabalhar nada mais são isoladamente

⁶⁰ “Decorrência necessária do reconhecimento da função social da propriedade e da função social foi a posterior discussão sobre a função social da empresa, como instituição cuja importância só aumentara no século XIX, não só no âmbito econômico, mas também no político e no social. Com efeito, a empresa assumiria o papel de cédula social catalisadora de aspirações, de anseios de prosperidade, de credora e, ao mesmo tempo, devedora da comunidade (VAZ, 1993, p. 16), que evidenciava a sua natureza como comunidade de trabalho e de capital” (CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 34).

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. Importância da função social da empresa. In. Revista Jurídica Unicuitiba. V. 2, n. 51, 2018, p. 393.

do que bens e pessoas. A empresa somente nasce quando se inicia a atividade sob orientação do empresário. Dessa explicação surge nítida a ideia de que a empresa é essa organização dos fatores da produção exercida, posta a funcionar, pelo empresário. Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece, ipso facto, a empresa”⁶²

A análise dos bens inerentes a produção e seu emprego na atividade econômica deixa de ser feita unicamente da ótica do proprietário e passa a ser analisado em conjunto com a ótica dos interesses do meio social em que a empresa se insere⁶³.

Waldirio Bulgarelli já advertia para a existência de uma matriz valorativa que rege a empresa objetivando o que chama de “proteção ao crédito público”, que teriam como beneficiários os fornecedores, mutuantes, acionistas, obrigacionista, trabalhadores e o Estado por meio da arrecadação tributária.⁶⁴

O poder de controle da empresa e de sua atividade não pode mais ser exercido de forma absoluta e apenas no interesse de um sócio⁶⁵ em detrimento da própria empresa enquanto pessoa jurídica sujeito de direitos e obrigações,

⁶² REQUIAO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. São Paulo, Saraiva, 1973, p. 56-57.

⁶³ “o elemento fundamental (para o exercício da atividade empresarial) é a propriedade, da qual decorre naturalmente o direito à apropriação global dos lucros, todos como simples frutos civis. Não era, porém, mister grande esforço de análise para perceber a diferença de natureza existente entre este tipo de propriedade e o clássico jus utendi, fruendi et abutendi. No primeiro caso, os bens sobre os quais incide o poder jurídico do empresário não são objeto de simples fruição, nem se adquirem para consumo privado, mas se utilizam como instrumentos de uma exploração determinada. Não são bens que se definam pela sua pertinência subjetiva a um titular, mas pela sua função ou destino, supondo de conseguinte não uma capacidade de fruição de seu proprietário, mas uma atividade organizada para a sua exploração” (COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos jurídicos da macroempresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970).

⁶⁴ BULGARELLI, Waldirio. A teoria jurídica da empresa. São Paulo: RT, 1985, p. 294.

⁶⁵ “(...) esse poder de controle empresarial não se confunde com o domínio, nem deve fundar-se no domínio, como regra geral do sistema. A propriedade é uma relação excludente da colaboração de outrem, para a fruição ou disposição de coisas, sem objetivos prefixados. O controle, o poder de comando de uma organização de pessoas e bens para fins determinados; um poder-função, portanto. As pessoas submetidas ao poder diretivo do controlador colaboram na realização desses fins da empresa. Os bens empresariais não podem servir à satisfação dos interesses particulares do controlador, em detrimento da empresa, sob pena de desvio de poder, cujos contornos configuram, no limite, um ilícito criminal (CP, artigo 177, parágrafo primeiro, III). (COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM. São Paulo: Malheiros (Nova Série), v. 50, p. 57-54, abr./jun, 1983, p. 69).

dos direitos dos demais quotistas ou acionistas e também em detrimento dos trabalhadores, da arrecadação tributária, do meio ambiente, dos consumidores e demais partícipes da relação e, para o que interessa ao presente trabalho, em detrimento da probidade administrativa em suas mais diversas facetas.

João Luis Nogueira Matias entende que a função social da propriedade incide sobre a empresa sobre a vertente do exercício da atividade empresarial (inclusive sobre os bens que compõe o estabelecimento) e sobre o exercício do direito de propriedade do capital social (quotas e ações)⁶⁶, tratando-se do conjunto de deveres inerentes ao exercício da atividade empresarial e ao exercício do direito de propriedade sobre as quotas ou ações.

Segundo o autor, a exigência de observância do princípio da função social da empresa não é óbice para que o empresário busque, de forma legítima, o lucro, que é o objetivo inerente ao exercício de qualquer atividade de tal natureza⁶⁷. O lucro, no entanto, se mostra legítimo quando a empresa respeita as normas do país em que está inserida e, portanto, exerce suas atividades dentro dos ditames legais a ela impostos.

Maria Helena Diniz destaca a empresa como sendo importante instrumento de política social e promoção da justiça, demonstrando ser ela importante instrumento de efetivação socioeconômica de onde se extrai sua inegável função social.⁶⁸

⁶⁶ MATIAS, João Luis Nogueira. A Função Social da Empresa e a Composição de Interesses na Sociedade Limitada. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo - USP, 2009. p. 76.

⁶⁷ “Percebe-se, destarte, que a busca pelo lucro não é, de forma direta, excludente da função social da empresa. O lucro é importante como elemento de motivação da própria decisão de realizar a atividade empresarial, assim como mantê-la. O lucro pode e deve ser almejado, entretanto, considerando que a função social da empresa é princípio dotado de juridicidade e exigibilidade, não é um valor que se sobreponha a tudo e a todos de forma absoluta. Compete ao aplicador do direito estabelecer o equilíbrio, evitando os excessos, observadas as peculiaridades do caso concreto”. (MATIAS, João Luis Nogueira. A Função Social da Empresa e a Composição de Interesses na Sociedade Limitada. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo - USP, 2009. p 96).

⁶⁸ “A empresa tem responsabilidade social e desempenha uma importante função socioeconômica, sendo elemento de paz social e solidariedade constituindo um instrumento de política social e de promoção da justiça social. Sua responsabilidade social a impulsiona a propiciar, com sua atividade econômica, comunicação mais aberta com seus colaboradores e com a coletividade, melhores condições sociais, garantindo sua sobrevivência no mercado globalizado, por ser fator decisivo para seu crescimento, visto que ganhará o respeito de seus

A chamada nova empresarialidade, conforme comenta Adalberto Simão Filho, não mais admite uma empresa que esteja alheia ao meio social em que vive e que não interaja, como todos os seus *stakeholders*, dentro das melhores práticas legais e em busca de um interesse coletivo e não apenas individual da entidade empresarial.⁶⁹

3.3. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO

O artigo 5º, caput e incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal garantem, de um lado, o direito de propriedade e determinam, de outro, que ele deve ser exercido em observância a sua função social.

A Constituição Federal de 1988 reserva seu Título VII⁷⁰ para o que chama de ordem econômica e financeira, afirmando em seu artigo 170 que esta é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa com o objetivo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

E, em seus incisos, elenca como princípios da ordem econômica a soberania nacional, a propriedade privada e sua função social, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das

colaboradores e consumidores e provocará sua inserção na sociedade” (DINIZ, Maria Helena. Importância da função social da empresa. In. Revista Jurídica Unicuritiba. V. 2, n. 51, 2018, p. 408).

⁶⁹ “A atividade empresarial em movimento constante e sucessivo, e o inter-relacionamento desta com os fornecedores, mercado consumidor, mercado de valores mobiliários, agentes econômicos diversificados, trabalhadores, meio ambiente, e, finalmente, com relação aos próprios sócios e acionistas, gerando uma sinergia completa, que culmina em vivificar a empresa e agregar valor, é estudada como nova empresarialidade. Prepondera a busca de um novo paradigma voltado para o desenvolvimento de uma ética empresarial que em muito contribuirá para o fomento das atividades mercantis e o desenvolvimento sustentável. (SIMÃO FILHO, Adalberto. Nova empresarialidade. Tese de doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, 2002, p. 137/138).

⁷⁰ “a contemplação, nas nossas Constituições, de um conjunto de normas compreensivo de uma “ordem econômica”, ainda que como tal não formalmente referido, é expressiva de marcante transformação que afeta o direito, operada no momento em que deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas (no que de resto, opera-se o reforço da função de legitimação do poder)” (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988, 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003).

desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento diferenciado as empresas de pequeno porte brasileiras.

Pode-se dizer que o direito de propriedade previsto no inciso III do artigo 170 da Constituição é aquele garantido para o exercício da atividade econômica enquanto o direito de propriedade do artigo 5º da Constituição Federal possui um caráter mais individualista.

Tratando-se o direito de propriedade de direito de índole eminentemente privada⁷¹ o constituinte não deixou de conferir-lhe nova roupagem no sentido de que deve ele ser exercido em razão de uma função específica, qual seja, uma função social⁷².

A propriedade não pode ser vista como direito absoluto de seu titular, mesmo merecendo a devida proteção ela deve ser exercida em favor da sociedade, limitando assim seu uso pelo particular.

Na Constituição Federal de 1988 o princípio da função social da empresa não encontra menção literal porém é extraído do princípio da função social da propriedade, este último com previsão expressa na carta constitucional, em especial no já mencionado artigo 170 da Constituição que inaugura o título da ordem econômica e financeira.

⁷¹ “(...) atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo ‘mito jusnaturalista’ que recobriria na codificação oitocentista, da fora levada ao status de realidade ontológica, esfera jurídica da soberania do indivíduo. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto que concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios” (COSTA, Judith Martins. O novo código civil brasileiro: em busca da ética da situação. In. Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro. Coord. Judith Martins Costa e Gerson Luiz Carlos Branco. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88-168, p. 158).

⁷² “Propriedade, conceito sempre aproximado, historicamente, dos bens da terra (conquanto, cada vez mais na civilização contemporânea, se tenha a imaterialidade do objeto da propriedade), tem natureza de função (...). O que parece certo é que, em princípio e por princípio, a propriedade presta-se a ser, em sua essência, algo dado a cumprir função, daí ser ela instrumentalmente voltada a um fim. A função, em qualquer caso, é dar a utilidade que apresente resultado sócio-político e econômico nos termos juridicamente definidos como legítimos. Paralelamente, a utilidade própria da coisa (res) é obtida pelo atendimento daquilo que é posto como sendo a sua função” (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da função social da propriedade. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, b. 2, jul/dez. 2003, p. 543-594, p. 547).

O inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 também consagra a função social da propriedade, lembrando que o direito à propriedade era absoluto até o início do século passado, conforme previsão das constituições de 1934, 1937 e 1942.

O Código Civil brasileiro, no §1º do artigo 1228, também disciplina sobre a função social da propriedade; o §2º traz os atos que são vetados aos proprietários:

Art. 1228. §1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Art. 1228. § 2º. São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Pela leitura dos dispositivos acima, percebe-se que o legislador atual demonstra maior preocupação com a coletividade que o anterior. Tal fato fica mais evidente ao se notar que também o texto constitucional sobrepôs os interesses coletivos aos individuais. A função social que hoje rege a propriedade, tanto no meio urbano quanto no rural, busca uma maior aproximação com os preceitos do bem-estar social e da produtividade, relegando a segundo plano a abordagem individualista que antes imperava na interpretação e aplicação das leis. Como consequência desse novo espírito, o §2º do artigo 1228 veta qualquer uso da propriedade que não seja para gozo e aproveitamento do proprietário e da coletividade.

O parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil vem consagrar a relevância da função social da propriedade na atualidade ao prever que *“Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”*.

Fundamento do princípio estaria, igualmente, de forma implícita, no artigo 421 do Código Civil de 2002, que trata da função social do contrato e da

consequente obrigação trazida pelo artigo 422 do Código Civil de que os contratantes observem, durante todo o período contratual e após seu término, os princípios da probidade e da boa-fé.⁷³

A constituição de sociedade empresária inegavelmente tem gênese contratual, uma vez que os sócios, de comum acordo, fixam o objeto de atuação da nova pessoa jurídica e os direitos e obrigações de cada qual, refletidos no contrato social entre eles celebrado. E, tal contrato, conforme já demonstrado, tem que ser exercido em favor da sociedade em que ele se insere, do Estado e do bem comum⁷⁴.

Fabio Konder Comparato afirma que no momento em que se acrescenta o adjetivo 'social' ao termo 'função social da propriedade' cria-se uma correspondência entre a função social e o interesse coletivo consistente no poder-dever do proprietário em lhe dar essa destinação, compatível com o interesse da coletividade, sujeitando-se à sanção pela ordem pública⁷⁵.

Importante pontuar aqui que a função social também deve ser observada pelas sociedades por ações. O parágrafo único do artigo 116 da Lei nº 6.404/76, que vem a discipliná-las, determina que:

“Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para

⁷³ Francisco Clementino de San Tiago Dantas, em texto que data de 1952, já afirmava que “o princípio da autonomia da vontade, expresso na liberdade contratual e na liberdade de contratar, não foi, porém, jamais entendido e afirmado como princípio absoluto, a salvo de contrastes e limitações. Assim como nunca se concebeu o direito de propriedade como senhoria absoluta e limitada, afirmando-se, pelo contrário, limitações legais de ordem pública e privada aos poderes do proprietário, assim nunca se afirmou o princípio de autonomia da vontade como faculdade de contratar tudo que aprouvesse às partes, sem limites e censuras de ordem jurídica e moral” (DANTAS, San Tiago. *Evolução contemporânea do direito contratual. Dirigismo – Imprevisão*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 6, ano 3. P. 261-276, jan/mar 2016).

⁷⁴ “(...) Os contratos, aos poucos, vão se transformando, tendo uma feição social como forma de diminuir as desigualdades das partes contratantes. Mais que este aspecto social que emerge da contratação, existe uma função social que é o fiel da balança que impede o desequilíbrio arrogante, pecaminoso, ultrajante” (SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. 2. Ed. São Paulo: Método 2004, p. 117).

⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, Empresa e Função Social*. In. *Doutrina Civil – Primeira Seção*, RT/Fasc. Civil, ano 85, v. 732, outubro de 1996, p. 39.

com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

Dessa forma, o acionista controlador, ou seja, aquele que detém a maioria das ações com direito a voto, deve observar para que a empresa cumpra a função social no que diz respeito aos negócios em si e o alcance e impacto que esses negócios têm para a coletividade.

O *caput* do artigo 154 da Lei das Sociedades por Ações vem complementar o parágrafo único do artigo 116 ao estabelecer que:

“O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

Pelo dispositivo acima transcrito, percebe-se que, já em 1976, ou seja, mais de uma década antes da Constituição Federal, o legislador veio demonstrar maior preocupação com os interesses da coletividade e de como deve ser o relacionamento de uma empresa constituída no modelo de sociedade por ações com a comunidade e com os interesses coletivos, sem, entretanto, desprezar a importância dos interesses individuais.

O princípio da preservação da empresa também é considerado um pilar dentro do Sistema Tributário Nacional. O §1º do artigo 145 da Constituição Federal estabelece que:

“Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”

No caso do dispositivo constitucional acima citado, fica claro que a preservação econômica da empresa aparece como capacidade econômica do contribuinte como limite ao poder de tributar. E esse limite é o que garante a justiça e equilíbrio na tributação

A Lei Federal nº 6.404/67, conhecida como Lei das Sociedades Anônimas, traz o princípio em comento de forma expressa, em especial em seu

artigo 116 que impõe ao acionista o dever de utilizar-se de seu poder de controle da companhia para que a sociedade atinja seu objeto estatutário e cumpra sua função social, impondo deveres perante os demais acionistas, os eventuais adquirentes de valores mobiliários da companhia e aos terceiros que com ela se relacionam.

No mesmo sentido o disposto no artigo 154 da mencionada Lei que impõe ao administrador o dever de exercer seu poder nos interesses da empresa, observados as exigências do bem público e da função social da empresa.

A Lei nº 11.101/05, que dispõe sobre a Recuperação Judicial e a Falência, de forma expressa em seu artigo 47 coloca como um dos objetivos da recuperação judicial a preservação da empresa e sua função social.

Entre a extinção da empresa em razão de sua falência o legislador prefere garantir a continuidade da atividade econômica, exatamente em razão de todos os benefícios que a empresa traz para a ordem social em que ela se insere.

Isto porque decorrem da atividade estatal e privada, nas economias de mercado a criação e manutenção de trabalho remunerado, que gera consumo e investimento fazendo, portanto, que o ciclo social moderno se complete.

A par de ter sido elaborado em uma jornada de estudos dedicado ao Direito Civil, o enunciado 53 da I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ao dispor que “*deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa*”⁷⁶ corrobora tudo até aqui abordado no sentido de que a função social da empresa deve ser norte interpretativo para as normas a ela aplicáveis.

Tais imposições legais fazem com que Waldírio Bulgarelli entenda que a função social é exercida em favor de todos aqueles que se relacionam com ela,

⁷⁶ BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, I. Acesso em 21 de abril de 2021. Disponível em www.jf.jus.br.

trazendo um olhar para fora da companhia em razão das múltiplas relações que ela proporciona no exercício de sua atividade⁷⁷.

João Luis Nogueira Matias entende que:

“firmados tais postulados, pode-se entender a função social da empresa como a vinculação do exercício da empresa à concretização de uma sociedade livre, justa e solidária, do que decorre um complexo de deveres e obrigações, positivas e negativas, impostas aos controladores e administradores, perante os empregados, fornecedores, consumidores, meio ambiente, Estado, e toda a comunidade que com ela interage. Também são emanções da função social da empresa o incentivo à sua preservação e a obrigação de proteção aos sócios minoritários.”⁷⁸

No nosso entender, acrescenta-se a esse elenco trazido pelo autor o respeito a probidade administrativa⁷⁹ e o direito da empresa em ser sancionada, à luz do direito administrativo, em observância a sua função social, aspecto que deve ser considerado dentro dos clássicos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da sanção.

3.4. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

É prescindível ser feita a defesa da organização política de que se dispõe, isto é, a representação democrática que promove alterações normativas e atos administrativos amparados na legitimidade do voto. De outro lado, a sociedade civil está ancorada em economia de mercado, que promove por meio

⁷⁷ “Por função social, deve-se entender, no estágio atual do nosso desenvolvimento sócio-econômico, o respeito aos direitos e interesses dos que se situam em torno da empresa. Daí a doutrina brasileira assinala essa função relativamente aos trabalhadores, aos consumidores e à comunidade, o que parece evidente” (BULGARELLI, Waldírio. A teoria jurídica da empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 284).

⁷⁸ MATIAS, João Luis Nogueira. A Função Social da Empresa e a Composição de Interesses na Sociedade Limitada. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo - USP, 2009, p. 87.

⁷⁹ “Daí a íntima relação da boa-fé objetiva com a probidade, que requer honestidade no procedimento empresarial e no cumprimento da atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços” (DINIZ, Maria Helena. Importância da Função Social da Empresa. In. Revista Jurídica UNICURITIBA, vol. 02, nº 51, Curitiba, 2018, p. 395).

da produção capitalista a construção de riquezas responsáveis pelos empregos, empresas e funcionamento dos órgãos públicos em razão do recolhimento obrigatório de tributos das mais variadas espécies que provêm, exatamente, do exercício da atividade empresarial. Inexiste alternativa senão, pelas reformas possibilitadas pelo processo democrático, aprimorar a relação jurídica entre Estado, no seu viés sancionador, e Pessoas Jurídicas de Direito Privado. Este aprimoramento não pode ser, contudo, intuitivo, ainda que a ojeriza causada pela corrupção impulse esse instinto.

A empresa, enquanto expressão da propriedade na ordem econômica, está submetida ao cumprimento das normas sociais, em especial as de probidade administrativa, do contrário não estará cumprindo sua função social.

Maria Helena Diniz bem aponta que a empresa é a convergência de um feixe de interesses que devem ser compatibilizados para realçar sua função sócio econômica⁸⁰.

E, esse feixe de interesses envolvidos no exercício da atividade empresarial, qualquer impacto negativo sobre a pessoa jurídica, em especial mas não se limitando a aplicação das sanções próprias do direito administrativo sancionador, é que deve-se observar sua função social.

Ora, se em situações excepcionais que podem levar a quebra da empresa o próprio legislador, forte no princípio constitucional, protege a pessoa jurídica e tenta, a todo modo, evitar a sua extinção o mesmo deve ocorrer, ou pelo menos se tentar, nas situações em que a pessoa jurídica deve ser apenada em razão de atos ímprobos por ela praticados, aqui entendidos aqueles capitulados na Lei Anticorrupção e na própria Lei de Improbidade Administrativa, dentre outras, que formam o microssistema de direito administrativo sancionador brasileiro.

Não se pode aceitar uma interpretação da forma de aplicação das sanções de direito administrativo que resulta em uma circunstância que, além de não viabilizar a superação da crise de probidade que vive a empresa, causa

⁸⁰ “A empresa, portanto, é o núcleo convergente de vários interesses, que realçam sua importância econômico-social, como: lucro do empresário e da sociedade empresária que assegura a sua sobrevivência e a melhora de salários e enseja a criação de novos empregos e a formação de mão de obra qualificada; salário do trabalhador, permitindo sua sobrevivência e de sua família; tributos, possibilitando a consecução das finalidades do poder público e a manutenção do Estado” (DINIZ, Maria Helena. Importância da Função Social da Empresa. In. Revista Jurídica UNICURITIBA, vol. 02, nº 51, Curitiba, 2018, p. 396).

consequências irremediáveis a manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender nenhum interesse legítimo dos órgãos de controle e, em última instância, da própria sociedade.

Há que se ter em vista, portanto, dentro de uma política nacional de combate à corrupção que nos processos propriamente ditos, seja os judiciais seja os administrativos, será imprescindível, no momento de aplicação das sanções administrativas ou mesmo na celebração de acordos de leniência ou os correlatos, a feitura de plano de manutenção da atividade econômica, cujos contornos serão dados pelo impacto positivo que a empresa tem na sociedade.

Inegável, pois, que o princípio da função social da empresa deve ser entendido como princípio de direito administrativo sancionador na aplicação da penalidade.

4. O DIREITO COMPARADO E A LEI FEDERAL Nº 12.846/2013

O presente capítulo busca fazer comparações entre diplomas legislativos pátrios referentes ao combate à corrupção e diplomas legislativos estrangeiros que têm a mesma finalidade. Para tanto, precisa-se, inicialmente, contextualizar historicamente a edição de tais diplomas para que se possa ter uma breve noção das razões que motivaram os legisladores brasileiros e estrangeiros a aprovar leis cujo objetivo maior é a responsabilização de pessoas físicas e jurídicas envolvidas em atos de corrupção.

4.1. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (FCPA)

A Lei Norte-americana Anticorrupção entrou em vigor em 19 de dezembro de 1977, assinada pelo então presidente Jimmy Carter, resultando de um esforço legislativo para combater a corrupção ao proibir cidadãos e empresas norte-americanas de subornar autoridades estrangeiras para ter seus interesses atendidos. Nos anos que precederam a entrada em vigor da lei, as autoridades norte-americanas concluíram que muitas empresas dos Estados Unidos subornavam políticos e outras autoridades, domésticas e estrangeiras, para ter um ganho ilícito em seus negócios e interesses dentro e fora daquele país.

Em última análise, o FCPA criou óbices ao investimento norte-americano em outros países que não atendessem ao regramento de integridade, por meio de alargado conceito legal de corrupção e severas sanções patrimoniais às empresas estrangeiras que negociem nos Estados Unidos, em especial pelo pagamento de valores a quaisquer pessoas com o fim de influenciar em suas decisões. Tal previsão legal acaba por criar distinção entre os agentes econômicos, em especial empresariais, porque aos nacionais é permitido influenciar por meio do *lobby*, enquanto quaisquer atividades nesse sentido promovida por estrangeiro configura ato de corrupção.

Em meados dos anos 1970, impulsionados pelo conhecido caso Watergate, as autoridades americanas de diversas esferas governamentais passaram a investigar os pagamentos realizados por empresas como contribuições políticas ilegais. O trabalho conjunto foi realizado entre o gabinete

do promotor especial do caso Watergate, a *Securities and Exchange Commission* (SEC) e o comitê do senador Frank Church sobre empresas multinacionais, e apontou que tais atividades poderiam prejudicar investidores e, em última análise, a sociedade. Foram encontradas falsificações de registros contábeis cujo objetivo era ocultar os pagamentos ilegais. Também foram encontrados fundos secretos destinados a pagar subornos internacionais.

É evidente que tais práticas colocaram em suspeita a integridade dos livros contábeis das empresas, violando, por si só, diversas leis federais norte-americanas que propugnavam a transparência de dados fornecidos pelas empresas. Além de contribuições políticas ilegais dentro dos Estados Unidos, essas empresas multinacionais omitiram de seus acionistas informações sobre pagamentos *offshore* da ordem de milhões de dólares, em total dissonância com as leis americanas sobre valores mobiliários.

Durante as investigações, ocorridas em 1975, grandes empresas americanas da área de petróleo e da fabricação de aeronaves foram ouvidas pelo comitê do senador Church. Sobre todas elas pesavam acusações de terem subornado autoridades estrangeiras de diversos países para poder obter vantagens ilícitas para seus negócios; havia indícios, também, de que as empresas petrolíferas estavam usando os pagamentos ilegais para influenciar eleições em outros países. Audiências feitas no Congresso, bem como relatórios da SEC, ajudaram a comprovar tais acusações, que também apontavam para casos de corrupção doméstica, não apenas envolvendo empresas americanas e suas relações comerciais com outros países.

As investigações também constataram que, as condutas que a Lei Americana de Anticorrupção passou a punir, eram práticas comuns em outras nações. Outro ponto levantado pelas investigações foi que tais práticas nem sempre foram cometidas por altos executivos de empresas. Pessoas com cargo médio na hierarquia das companhias também foram apontadas como responsáveis pelos atos contrários a lei.

Para a FCPA, as condutas ilícitas se concretizam quando o agente paga, oferece, promete ou autoriza quantias em dinheiro (ou qualquer outro bem de valor) com o objetivo de corromper um membro do poder público para obter ou

encaminhar negócios indevidos. Vale destacar aqui que as condutas vetadas ou coibidas pelo FCPA não se extinguem apenas no oferecimento de vantagem ilícita, que é o que se conhece por oferecimento direto, mas, também, por aquelas oferecidas de maneira indireta, mediante oferecimento de qualquer coisa que possua valor.

A tradução de um trecho da letra da lei estadunidense de combate à corrupção⁸¹ pode elucidar melhor seu objetivo:

É proibido a um emissor que possua uma classe de valores mobiliários registrados de acordo com a seção 78l deste título ou que seja obrigado a apresentar relatórios nos termos da seção 78o(d) deste título, ou a qualquer dirigente, diretor, funcionário ou agente de tal emissor, ou a qualquer acionista do mesmo que aja em nome do dito emissor, fazer uso dos correios ou de qualquer outro meio ou organismo governamental de comércio interestadual, de forma corrupta, para promover uma oferta, pagamento, promessa de pagamento ou autorização de pagamento de qualquer soma em dinheiro, ou oferta, doação ou promessa de doação, ou ainda uma autorização de doação de qualquer item de valor a –

(1) qualquer dirigente estrangeiro, com o fim de –

(A) (i) influenciar qualquer ato ou decisão de tal dirigente estrangeiro em sua capacidade oficial, (ii) induzir tal dirigente estrangeiro a realizar ou deixar de realizar qualquer ação em violação à sua obrigação legal, ou (iii) garantir qualquer vantagem indevida; ou

(B) induzir tal dirigente estrangeiro ao uso de sua influência perante um governo estrangeiro ou organismo governamental para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou organismo e, assim, ajudar tal emissor a obter e manter negócios para qualquer pessoa ou direcionar negócios a essa pessoa.

O dispositivo legal acima transcrito ainda segue abordando assuntos como corrupção de partido político estrangeiro, seus dirigentes ou de candidato a cargo eletivo no exterior. Todavia, para os propósitos desta tese, os itens acima listados bastam para exemplificar o que pretendemos. Faz-se necessário destacar, entretanto, que a lei estadunidense, ao punir corrupção de partido político estrangeiro por empresa norte-americana, também explicita a

⁸¹ Estados Unidos da América, Foreign Corrupt Practices Act, 1977, § 78dd1, (1)(A) e (B). Acesso em 28.04.2020. Disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>.

preocupação com os contornos transnacionais que o ato de corrupção ganhou nas últimas décadas.

Os sujeitos ativos para os casos de corrupção, de acordo com referida Lei, podem ser pessoas físicas ou jurídicas. No caso de pessoas físicas, elas devem ser cidadãos norte-americanos ou residir nos Estados Unidos. No caso de pessoas jurídicas, elas devem estar em solo estadunidense ou ser constituídas segundo a legislação do país. Importante ressaltar que a FCPA não previu o instituto da corrupção passiva, como ocorre no Brasil, ou seja, é uma lei que busca punir, exclusivamente, a figura do corruptor. A corrupção no meio privado também foi excluída da apreciação da Lei embora outros dispositivos legais estadunidenses tratam do assunto.

Também podem ser sujeitos ativos da corrupção as companhias de capital aberto norte-americanas ou estrangeiras que possuem ações negociadas na bolsa de valores dos Estados Unidos.

A FCPA determina que as seguintes sanções sejam aplicadas para os infratores da norma: multas de valores consideráveis, em especial diante da comprovação de manobras contábeis ilegais; publicidade negativa; dissolução da pessoa jurídica e prisão para pessoas físicas. Tais penas têm natureza cível e penal.

Além de proibir e coibir a prática de corrupção, a FCPA determinou a manutenção de medidas de controle interno dentro das empresas, o que ficou conhecido como *compliance*. Como veremos adiante, a instituição de controle interno nas empresas brasileiras, de acordo com a Lei Anticorrupção nacional, tem o condão de trazer benefícios às empresas no sentido de se reduzir penas nos casos em que haja comprovação da prática de ato ilícito. A FCPA, todavia, não previu benefícios legais para as empresas que instituírem o *compliance*.

Da literatura jurídica norte americana, como interessante caso de aplicação das normas do FCPA, têm-se o chamado escândalo da taxa LIBOR (*London Interbank Offered Rate*). Em linhas gerais, conforme explicado no site da casa de análise de investimentos Suno Research⁸², a LIBOR é uma taxa de

⁸² REIS, Tiago. LIBOR: Entenda como é aplicada e calculada essa taxa de juros. Suno Resarch, 2018. Acesso em 13.04.2020. Disponível em <https://www.sunoresearch.com.br/artigos/libor/>.

referência diária que representa a taxa de juros que os bancos oferecem para emprestar fundos aos outros no mercado interbancário internacional para empréstimos de curto prazo.

O escândalo em questão expôs dezenas de grandes bancos de diversos países e suas manobras para manipular a taxa LIBOR de modo a obter lucros indevidos ou para parecer financeiramente mais saudáveis do que realmente eram. Em razão de tal prática, um banco francês foi condenado a pagar mais de meio bilhão de dólares em multas por ter infringido normas da FCPA. A instituição pagou vantagens indevidas por cinco anos a um corretor líbio ligado a investimentos feitos por instituições controladas pelo governo daquele país. Esse corretor recebia um percentual do banco francês a cada investimento feito pelas instituições líbias, e ele repassava parte desse percentual a autoridades do país para garantir a continuidade dos investimentos.

Houve, portanto, um esforço conjunto entre autoridades estadunidenses e francesas para condenar o banco pelos atos de corrupção por ele praticados. Tal esforço, de acordo com autoridades dos Estados Unidos, além de condenar o banco a pagar uma multa milionária, acaba por passar uma mensagem poderosa a empresas mundo afora de que os atos de corrupção serão processados e punidos por autoridades de diversos países, uma vez que, atualmente, considerando a globalização da economia, as investigações acerca de corrupção não mais se restringem a apenas um país, passando-se a um combate transnacional de atos ilícitos de tal natureza.

4.2. UK BRIBERY ACT (UKBA) 2010

O Reino Unido, calcado basicamente nas mesmas razões que os Estados Unidos, publicou sua lei anticorrupção em 2010. De forma sumária, a legislação britânica busca eliminar – ou, ao menos, reduzir – algumas práticas comuns no mundo dos negócios, consideradas corruptas. Tais práticas, conforme estudos anteriores à confecção da lei, têm laços estreitos com o crime organizado em escala mundial.

Antes de existir essa lei específica no Reino Unido, havia as regulações que combatiam a lavagem de dinheiro, cujo fim específico era prevenir que empresas britânicas ou com sede no país fossem usadas pelo crime organizado para lavar dinheiro obtido por meios ilícitos.

Voltando ainda um pouco mais no tempo, para coibir tais atos, as cortes britânicas contavam apenas com a jurisprudência de combate à corrupção. Nesse período, as cortes entendiam a corrupção como sendo apenas e tão somente um ato praticado por alguém que ocupasse um cargo público, o que praticamente impedia o Poder Judiciário local de aplicar penalidade aos infratores (corruptos) que não fossem da esfera pública. Isso possibilitou o crescimento da influência do crime organizado dentro das grandes empresas britânicas, ou que lá mantinham filiais ou escritórios.

Entre o final do século passado e o início deste, algumas iniciativas legislativas tentaram abordar a questão da corrupção nas empresas, mas ainda se mantinha a distinção entre 'público' e 'privado', o que não mais se sustentava e só tornava mais difícil e tardia a punição a quem quer que se envolvesse com atos ou atividades corruptas. Mas a pressão da União Europeia e as ligações cada vez mais evidentes entre a falta de uma legislação específica e o crescimento do crime organizado fez com que o Reino Unido revisasse sua legislação de combate à corrupção, culminando na publicação, em 2010, do *Bribery Act*, que entrou em vigor em julho de 2011.

Referida lei traz quatro fatos típicos, a saber: 1) corrupção ativa de sujeitos públicos ou privados; 2) corrupção passiva de sujeitos públicos ou privados; 3) corrupção de funcionários públicos estrangeiros; e 4) falha da empresa em coibir a corrupção.

Ao detalhar cada um dos ilícitos acima enumerados, percebe-se que a legislação busca responsabilizar toda e qualquer pessoa dentro da estrutura organizacional da empresa que, de alguma forma, contribua para que o ato corrupto se concretize. As penas variam desde uma multa até a prisão por até dez anos.

Para a UKBA, a norma é infringida quando o agente oferece, promete, paga, requer, concorda, recebe ou aceita vantagem indevida. Assim como

previsto na FCPA, a UKBA estatui que os crimes nela previstos também podem ser cometidos de forma direta ou indireta. A lei britânica pune agentes públicos e privados.

O texto da lei que define e analisa a corrupção de funcionários estrangeiros estatui que⁸³:

- (1) Uma pessoa (“P”) que suborna funcionário público estrangeiro (“F”) será considerada culpada se a intenção de P for a de influenciar F na sua função de funcionário público estrangeiro.
- (2) P também deve pretender obter ou manter—
 - (a) negócio, ou
 - (b) uma vantagem na prática do negócio.
- (3) P suborna F somente se—
 - (a) diretamente ou por meio de um terceiro, P oferece, promete ou concede qualquer vantagem, financeira ou não—
 - (i) a F, ou
 - (ii) a outra pessoa a pedido de F, ou com o consentimento ou ciência de F, e
 - (b) F não é permitido nem autorizado por lei aplicável a ser influenciado em sua capacidade como funcionário público estrangeiro por oferta, promessa ou presente.
- (4) Referências nesta seção a influenciar F em sua capacidade como funcionário público estrangeiro significam influenciar F no desempenho de suas funções como funcionário público estrangeiro, que inclui—
 - (a) qualquer omissão ao exercer tais funções, e
 - (b) qualquer uso da posição de F como funcionário público estrangeiro, mesmo que fora de sua autoridade.

Uma diferença fundamental entre o UKBA e o FCPA é que para a legislação britânica não há a necessidade de se comprovar a intenção. Por outras palavras, para a UKBA não importa a intenção de corromper. Assim, tendo essa diretriz como base, a lei britânica também pune empresas que não previnam atos de corrupção. O FCPA estatui, por sua vez, que um investigado por pagamentos indevidos a agentes públicos somente será condenado se restar comprovado que tais pagamentos foram feitos com a intenção de corromper o

⁸³ REINO UNIDO. United Kingdom Bribery Act (2010). Acesso em 14.04.2020. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/6>.

agente. A lei britânica só exige essa comprovação na corrupção praticada em ambientes privados.

Assim como na FCPA, a legislação britânica busca punir pessoas físicas e jurídicas, sendo-lhes aplicadas as seguintes penas: multa ilimitada para empresas; prisão de até dez anos para pessoas físicas; destituição de cargo de administrador; proibição de participar como diretor por até quinze anos; dissolução da pessoa jurídica; publicidade negativa da empresa; impedimento permanente de se participar de procedimentos licitatórios.

Com essa nova legislação, o Reino Unido chama a atenção para que as empresas britânicas também tenham cautela ao escolher seus representantes fora do país, uma vez que as penalidades também podem ser aplicadas a cidadãos não-britânicos. Nesses casos, a lei trabalha com aspectos objetivos para definir critérios e condutas. Por exemplo, algumas empresas justificam a prática de atos corruptos como sendo costume local; a legislação britânica anticorrupção exige que tal alegação seja comprovada com legislação estrangeira vigente que autorize a prática de ato que a legislação britânica entende como corrupção.

Vale ressaltar que a Lei britânica prevê diminuição de pena no caso de haver cooperação por parte do investigado.

Por fim, cumpre destacar que o UKBA prevê a responsabilização da pessoa jurídica ao não prevenir condutas ilícitas. O FCPA, por seu turno, determina que uma companhia somente será responsabilizada por conduta ilícita cometida por seus funcionários.

O Departamento de Fraudes Graves (SFO – *Serious Fraud Office*) do Reino Unido, que investiga crimes de fraude e corrupção, também puniu bancos estrangeiros amparado no UKBA, no escândalo da EURIBOR, um desdobramento do escândalo da LIBOR. O departamento processou onze pessoas físicas acusadas de manipular as taxas da EURIBOR (*European Interbank Offered Rate* – taxa interbancária oferecida em euro); cinco ordens de prisão foram emitidas.

Importante observar que empresas brasileiras envolvidas em atos de corrupção serão responsabilizadas sob a FCPA e a UKBA nas hipóteses em que possuírem filiais nos Estados Unidos ou no Reino Unido; contarem com funcionário trabalhando em um desses dois países; atuarem como representantes de uma empresa britânica ou estadunidense e tiverem ações nas bolsas de valores dessas jurisdições.

4.3. A LEI FEDERAL BRASILEIRA Nº 12.846/13

4.3.1. ANTECEDENTE HISTÓRICO

A corrupção é problema persistente no Brasil. Por mais que se tenha tentado combatê-la ao longo da história, ela foi uma constante na vida política nacional. A dimensão da preocupação com esse problema, no Brasil e fora dele, pode ser mensurada pelo fato de que, desde 1995, a organização Transparência Internacional passou a publicar o chamado IPC - Índice de Percepção da Corrupção, cuja pontuação varia de 0 (zero) a 100 (cem) pontos, sendo que zero caracteriza um país muito corrupto e cem, um país muito transparente. Na divulgação mais recente⁸⁴, datada de 2019, o Brasil ocupa o 106º lugar, entre 180 países e territórios analisados, marcando apenas 35 pontos. Esse resultado representa o quinto recuo seguido. Na prática, de acordo com a Transparência Internacional, é o pior resultado obtido pelo Brasil.

Diante desse cenário crítico que há anos marca o país, depois de muitos esforços para se tentar confeccionar uma legislação abrangente de combate à corrupção, em 2013 foi publicada a Lei nº 12.846, chamada de Lei Anticorrupção. Trata-se de lei ordinária de autoria do Poder Executivo que previu a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica em casos de atos de corrupção praticados em seu benefício ou interesse, espectro de responsabilização até então inexistente em nosso ordenamento jurídico, visto que as leis até então vigentes, como a de improbidade administrativa, a par de autorizar a

⁸⁴ Transparência Internacional. IPC - Índice de Percepção da Corrupção. Acesso em 18.03.2020. Disponível em <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>.

responsabilização de pessoas jurídicas e terem foco maior na responsabilização de agentes públicos, imputa-lhes responsabilidade de índole subjetiva e não objetiva como a novel legislação⁸⁵.

Por outras palavras, referida lei apresenta a possibilidade da responsabilização objetiva da empresa independentemente da responsabilização individual das pessoas físicas que tenham praticado ato entendido como corrupto sob as óticas civil e administrativa e nem mesmo exige, como condição de procedibilidade, a presença de agente público no polo passivo, como ocorre na Lei de Improbidade Administrativa.

Até a publicação da Lei nº 12.846/13 as hipóteses de penalização de empresas por danos causados à Administração Pública eram mais restritas e, como dito, submetidas, em sua maioria, a Lei nº 8.429/92.

Importante destacar que não apenas a sociedade brasileira insistiu para que a Lei fosse editada. Um movimento internacional muito extenso começou a se preocupar com medidas mais drásticas no combate à corrupção, uma vez que ela estava ultrapassando fronteiras e prejudicando governos e sociedade civil no mundo todo, tendo se tornado um fenômeno transnacional.

O Brasil, então, assinou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, em 1997, tendo ela sido incorporada ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 3678/00. O artigo segundo da Convenção já expressa a necessidade de cada Estado signatário “tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos”. O texto da Convenção foi adotado pela Organização para a Cooperação Econômica e o

⁸⁵ “A Lei nº 12.846/2013 catalisou esta nova fase de reflexão no campo do DAS, com as alterações promovidas na legislação de improbidade administrativa, destacadamente, a instituição de responsabilidade administrativa objetiva, a disciplina de acordos de leniência e a atribuição de efeitos legais à adoção efetiva de Programas de Integridade (*compliance*) (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta e GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. In: Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 22, n. 120, mar/abr. 2020, p. 121)

Desenvolvimento (OCDE), da qual o Brasil não fez parte, mas comprometeu-se a adotar as medidas nela estabelecidas.

O Decreto nº 4.410/02 veio ratificar o texto da Convenção Interamericana contra a Corrupção, que também visou a alertar os países signatários da necessidade de se combater condutas e pessoas, físicas e jurídicas, que corrompessem agentes públicos.

Em 2006, o Decreto nº 5.687 veio incorporar no Brasil à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

Nas palavras de Valdir Moysés Simão:⁸⁶

“Tal acordo trouxe importantes apontamentos que colaboraram para a formatação de uma legislação que responsabilizasse as pessoas jurídicas. O texto da convenção dedicou dois artigos inteiros para a matéria (art. 12 – Setor Privado e Artigo 26 – Responsabilidade das pessoas jurídicas), dos quais são transcritos os principais comandos norteadores.

Artigo 12 Setor Privado

1. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como, quando proceder, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas.

Artigo 26 Responsabilidade das pessoas jurídicas 1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

Como é possível verificar, o compromisso internacional assumido pelo Brasil tem a ver com o endurecimento das medidas de punição a pessoas jurídicas que enveredam pelo caminho da prática de ilícitos. O país buscava, assim, se alinhar às nações que já haviam agregado ao seu ordenamento jurídico previsões nesse sentido.”

⁸⁶ SIMÃO, Valdir Moysés e PONTES, Marcelo. O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas. 1ª ed, São Paulo: Trevisan, 2017. pp. 23-24.

Feita essa breve introdução histórica, em especial porque a doutrina aponta a grande influência de tais Convenções Internacionais para a edição da Lei Anticorrupção no Brasil⁸⁷, passemos, agora, a analisar panoramicamente seus principais aspectos que, ao longo do presente trabalho, devem ser entendidos juntamente com a Lei 8.429/92 em razão de sua similitude.

4.3.2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA LEI FEDERAL 12.846/13

O artigo 5º da Lei Anticorrupção elenca os atos considerados lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira. No *caput*, o artigo determina que quaisquer das pessoas jurídicas elencadas no parágrafo único do artigo 1º poderão ser responsabilizadas. Assim, qualquer pessoa jurídica ali elencada poderá figurar como sujeito ativo da prática de ato lesivo à Administração Pública.

O parágrafo 1º do artigo 5º explica o que vem a ser Administração Pública estrangeira. Entretanto, para tornar a explicação mais didática, passemos à conceituação de Administração Pública nacional. Em sentido formal, é a estrutura usada pelo Estado para se organizar, compreendendo os entes que exercem a atividade administrativa, tais como os órgãos e agentes públicos e as pessoas jurídicas de direito público⁸⁸.

⁸⁷ “Esta tendência do crescente aperfeiçoamento dos mecanismos estatais no enfrentamento da corrupção responde, ao lado dos fatores já declinados, pela desenvoltura do Direito Administrativo Sancionador na atual realidade jurídica brasileira, com o recrudescimento dos estudos científicos na área. Isso foi deveras confirmado com o advento da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) – aprovada em razão da pressão internacional de convenções internacionais contra a Corrupção e pressão interna derivada do processo de democratização – que faz referência à responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas decorrentes da prática de atos lesivos de corrupção contra a Administração Pública, nacional e estrangeira.” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta e GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. In: Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 22, n. 120, mar/abr. 2020, p. 94)

⁸⁸ “O conceito de administração pública decorre da qualificação pública desses mesmos elementos. As atividades são as funções públicas, cometidas ao Estado, caracterizando-se por suas iminentes indisponibilidade e imperatividade e, assim, pela possibilidade de serem executadas coercitivamente. As pessoas, incumbidas de desempenhar essas funções, são entes públicos ou entes privados, atuando por seus respectivos órgãos e agentes, que, para esse efeito, recebem competência própria ou delegada. Os recursos, de diversa natureza, notadamente financeiros, empregados para o desempenho dessas funções, serão, em princípio, também públicos e afetados a finalidades igualmente públicas. Os objetivos a serem perseguidos serão todos aqueles, integral ou parcialmente, previstos na Constituição e, em decorrência, nas

Assim, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 5º, Administração Pública estrangeira são os “órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro”. O parágrafo 2º também atesta que as organizações internacionais são consideradas, para os fins da lei, Administração Pública estrangeira.

Ainda sobre o artigo 5º, que elenca os atos lesivos à Administração Pública, faz-se necessário explicar o que vêm a ser tais atos. De forma direta, atos lesivos são aqueles que causam algum dano ou lesão a determinado bem jurídico protegido pela lei⁸⁹. Para a questão ora em estudo, ato lesivo à administração pública é aquele que causa dano ao patrimônio público nacional ou estrangeiro⁹⁰.

leis, aptos à satisfação dos interesses nelas especificamente definidos como públicos. A partir dessas qualificações, sintetiza-se o conceito de administração pública como as atividades preponderantemente executórias, definidas por lei como funções do Estado, gerindo recursos para a realização de objetivos voltados à satisfação de interesses especificamente definidos como públicos” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 16ª edição, 2014, p. 124).

⁸⁹ “Em que pese o Direito admitir o descumprimento da conduta prescrita, prevê, contudo, consequências jurídicas para a inobservância das prescrições normativas, até mesmo para que se alcance o efetivo cumprimento da norma. Dessa forma, partindo-se da concepção de que a norma jurídica é composta por uma norma primária – que prevê a conduta – e de uma norma secundária – que prevê as consequências da inobservância da conduta, cada qual constituída de antecedentes e consequentes próprios, tem-se que como o descumprimento da norma (antecedentes da norma primária) gera-se uma relação jurídica em que um dos sujeitos da relação pode exigir direitos do outro sujeito (consequente da norma primária). Por sua vez no que se refere à norma secundária, seu antecedente é formado pela conduta descumprida, ao passo que seu consequente pela aplicação de uma sanção ao sujeito que inobservou a conduta prescrita” (VERNASCHI, Rafael Valle. Princípio da Legalidade no Direito Administrativo Sancionador. In. Direito Administrativo Sancionador – Estudos em homenagem ao professor emérito da PUC-SP Celso Antônio Bandeira de Mello. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 136)

⁹⁰ “Em linhas gerais as condutas são dispostas em 5 categorias: a) prometer, ofertar ou conceder, de forma direta ou indireta, vantagens indevidas a agente público ou a pessoa a ele relacionada; b) financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos na Lei; c) valer-se de pessoa física ou jurídica interposta com vistas a dissimular ou ocultar a identidade dos envolvidos nas práticas ilícitas ou os reais interesses das pessoas jurídicas infratoras; d) frustrar, fraudar, perturbar, interferir ou impedir a ocorrência de contratações públicas e contratos delas decorrentes; e) dificultar ou interferir em atividades de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos” (MENEZES, Matheus Bredt, VEIGA, Victor Godoy e ANTUNES, Viviane André. Acordo de Leniência: as obrigações pecuniárias e seus efeitos na perspectiva das leis nº 12.846/2013 e 8.429/1992. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos

Os atos lesivos elencados nos incisos do parágrafo 5º já apareciam em outros diplomas legais brasileiros, como no Código Penal⁹¹, na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei de Licitações⁹². Não se trata, portanto, de atos lesivos específicos para a Lei Anticorrupção. Assim, são atos tipificados que, quando cometidos, atentam contra a Administração Pública nacional ou estrangeira e acarretam em responsabilização administrativa da pessoa jurídica responsável por sua prática.

O inciso I do artigo 5º sanciona o pagamento de vantagens indevidas as agentes públicos, trazendo previsão semelhante a contida no artigo 333 do Código Penal que capitula o crime de corrupção ativa.

O inciso II, por sua vez, tipifica a figura do mandante dos atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção, sancionando aquele que de qualquer modo incentiva, dispendendo recursos financeiros, a prática de ato tipificado na Lei 12.846/13.

Já o inciso III pretende sancionar aquele que oculta ou dissimula interesses ou identidade dos reais beneficiários dos atos ilícitos praticados em descumprimento a Lei Anticorrupção.

No que pertine ao inciso IV, que elenca sete ilícitos praticados no âmbito das licitações e contratos administrativos, previsões assemelhadas são

e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020, p. 45.)

⁹¹ “A opção do legislador brasileiro de recorrer à sanção administrativa (e não penal) para punir a corrupção de pessoas jurídicas remetem-nos à importante discussão sobre as regras de direito administrativo sancionador que devem reger o processo investigatório e a imposição de tais sanções. O rol de infrações administrativas previstas no artigo 5º da Lei anticorrupção apresenta paralelo, em termos gerais, como diversos delitos contra a administração pública (corrupção passiva, fraude à licitação, dentre outros), bem como com outras infrações administrativas” (GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. A corrupção e o direito administrativo sancionador. In. Direito Administrativo Sancionador. Coord. Luiz Maurício Souza Blazek e Laerte Marzagão Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 325).

⁹² “O advento da Lei 12.846/2013 confirma essa nossa conclusão, ao passo que, ao tutelar o mesmo bem jurídico, inclusive inserindo atos de improbidade na Lei 8.429/92, disciplina a responsabilidade administrativa. O fato de a sanção ser aplicada na esfera judicial não retira dela a natureza administrativa, apenas transfere a competência ao juiz, diante da gravidade dos atos e suas repercussões” (CARDOSO, Raphael de Matos. A responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado sob a perspectiva do direito administrativo sancionador. In. Direito Administrativo Sancionador – Estudos em Homenagem ao Professor Emérito da PUC-SP Celso Antonio Bandeira de Mello. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 311)

encontradas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei de Licitações que punem, de forma parecida, tais atos.

Por fim, o inciso V do artigo 5º objetiva coibir qualquer empecilho a atividade de controle exercida pelos órgãos com atribuição para tal.

(i) RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A pessoa jurídica beneficiária de ato capitulado como ilícito na Lei Anticorrupção é, independentemente da demonstração de culpa ou dolo, presumivelmente por ele responsável, sendo desnecessária, para fins de responsabilização, a demonstração do elemento subjetivo da conduta, como ocorre na Lei de Improbidade Administrativa, consagrando a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pelos atos tipificados na Lei Anticorrupção.

Historicamente a responsabilidade limitada e subjetiva da pessoa jurídica foi sendo mitigada pela edição de novas legislações. O primeiro exemplo disso foi a publicação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, que, em seu artigo 2º, parágrafo 2º, estabelece que

sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego

Assim, empresas que, embora tenham personalidades jurídicas distintas, mas estejam sob a mesma direção, responderão solidariamente por obrigações oriundas de relações trabalhistas. É importante ressaltar também que, mesmo que uma empresa passe por uma mudança societária, os contratos de trabalho por ela mantidos, como regra, não poderão ser alterados.

O Código de Defesa do Consumidor, publicado em 1990, juntamente com a edição do Novo Código Civil, de 2002, também vieram deixar menos absoluta a ideia da responsabilidade subjetiva e limitada da pessoa jurídica, na medida em que, de forma sucinta, as dívidas adquiridas pela sociedade deverão ser garantidas pelos sócios da empresa.

Segundo Marçal Justen Filho:

“o regime de ampliação de responsabilidade e alcance dos sócios referentes às obrigações sociais se deu a partir da sofisticação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho: ‘a desconconsideração costumeiramente se encontra, no direito do trabalho, como seriada. Vale dizer, aplica-se a desconconsideração sobre todos os atos e eventos que envolvam o relacionamento entre a pessoa jurídica e um determinado sujeito’”.⁹³

É certo que a responsabilidade civil objetiva afasta a necessidade de se comprovar culpa ou dolo por parte do causador do dano, entretanto, é mandatória a existência do nexo de causalidade entre o fato causador e o dano efetivamente causado. Na verdade, não importa se a natureza da responsabilidade é objetiva ou subjetiva; o que importa, em última análise, como já dito acima, é a comprovação da existência do nexo de causalidade.

A particularidade da responsabilidade civil objetiva, qual seja, a inexistência de se comprovar dolo ou culpa no ato de quem causou o dano, fundamenta-se na teoria de risco, surgida na França, no século XIX, durante o período da Revolução Industrial. De acordo com Sergio Cavalieri Filho “*a doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa*”⁹⁴. O escopo da responsabilidade civil objetiva, então, é dar à vítima todo direito e garantia de ser reparada pelo dano sofrido.

Se houver a necessidade de se estabelecer responsabilidade para uma (ou mais) pessoa física, há a possibilidade de existir concurso de pessoas entre ela e a pessoa jurídica, podendo ser autores, coautores ou partícipes do ato lesivo à Administração Pública. E nesse sentido, aplicam-se as disposições sobre concurso de pessoas previstas no Código Penal. A Lei também entende que os responsáveis legais da empresa – administrador ou diretor – deverão responder juridicamente pelos atos lesivos praticados. Por outras palavras, será

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Desconconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 152.

punida a pessoa física que, supostamente, teria capacidade de impedir que o ato ilícito fosse praticado, mas não o fez, resultando em punição para as pessoas física e jurídica.

Conforme já afirmado no presente tópico, apesar da modificação do regime da responsabilidade civil trazida pela Lei Anticorrupção, de subjetiva para objetiva⁹⁵, deve-se observar, conforme apontado por Patrícia Toledo de Campos⁹⁶, critérios que devem ser analisados para se aferir a responsabilidade dos administrados a fim de se lhe aplicarem punições adequadas. São eles:

(i) os motivos que os levaram à prática do ato; (ii) as circunstâncias e as consequências do ato lesivo; (iii) o comportamento concorrente da Administração Pública nacional ou estrangeira para o evento danoso; (iv) a reiteração da conduta do agente; (v) os riscos que a conduta danosa causou aos direitos da empresa; (vi) o montante do lucro auferido; e (vii) a colaboração do dirigente ou administrador durante a apuração do ilícito.

Os sete critérios acima enumerados têm por fim estabelecer o grau de responsabilidade de cada dos que tiverem participado de alguma forma da concretização do ato ilícito cuja consequência foi lesar a Administração Pública.

Vale destacar, ainda, a necessidade da empresa bem gerenciar os terceiros que prestam serviços a ela uma vez que tais terceiros que agem em nome da pessoa jurídica, caso cometam ilícitos, levarão, igualmente, a

⁹⁵ “Necessária se fez a lei, no ambiente nacional, a partir da percepção de que o direito penal não resolve a responsabilização por atos de corrupção de pessoas jurídicas; a percepção de que o direito civil, com a lei de improbidade administrativa, Lei nº 8.429/1992, não abarca todas as possibilidades de corrupção e fraudes diante do Estado, em especial ante dependência direta e na perspectiva da responsabilidade subjetiva de conduta de servidor público, o que propiciava vácuo de responsabilização; a percepção de que empresas, pessoas jurídicas e não necessariamente pessoas físicas, se beneficiam direta e indiretamente dos atos; a percepção de que empresas tem melhores condições de apurar e controlar situações de corrupção em seu ambiente organizacional e; ao fim, a constatação da necessidade do trato do “*compliance*”, como valor da atividade empresarial em Estado Democrático de Direito.” (SOARES, Pedro Vasques. Múltiplas instâncias de responsabilização e consensualidade na Lei nº 12.846/2013. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020, p. 50)

⁹⁶ CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013, Lei Anticorrupção. In: Revista Digital de Direito Administrativo, v.2, n.1, 2015.

responsabilização objetiva da pessoa jurídica, independentemente da demonstração de culpa ou dolo na sua atuação⁹⁷.

ii. PROGRAMAS DE INTEGRIDADE OU *COMPLIANCE*

Toda norma que estabelece aplicação de penalidades ao infrator tem por finalidade produzir um efeito pedagógico na sociedade. Busca-se que a sociedade de forma geral entenda que os atos ilícitos de qualquer natureza não compensam, uma vez que as sanções serão aplicadas, o que acarretará consequências desagradáveis a quem quer que tenha infringido a lei, seja pessoa física ou jurídica.

Levando isso em conta, muitas empresas hoje instaladas no Brasil passaram a adotar, no seio empresarial, programas de conformidade ou *compliance*. O termo em inglês, largamente empregado na atualidade em nosso idioma, significa “conformidade”, “observância”, ou, ainda, “integridade”. Então, o significado do termo dentro das empresas é estar de acordo com as normas e regulamentos vigentes no país em que opera, no âmbito internacional e no mercado em que atua. A empresa precisa se adaptar a todas as políticas internas e externas para tornar o *compliance* efetivo. Não só as empresas, é bom que se diga. Os funcionários que nela trabalham, bem como seus fornecedores e prestadores de serviços, também devem ser atingidos pela cultura do *compliance*. A empresa deve funcionar como uma orquestra, afinada e em sintonia para que, no exercício legítimo da atividade empresarial, não deixe de cumprir as leis vigentes.

É o que preconiza o inciso VIII do artigo 7º da Lei Anticorrupção: “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”. Esse artigo enumera itens que serão

⁹⁷ “Em relação à responsabilidade objetiva, além do ponto jurídico clássico de que, para a responsabilização da empresa, não se verifica a culpabilidade do agente, bastando a existência de nexos entre ação/omissão e resultado danoso, deve-se considerar que as empresas são responsabilizadas também por atos de terceiros que atuem em seu benefício – e isso já está alterando a forma pela qual as empresas gerenciam os seus terceiros, especialmente aqueles que têm contato com agentes públicos” (DINIZ, Maria Helena. Importância da Função Social da Empresa. In. Revista Jurídica UNICURITIBA, vol. 02, nº 51, Curitiba, 2018, p. 399).

levados em consideração na hora de aplicação de sanções. O inciso VIII, portanto, traz em seu bojo a ideia de *compliance*, fazendo com que as empresas que fazem negócios com o Administração Pública passassem a considerar a necessidade de criar esse departamento em seu organograma de modo a mitigar os riscos inerentes a atividade.

Vale dizer também que o objetivo do artigo 7º da lei é atenuar a aplicação de penas a empresas que tenham inserido esses mecanismos de combate à corrupção em sua estrutura. O próprio inciso VIII cuida de fazer sugestões para a empresa para que o objetivo intentado pelo artigo seja alcançado: implantação de códigos de ética e, também, de auditoria, ou outro departamento com a mesma finalidade. Trata-se de uma sugestão que busca trazer transparência para as relações entre empresa e setor público e, em última análise, segurança para toda a sociedade. E isso se traduz em confiança dentro do ramo de atividade da empresa e para o público em geral.

Marcelo Barreto de Araújo, em definição digna de nota⁹⁸, entende que:

“O Compliance previsto na Lei 12.846/2013 (artigo 7º, inciso VIII) nada mais é do que um programa de governança corporativa com um viés voltado para neutralizar atos corruptos praticados no ambiente empresarial, numa perspectiva proativa de, na medida do possível, erradicar tais condutas. Ele vem sendo dinamizado em nível internacional, mediante previsão de rigorosas normas que reprimem tais atos”.

No entendimento de Francisco Schertel Ferreira Mendes⁹⁹, um programa de *compliance*:

“[...] visa estabelecer mecanismos e procedimentos que tornem o cumprimento da legislação parte da cultura corporativa. Ele não pretende, no entanto, eliminar completamente a chance de ocorrência de um ilícito, mas sim minimizar as possibilidades de que ele ocorra, e criar ferramentas para que a empresa

⁹⁸ ARAÚJO, Marcelo Barreto de. Op. Cit., p. 69-70.

⁹⁹ MENDES, Francisco Schertel Ferreira e CARVALHO, Vinicius Marques de. Compliance - Concorrência e Combate à Corrupção. 1ª ed. São Paulo: Trevisan, 2017. p. 31.

rapidamente identifique sua ocorrência e lide da forma mais adequada possível com o problema”.

É por isso, inclusive, que o Estado incentiva sua adoção. Ao pensar sobre os motivos pelos quais a Administração incentiva os programas de compliance, nota-se que se trata de uma espécie de compartilhamento de uma atividade própria do poder público com os agentes privados. Ou seja, entende-se que a sociedade tem algo a ganhar se for criado um incentivo para que as próprias empresas sejam parcialmente responsáveis por garantir o cumprimento da legislação.”

O Estado não delega a atividade de observância das leis ao particular, nem poderia fazê-lo. Entretanto, o Estado encontrou um meio de fazer com que as empresas fiquem mais atentas ao cumprimento das leis. É por essa razão que tem se verificado atualmente uma tendência crescente de cada vez mais empresas incorporarem o setor de *compliance* como um setor indispensável dentro de sua estrutura. Com isso, a empresa tenta se proteger dos riscos de um eventual problema de corrupção, uma vez que, caso a companhia veja seu nome atrelado a algum esquema de malversação de recursos públicos, a circunstância de ela possuir um programa de integridade vai abrandar as sanções que poderá sofrer.

A nova Lei Geral de Licitações brasileira, Lei nº 14.133/21, em seu artigo 156, § 1º, inciso V, igualmente prevê como causa atenuante das sanções administrativas decorrentes daquela Lei “*a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle*”.

A importância de uma empresa estar em conformidade com a lei, além dessas acima citadas, está na redução de custos, despesas e perdas, aumentando o rendimento operacional. Pode-se dizer que esse compromisso com a transparência vai beneficiar a empresa não só no tocante ao volume de negócios, mas, também, referente à sua imagem, ao fato de a empresa ser mais do que aquilo que ela produz ou fornece. Ela faz parte de um todo maior e sua perenidade é interessante não só para seus sócios ou acionistas mas para toda a coletividade em que ela está inserida.

Evidentemente, a Lei Anticorrupção não especificou nem ditou como esses programas devem ou deverão ser instaurados nas empresas, cabendo a cada uma delas estruturá-los da melhor e mais eficiente forma dentro de seu organograma.

A Controladoria Geral da União, no entanto, traz balizas do programa de Compliance efetivo assim como o Decreto Federal nº 8.420/15 que regulamenta a Lei Anticorrupção.

O Decreto nº 8.420/15, em seu artigo 41, traz o conceito de programa de integridade como um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade com o objetivo de detectar e sanar atos ilícitos praticados pela pessoa jurídica contra a Administração Pública.

E, coloca como cinco pilares de um programa efetivo o comprometimento e apoio da alta direção, criação de uma instância responsável pelo programa de integridade, análise de perfil e riscos, estruturação das regras e instrumentos e a implantação de estratégias de monitoramento contínuo.

Inegável que o programa de integridade efetivo é aquele programa feito de forma customizada e elaborado para aquela pessoa jurídica específica, atendo as suas peculiaridades e necessidades bem como ao mercado em que ela se insere. “Modelos” de programa de integridade ou programas “de prateleira”, que não se amoldam as reais necessidade da empresa e que, por sua generalidade, em realidade, nada previnem, por certo não são aceitos pelos órgãos de controle para fins de se constituírem como atenuantes das sanções.

iii. ACORDOS DE LENIÊNCIA

O vocábulo “leniência” deriva do latim *lenitate* e significa brandura, suavidade. De acordo com o entendimento do Ministério Público Federal, “o sentido do instituto do acordo de leniência é impor compromisso e responsabilidade às pessoas jurídicas que voluntariamente se propõem a romper com o envolvimento com a prática ilícita e adotar medidas para manter

*suas atividades de forma ética e sustentável, em cumprimento à sua função social*¹⁰⁰.

Nas palavras de Patrícia Toledo de Campos¹⁰¹, o acordo de leniência é:

“celebrado entre a autoridade máxima de cada órgão e as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos lesivos à Administração Pública que tiverem colaborado de modo efetivo com a investigação e o processo administrativo. O aludido auxílio deve resultar na descoberta de outros envolvidos no ilícito e no alcance de informações e documentos que comprovem a infração apurada”.

O instituto, muito semelhante à delação premiada do Direito Processual Penal, foi introduzido no Brasil no ano de 2000¹⁰² e, inicialmente, era aplicável somente nas infrações de caráter econômico e concorrencial. Por outras palavras, a Lei nº 10.149/00, que o instituiu, previa sua aplicabilidade restrita às matérias do CADE-Conselho Administrativo de Defesa Econômica. No âmbito da Defesa Econômica, o acordo de leniência pode beneficiar os infratores com

¹⁰⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Guia Prático dos Acordos de Leniência. Acesso em 23.11.2020. Disponível em <http://mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/>.

¹⁰¹ CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013, Lei Anticorrupção. In. Revista Digital de Direito Administrativo, v.2, n.1, 2015.

¹⁰² “À época da edição da Lei nº 8.429/92, o sistema do Direito Penal brasileiro era avesso a qualquer solução negociada. Não por acaso, falava-se em indisponibilidade da ação penal e em indisponibilidade do objeto da ação penal. Sucede que, a partir de 1995, com a Lei nº 9.099/95, instrumentos de justiça penal negociada começaram a ser previstos no Direito brasileiro. desenvolveram-se técnicas de justiça penal consensual. São exemplos a transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/1995) e a suspensão condicional do processo penal (art. 76, Lei nº 9.099/1995 e a suspensão condicional do processo penal (art. 89, Lei nº 9.099/95). Em ambos os casos, há negociação que produz consequências no âmbito do Direito Penal material. O processo penal também sofreu transformações com a ampliação das possibilidades de negociação entre autor e réu. A “colaboração premiada”, negócio jurídico material e processual previsto em algumas leis (embora prevista em diversas leis, a regulamentação mais completa está na Lei nº 12.950/2013) é o principal exemplo desse fenômeno. Ao lado da “colaboração premiada”, surgem institutos de Compliance das empresas envolvidas, como é o caso do acordo de leniência (Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013). A proibição de negociação prevista na Lei de Improbidade Administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal. Não havia sido admitida na improbidade em razão do princípio da obrigatoriedade para o Ministério Público e da visão que a tutela do interesse público era absolutamente indisponível, não admitia graus de tutela. Se agora é possível negociar com as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade. Pode-se estabelecer a seguinte regra: a negociação na ação de improbidade administrativa é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em uma relação de proporção (DIDIER JR., 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. Belo Horizonte, ano 17, n. 67, jan/mar 2017, p. 6)

a redução de um terço a dois terços da penalidade aplicável e, a depender do caso, pode até mesmo extinguir a punição aplicada pela Administração Pública. Entretanto, ao contrário da Lei Concorrencial, a Lei Anticorrupção não prevê extinção ou perdão de qualquer espécie da punição, apenas a redução da penalidade e a concessão de alguns benefícios sendo que o acordo, no âmbito da Lei Anticorrupção, é restrito a pessoas jurídicas, não havendo previsão legal de que seja celebrado por pessoas físicas.

Apesar de o instituto da leniência estar presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o ano 2000 para as infrações restritas às matérias do CADE, a Mensagem nº 52 do Poder Executivo para o Congresso Nacional, na qual propôs a Lei Anticorrupção, não trazia a previsão para a inclusão do instituto do acordo de leniência. Referido instituto só foi incluído na redação do Projeto de Lei pelo relator, o deputado federal Carlos Zarattini, em 2012.

Para a concretização do acordo de leniência, são necessárias a existência de algumas condições estabelecidas pela Lei Anticorrupção. Assim, de acordo com Marcelo Barreto de Araújo¹⁰³:

“Pela Lei 12.846/2013 existem algumas condições para se celebrar esse acordo, pois da colaboração prestada deve resultar a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e a “obtenção célere” de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Há requisitos que precisam ser cumulativamente preenchidos para a celebração do Acordo de Leniência, a saber:

- a) a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;
- b) a pessoa jurídica deve cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data da propositura do Acordo; e
- c) a pessoa jurídica deve admitir sua participação no ilícito e cooperar “plena e permanentemente” com as investigações.

¹⁰³ ARAÚJO, Marcelo Barreto de. Comentários à Lei nº 12.846/2013: diretivas sobre o programa de compliance; Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2016. acessado em 18/03/2020 http://cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/comentarios_a_lei_12846_2013_diretivas_sobre_o_programa_de_compliance.pdf.

É imperioso notar que esses requisitos estabelecidos nos incisos do artigo 16 da Lei Anticorrupção são concomitantes, ou seja, todos eles devem ser preenchidos pela empresa para que se possa proceder à celebração do acordo de leniência. Estando presentes todos os requisitos, conforme dito anteriormente, o acordo será celebrado, e as penas serão aplicadas de forma mais atenuada, as multas também podem ser mais brandas, mas o dever de reparar o dano não sofrerá mudança, uma vez que o valor de recomposição ao erário é inegociável e, por ser direito indisponível, seu montante não é passível de negociação pelo órgão de controle ou pela própria Administração, mas apenas sua forma de pagamento. Outra vantagem do acordo de leniência é que a empresa estará isenta da publicação da sentença condenatória nos meios de divulgação, o que preserva sua imagem perante a sociedade e o mercado em que atua; a empresa também estará isenta da proibição de receber os incentivos e empréstimos de que fala o inciso IV do artigo 19 da Lei em questão bem como de ser dissolvida compulsoriamente. Se o acordo for descumprido, a empresa estará proibida de celebrar novo acordo pelo prazo de três anos a partir do momento em que se deu o descumprimento do acordo.

Se não houver como reparar integralmente o dano causado, caberá à autoridade competente estabelecer condições para que o ressarcimento seja levado a cabo pela empresa infratora, mesmo que seja parcialmente e a longo prazo.

Diferentemente da Lei de Defesa da Concorrência, a Lei Anticorrupção não prevê a possibilidade de aplicação do instituto do acordo de leniência para pessoa física. Cumpre dizer, portanto, que o acordo celebrado com a pessoa jurídica, no âmbito da Lei nº 12.846/13, não exclui a possibilidade de responsabilização de qualquer pessoa física, seja administrador, diretor ou qualquer outra pessoa natural que tenha colaborado para a realização do ato ilícito.

A par de não ser legitimado para a celebração do típico acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/13, o Ministério Público Federal, em louvável iniciativa, editou a Nota Técnica 1/2020 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão disciplinando os chamados “*Termos de Adesões ou Subscrições de pessoas físicas em Acordos de Leniência, celebrados pelo MPF*” no qual admite

a subscrição dos termos de leniência por ele firmados pelas pessoas físicas relacionadas aos atos de corrupção objeto de acordos sancionatórios.

Destaque-se as considerações de Marcelo Barreto de Araújo¹⁰⁴:

“Se no Acordo de Leniência a pessoa jurídica indicar delitos praticados por pessoas físicas e agentes públicos, estes não poderão integrar o referido Acordo e ficarão sujeitos, em razão da responsabilidade individual e subjetiva de cada um, à legislação penal própria, e, no caso de agente público, à Lei de Improbidade Administrativa”.

Esse posicionamento vem completar, *a contrario sensu*, a ideia de responsabilidade objetiva que permeia toda a Lei Anticorrupção. Legislação essa que não inaugura todas as sanções, visto que algumas das infrações nela são também arroladas como tal em outros dispositivos legais, e esse fato pode ocasionar dúvidas quanto à aplicabilidade ou ao alcance da Lei Anticorrupção.

A Lei Anticorrupção afirma expressamente que o acordo de leniência pode alcançar a prática de ilícitos previstos na Lei de Licitações. Esse fato atenua ou isenta a empresa de sofrer as sanções estabelecidas na Lei de Licitações. Portanto, o impedimento de licitar e contratar (artigo 156, inciso III da Lei 14.133/21), bem como a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (artigo 156, inciso IV da Lei 14.133/21), quando forem resultantes de ilícito cometido dentro do âmbito da Lei nº 14.133/21, também poderão ser objeto do acordo de leniência.

As punições previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429/1992), por sua vez, não são mencionadas na Lei Anticorrupção¹⁰⁵. Ou seja,

¹⁰⁴ ARAÚJO, Marcelo Barreto de. Op. Cit., p. 67.

¹⁰⁵ “Desde dezembro de 2016, com a edição da Portaria Interministerial AGU/CGU nº 2278/2016, a Advocacia-Geral da União passou a participar dos acordos de leniência previstos na LAC que passaram a ser assinados pelo Ministro da CGU e pelo Advogado-Geral da União. Essa medida, atualmente regida pela Portaria Conjunta AGU/CGU nº 04/2019, transmutou os acordos de leniência em instrumento híbrido que resolve tanto a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas prevista na LAC como a sua responsabilidade civil da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) – LIA e da própria LAC, em relação à União”. (MENEZES, Matheus Bredt, VEIGA, Victor Godoy e ANTUNES, Viviane André. Acordo de Leniência: as obrigações pecuniárias e seus efeitos na perspectiva das leis nº 12.846/2013 e 8.429/1992. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020, p. 46).

por outras palavras, significa dizer que poderá haver ações independentes de improbidade administrativa contra uma empresa. Algo semelhante ocorre no Direito Penal, pois a Lei Anticorrupção não confere nenhum efeito ao acordo de leniência. Assim, aquele que assinar o acordo de leniência não estará imune de sofrer as sanções impostas pelo Código Penal.

No entendimento de Francisco Schertel e Vinicius de Carvalho¹⁰⁶:

“Um acordo de leniência assinado no âmbito da Lei Anticorrupção, portanto, não irá necessariamente acarretar benefícios ou imunidades ao agente privado com relação a ilícitos previstos em outras leis. Tendo em vista que o acordo de leniência exige a confissão da participação no ilícito, ele pode, inclusive, servir de fundamento para a propositura de ações judiciais de responsabilização por outras autoridades. Por isso, a decisão de negociar um acordo de leniência deve ser extremamente refletida e sempre levar em conta os possíveis impactos em outras esferas de responsabilização.”

Trata-se, em verdade, de mais uma disfuncionalidade do sistema que gera indevida insegurança jurídica para aqueles que pretendem confessar seus ilícitos perante a Administração e, dessa forma, negociar as sanções cabíveis sem, no entanto, não ficar a mercê de ser responsabilizado por outros órgãos de controle.

iv. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO

O artigo 8º e seguintes da Lei Anticorrupção discorrem sobre o Processo Administrativo de Responsabilização (PAR). Por referidos dispositivos, o diploma legal busca averiguar a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas que podem ter cometido atos lesivos à administração pública.

Enquanto caput do artigo 8º determina que cabe à autoridade máxima de cada entidade ou órgão públicos que tiveram seus interesses prejudicados instaurar o procedimento administrativo, seja por ofício, seja por provocação. Também caberá a essa mesma autoridade proceder ao julgamento do procedimento administrativo instaurado.

¹⁰⁶ MENDES, Francisco Schertel Ferreira e CARVALHO, Vinicius Marques de. Op. Cit., p. 112.

Por sua vez, o Decreto nº 8.420/15, editado pela Presidência da República, que regulamenta a Lei Anticorrupção, e define os procedimentos que apuram a responsabilização das pessoas jurídicas suspeitas de terem violado a Lei nº 12.846/13, estabelece que, a partir do momento em que supostamente ocorrer lesão à administração pública federal, a autoridade competente para instauração do Processo Administrativo de Responsabilização, por meio de despacho fundamentado, pode decidir por uma dessas três possibilidades: abertura de investigação preliminar, instauração do Procedimento Administração de Responsabilização - PAR ou arquivamento da matéria.

Constitui-se a investigação preliminar quando os indícios de autoria e materialidade forem insuficientes para justificar a instauração do Procedimento Sancionador. O objetivo da investigação preliminar é coletar indícios de autoria e materialidade; num primeiro momento, não há intenção de se punir. Essa investigação, inclusive, corre de forma sigilosa e visa ser uma fase preparatória para eventual processo de responsabilização.

Tal investigação, conforme determina o Decreto nº 8.420/15, será conduzida por uma comissão formada por dois ou mais servidores efetivos, que deverão exercer essa função de forma imparcial, sendo admitidos, no curso do apuratório, todos os meios de obtenção de provas permitidos por lei. Os servidores devem ser efetivos por que o legislador entende que a lisura do concurso público é prova do cumprimento dos princípios de moralidade e impessoalidade que devem nortear os atos da Administração Pública, conforme dispõe o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal. A comissão tem o prazo de sessenta dias para concluir a investigação, prazo esse que pode ser prorrogado por igual período. Findo esse prazo, as informações colhidas deverão ser remetidas à autoridade competente (autoridade instauradora). As informações obtidas deverão ser acompanhadas por relatório que indique a presença de autoria e materialidade do fato relatado como ilícito. É esse relatório que deverá motivar ou não a instauração do Processo Administrativo de Responsabilização. Importante destacar que a autoridade instauradora não está obrigada a instaurar o PAR, pois ainda pode determinar que outras diligências sejam tomadas, ou, ainda, pugnar pelo arquivamento do relatório, se entender que o fato investigado pela comissão não constituiu ilícito administrativo.

O processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, de que dispõe a Lei nº 9.784/1999, em seu artigo 2º, determina que o procedimento deverá observar, a todo instante, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência¹⁰⁷. O artigo 8º da Lei Anticorrupção fala do respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Todavia, conforme se observa na prática, esses dois princípios trazem em suas entrelinhas diversos outros, tais como o direito à comunicação e à defesa técnica, à produção de provas e à interposição de recursos administrativos.

O Artigo 8º da Lei Anticorrupção ainda estatui que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá agir de ofício ou mediante provocação. A possibilidade de “agir de ofício” já foi explanada. No tocante a agir “mediante provocação”, o legislador tomou por base o já disposto no rito da ação popular, consagrada no inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal, pela qual qualquer cidadão poderá provocar a instauração de processo diante de ameaça à lesão do patrimônio e/ou do interesse da Administração Pública.

Ao final do processo administrativo de responsabilização a pessoa jurídica investigada pode ser absolvida ou apenada com multa de 0,1 (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo bem como com a publicação extraordinária da decisão condenatória, nos termos dos incisos I e II do art. 6º da Lei 12.846/13.

¹⁰⁷ “Averbe-se, portanto, que ao considerarmos a legalidade como pressuposto do Estado Democrático de Direito, encontramos nessa seara uma das formas da limitação do poder. A essa limitação, imanente ao Estado Democrático de Direito, deve vincular-se ao instrumental substanciador da atividade administrativa. Para melhor esclarecimento, temos que o processo administrativo, bem com o procedimento administrativo, são meios para submeter toda a atuação estatal a determinadas regras – legalidade – que colocam o particular em condições de ver seus direitos respeitados em face dos Poderes Estatais. Em última análise, não só o processo administrativo, como também o procedimento administrativo, se constitui em atividade regrada, objetivando a contenção do poderio estatal” (PIRES, Antonio Cecílio Moreira. A desconsideração da personalidade jurídica nas contratações Públicas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 74).

v. RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL

A responsabilidade da empresa na esfera administrativa não afasta aquela na esfera judicial, havendo, portanto, a possibilidade de aplicação de sanção nos dois âmbitos. É o que estatui o artigo 18 da Lei Anticorrupção. Para o ajuizamento da demanda no Poder Judiciário, são legitimados a União, os Estados, os Municípios e as pessoas jurídicas de direito público ou privado por eles criadas e o Ministério Público. De acordo com o parágrafo único do artigo 21 da Lei nº 12.846/2013, o ente legitimado busca, no Judiciário, a reparação total do dano causado pela conduta da empresa.

Nas palavras de Marcelo Barreto de Araújo¹⁰⁸

Vale salientar que a primeira condenação, de âmbito puramente administrativo, impõe sanções que se destinam a preservar a moralidade administrativa e derivam do *jus puniendi* atribuído ao Estado, mas também tem o condão de tornar certa a obrigação de indenizar o Poder Público pelos danos materiais que lhe foram porventura infligidos.²⁸ Eis porque, com base nas investigações preteritamente realizadas pela “autoridade máxima” ou pela CGU, o Ministério Público ou qualquer outro legitimado não mais precisará revolver a matéria fática, buscando simplesmente na Justiça sua pretensão de ressarcimento dos prejuízos derivados do ato ilícito. Em consequência, e salvo se houver a arguição, pelo infrator, de vícios legais insanáveis existentes no processo administrativo, não mais se discutirá, no âmbito judicial, a conduta corruptiva da pessoa jurídica, partindo-se de imediato para o debate sobre o valor da indenização a ser paga e ainda a respeito do cabimento das sanções judiciais que vierem a ser requeridas por qualquer ente legitimado. Desse modo, os fundamentos fáticos da condenação administrativa tornam-se prova pré-constituída dos ilícitos corruptivos, visando caracterizar em juízo a responsabilidade civil e a incidência de sanções decorrentes da ação infratora.

Os incisos do artigo 19 da Lei Anticorrupção trazem as sanções que poderão ser aplicadas à pessoa jurídica infratora, a saber:

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

¹⁰⁸ ARAÚJO, Marcelo Barreto de. Op. Cit., pp. 58-59.

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

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

No inciso I, é importante ressaltar que o perdimento de bens não significa ressarcimento do patrimônio público. Tendo o ilícito sido provado, fica determinado o perdimento de bens correspondente à quantia cobrada em favor do erário, não sendo afastada, portanto, a possibilidade de se pleitear o ressarcimento de bens ao ente público prejudicado pela atitude da pessoa jurídica.

A suspensão ou interdição das atividades da empresa, de que trata o inciso II, deve ser aplicada observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois a punição deve ser equivalente ao dano causado à Administração Pública.

A dissolução compulsória da pessoa jurídica (inciso III) só deve ser levada a cabo se a empresa, de forma habitual, promover ou facilitar a prática de atos ilícitos, ou se a empresa tiver sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos. A dissolução da pessoa jurídica é considerada “pena capital” para a empresa e, tendo em vista a gravidade da sanção, só será aplicada quando a empresa agir repetidamente de forma ilícita.

O inciso IV, autoexplicativo, fala da proibição de a empresa infratora receber incentivos ou subsídios de órgãos públicos pelo prazo de um a cinco anos. É uma sanção menos gravosa que a do item anterior; todavia, se a empresa tiver por hábito adquirir empréstimos ou incentivos junto ao Poder Público, ela vai ter que se readequar pelo período em que a pena lhe for imposta, uma vez que o acesso a tal tipo de crédito estará vetado.

vi. O CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS PUNIDAS (CNEP)

O capítulo VII da Lei Anticorrupção traz as disposições finais e, dentre elas, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP). A Lei não deixou explícita a função desse Cadastro, todavia, a intenção do legislador parece ter sido tornar públicas as sanções aplicadas pelo Poder Público às empresas que praticaram atos lesivos aos interesses da Administração Pública. O CNEP traz também informações referentes aos acordos de leniência firmados entre pessoa jurídica e o Poder Público.

O caput do artigo 22 da Lei parece dar respaldo ao entendimento supracitado: “Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei.”

Assim, diante do texto da Lei, o legislador buscou com essa redação desestimular a prática de corrupção por parte de empresas, visto que a publicidade que se dará ao fato entendido como ilícito será prejudicial à reputação da empresa no mercado, depreciando sua imagem perante seus clientes e demais participantes do mercado. E essa publicidade negativa trouxe um efeito positivo nas empresas de forma geral: a criação e manutenção dos departamentos de *compliance*, tornando-as mais transparentes.

É importante destacar, todavia, que no tocante ao CNEP, a Lei foi omissa em um quesito. Não há em nenhum artigo ou inciso da Lei informação a respeito do período ou prazo em que se dará a publicidade das sanções aplicadas às empresas.

Por outro lado, o artigo 47 do Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei nº 12.846/2013, estabelece que a exclusão de informações e dados constantes do CNEP pode se dar em duas oportunidades, a saber:

I - com o fim do prazo do efeito limitador ou impeditivo da sanção;
ou

II - mediante requerimento da pessoa jurídica interessada, após cumpridos os seguintes requisitos, quando aplicáveis:

- a) publicação da decisão de reabilitação da pessoa jurídica sancionada, nas hipóteses dos incisos II e VI do **caput** do art. 43;
- b) cumprimento integral do acordo de leniência;
- c) reparação do dano causado; ou
- d) quitação da multa aplicada.

Por isso, essa ausência de delimitação de prazo pode gerar arbitrariedades do Poder Público contra a pessoa jurídica punida, que deverá recorrer ao Judiciário para que a punição seja revista ou, ao menos, que seja estabelecido um limite no prazo em que a publicidade das sanções seja veiculada.

4.4. CONCLUSÕES PARCIAIS

O fenômeno danoso da corrupção não é exclusivo do momento histórico brasileiro. De certa forma o seu combate também não é. Pelo menos desde a fundação da República, é possível identificar meios e práticas visando o combate à corrupção. Entretanto, apesar das diversas tentativas ao longo do tempo de se estabelecer o que é corrupção e elaborar uma legislação ao mesmo tempo abrangente e precisa sobre o assunto, foi apenas em 2013 que se alcançou uma consolidação normativa, que é a Lei Anticorrupção.

Muitos diplomas legais em nossa história legislativa tentaram coibir a prática da corrupção, mas nenhum deles conseguiu um êxito completo. Na verdade, nem mesmo a Lei Anticorrupção conseguiu ou vai conseguir tal feito. Essa Lei é, até hoje, o diploma legal de maior alcance e de maior êxito ao enfrentar a corrupção. O principal motivo para isso parece ir além do combate à corrupção. A melhor forma de combatê-la está na nova cultura da prevenção que a Lei trouxe em seu bojo.

Os mecanismos de *compliance* (integridade e conformidade às leis) parecem ter sido os principais responsáveis por um efeito positivo no combate à corrupção. O fato de se expor publicamente a pessoa jurídica infratora à opinião pública por intermédio da publicação das sanções também trouxe um maior cuidado das empresas na condução de seus negócios com o Poder Público.

Importante dizer, também, que não foram apenas legislações pátrias que inspiraram a edição da Lei Anticorrupção. Os outros dois diplomas apresentados neste capítulo, quais sejam, o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA, diploma legislativo anticorrupção dos EUA), e o *Bribery Act* (lei britânica de combate à corrupção) também serviram de inspiração para a Lei brasileira, até mesmo no tocante à aplicação de penalidades severas às empresas que praticarem atos ilícitos em desfavor à Administração Pública.

Toda a sociedade, entretanto, está ciente de que a Lei Anticorrupção não será capaz de, sozinha, acabar com a corrupção. Nem é esse o escopo da lei, cuja função primordial é prevenir e, depois, combater e punir os atos ilícitos praticados por pessoas jurídicas contra a administração e o patrimônio públicos. Essa Lei não é, nem visa a ser, o último ato contra a corrupção no Brasil. Trata-se do documento mais importante a tratar da matéria até agora, todavia, outras legislações deverão surgir para refinar o combate à corrupção e torná-la cada vez mais escassa no país.

É importante salientar, porém, que embora o objetivo da Lei Anticorrupção seja nobre, ele não pode, jamais, solapar a atividade empresarial. Uma empresa, diante de sua função social, não pode ter suas atividades paralisadas e, por conseguinte, suspensa a arrecadação tributária por ela gerada e os empregos mantidos em razão do exercício da atividade empresarial quando em curso qualquer investigação para se apurar a ocorrência de atos de corrupção. É plenamente possível e necessário que ela siga com suas operações enquanto uma investigação por corrupção esteja em curso, sem maiores prejuízos a seus negócios nem a seus funcionários. Tal assunto será melhor tratado em capítulo pertinente.

5. A NECESSIDADE DE COMBATE À CORRUPÇÃO E DE PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL: UMA COMPATIBILIZAÇÃO NECESSÁRIA

5.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As empresas devem ser perenes, seus colaboradores e sócios, pela própria natureza humana, não o são. Toda empresa é constituída com o objetivo de continuar seu funcionamento por tempo indeterminado. E todo empresário sabe que sua empresa não estará imune aos inúmeros problemas que possam acometê-la, como crises econômicas, crises sanitárias e de saúde pública, recuperação judicial, queda no faturamento etc. Todas essas variáveis fazem parte de um leque grande de situações que podem prejudicar a atividade empresarial em maior ou menor grau. Entretanto, nos últimos anos, outro fator passou a integrar esse leque, e mostra-se com grande potencial destrutivo para os negócios de uma empresa: o fenômeno da corrupção.

A questão da preservação da empresa não é uma necessidade surgida no bojo da Lei Anticorrupção que, na verdade, silencia sobre esse aspecto. A Constituição Federal de 1988 entende como fundamentais a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, bem como o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte.

A Lei nº 11.101/05, com as alterações promovidas pela Lei nº 14.112/20, que trata da recuperação judicial e da falência, também adota o princípio da preservação da atividade empresarial, conforme já tivemos oportunidade de demonstrar em capítulo próprio. Nem poderia ser diferente, pois, tendo esse princípio como norteador da lei, busca-se a manutenção da produção de bens e serviços, dos empregos e, em última análise, dos interesses dos credores. Esse, inclusive, foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁹, ao vedar a

¹⁰⁹ “Apesar de o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis não se submeter aos efeitos da recuperação judicial, o juízo universal é competente para avaliar se o bem é indispensável à atividade produtiva da recuperanda. Nessas hipóteses, não se permite a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial”. BRASIL.SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO

retirada de equipamento essencial para atividade produtiva de empresa em recuperação judicial.

É com base no fundamento constitucional e na Lei da recuperação judicial e falência que entendemos que os casos que estão sendo analisados sob a ótica da Lei Anticorrupção também devem ser norteados pelo princípio da preservação da atividade empresarial. A corrupção precisa ser combatida, mas não faz sentido toda uma empresa perder sua capacidade produtiva por conta da instauração de processos sancionadores. A produção deve continuar, multas podem ser aplicadas a ela e pessoas físicas podem responder pelos seus atos, mas os negócios da empresa, evidentemente aqueles que não têm relação com o que está sendo investigado, devem ser preservados.

Essa preocupação com a preservação da atividade empresarial também se faz presente no Código Civil de 2002, que mudou o foco do Código Civil anterior, tirando o foco na figura do empresário e passando para o da empresa. Essa mudança não foi em vão, pois, além de respeitar os fundamentos constitucionais da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, ela buscou proteger a sociedade como um todo. Isso porque a atividade econômica traz benefícios para toda a coletividade, pois há uma rede de pessoas físicas e jurídicas que dependem do bom funcionamento de empresa. A atividade empresarial, portanto, não traz benefícios somente para o empresário. Funcionários, fornecedores, terceirizados, clientes e até mesmo o Poder Público se beneficiam quando a atividade empresarial é preservada.

Assim, pode-se dizer que, em verdade, o poder-dever não é só do empresário, mas, também, da Administração em garantir meios para a preservação da empresa, seu desenvolvimento e, no caso de haver ilícitos administrativos praticados pela pessoa jurídica, garantir que o negócio em si subsista e se busque, sempre quanto possível, a aplicação de sanções que não prejudiquem a continuidade da atividade empresarial exatamente em razão da função social da empresa.

O exemplo dado por Estados Unidos e Europa na manutenção da atividade empresarial deveria ser um norte para as instituições brasileiras. Os governos desses lugares, juntamente com seu Poder Judiciário, entendem a importância estratégica de se manter uma empresa funcionando, sem abrir mão de puni-la quando se envolver em atos de corrupção. Fato é que a corrupção precisa ser punida, e isso significa que o responsável por ela dentro da empresa deve ser identificado e removido da organização, de forma que a companhia, mesmo que tenha que pagar multas, ou seja temporariamente banida de celebrar contratos com o poder público, siga seu funcionamento.

Fica evidente ao se comparar os cenários brasileiro com o estadunidense e o europeu que no Brasil não há a preocupação acerca dos impactos econômicos na aplicação das sanções por atos de corrupção. Em verdade, no Brasil verifica-se o oposto ao que acontece nos Estados Unidos e na Europa: empresas são duplamente penalizadas, pois o poder público no Brasil parece não se preocupar com a continuidade da atividade empresarial e, com isso, empregos são perdidos em toda a escala produtiva e a arrecadação tributária por elas gerada é fortemente impactada.

5.2. O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

O inciso II do artigo 3º da Constituição Federal determina que será garantido o desenvolvimento nacional, o qual depende do aperfeiçoamento das instituições democráticas, das propriedades e, o mais importante, do ser humano. Mas outros aspectos da nação precisam passar por constante aperfeiçoamento também, como a política, a economia, as leis etc. É por esse motivo que o desenvolvimento nacional recebe tratamento constitucional e é elevado à categoria de objetivo fundamental da República, conforme *caput* do artigo 3º da Constituição Federal, dada sua importância para toda a sociedade.

Como já dito anteriormente, quando os sócios decidem constituir uma empresa, eles o fazem com a intenção de que a companhia siga seu funcionamento por tempo indeterminado, crescendo, gerando lucro e postos de

trabalho. O direito societário, por esse motivo, trata da questão como central dentro de seu escopo de atuação, ainda mais na seara do direito recuperacional.

O artigo 47 da Lei nº 11.101/05, que trata da recuperação judicial e da falência, corrobora a importância da continuidade da empresa, ao trazer como objetivo do processo recuperacional a superação da situação de crise econômico-financeira de modo a garantir sua função social e os interesses dos demais que com ela se relacionam, estimulando a continuidade e a preservação da atividade econômica por ela exercida.

O dispositivo de lei acima mencionado é muito claro ao definir o objetivo principal do instituto da recuperação judicial, qual seja, a “superação da situação de crise econômico-financeira do devedor”. O motivo desse objetivo é manter a fonte produtora, os empregos dos funcionários e os interesses dos credores. É seguro afirmar que a recuperação judicial é um estímulo para que a empresa se organize internamente e volte a gerar meios para a continuidade de seus negócios. A lei reconhece, também de forma evidente, a função social da empresa, ou seja, a recuperação judicial visa a preservar a atividade empresarial como fonte de empregos e recursos para a economia.

Nas palavras de Fábio Ulhôa Coelho¹¹⁰:

“[...] no princípio da *preservação da empresa*, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste [...]”.

Após a tramitação no Congresso Nacional, desde outubro de 2019, de proposta de alteração da Lei de recuperação judicial e falência, por meio do Projeto de Lei nº 10.220/18, de autoria do Poder Executivo, que propunha atualizações a diversos dispositivos constantes da Lei nº 11.101/05, foi promulgada a Lei nº 14.112/20 que trouxe sensíveis alterações no procedimento

¹¹⁰ COELHO, Fábio Ulhôa. Manual de direito comercial: direito de empresa. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13.

de recuperação e falência, mas o princípio fundamental da lei de 2005 ainda permanece: a preservação da atividade empresarial.

A preservação desse ideal confirma a clara indicação do constituinte originário e dos legisladores no sentido de que a empresa, no Brasil, deve ser preservada a todo custo em razão dos impactos negativos que a interrupção de suas atividades acarretam, não só a ela mas a todos que dela dependem e com ela se relacionam.

Percebe-se, portanto, que mesmo com a atualização da antiga Lei de Recuperação Judicial e Falência, a preservação da atividade empresarial segue como princípio da lei de quebras.

Rubens Requião¹¹¹ vem reforçar essa importância ao conceituar empresa como:

“organização dos fatores da produção exercida, posta a funcionar, pelo empresário. Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece, *ipso facto*, a empresa. Daí por que o conceito de empresa se firma na ideia de que é ela o exercício de atividade produtiva. E do exercício de uma atividade não se tem senão uma ideia abstrata”

O entendimento do autor é bem simples e direto: ao desaparecer o exercício da atividade organizada do empresário, por consequência lógica, desaparecerá a empresa. Desaparecendo a empresa, não há produção nem prestação de serviço nem arrecadação de impostos. Em outras palavras, a função social da empresa está perdida e toda a sociedade acaba prejudicada.

Em harmonia estão as contribuições de Daniel Bushatsky¹¹²:

“[...] é interessante notar que a desconsideração da autonomia patrimonial da pessoa jurídica de uma sociedade (desconsideração da personalidade jurídica), medida extrema, que quebra a autonomia patrimonial, mas visa a manter a

¹¹¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. Volume 1, p. 86.

¹¹² BUSHATSKY, Daniel. Princípio da preservação da empresa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Acesso em 07/05/2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/220/edicao-1/principio-da-preservacao-da-empresa>.

atividade econômica desenvolvida, também é vertente desse princípio. Isso porque buscam, no patrimônio do sócio, valores para a satisfação dos credores e, quiçá, mantém-se a empresa.”

O excerto acima descreve que, mesmo diante de caso em que seja necessário se desconsiderar a personalidade jurídica, pode existir a possibilidade de se manter a atividade empresarial. O artigo 50 do Código Civil estatui que a desconsideração da personalidade jurídica pode ocorrer quando for verificado desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Mesmo diante desses casos, é possível que haja a preservação da atividade empresarial.

Fábio Ulhôa Coelho¹¹³ conceitua e aponta os objetivos do princípio da preservação da empresa dessa forma:

“O princípio da preservação da empresa, o que se tem em mira, é a proteção da atividade econômica como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos. Na locação identificadora do princípio, “empresa” é o conceito de sentido técnico bem específico e preciso. Não se confunde nem com o seu titular (“empresário”) nem com o lugar em que é explorada (“estabelecimento empresarial”). O que se busca preservar, na aplicação do princípio da preservação da empresa é, portanto, a atividade, o empreendimento. [...] O princípio da preservação da empresa é legal, geral e implícito.”

Assim, o que buscamos aqui é comprovar que há possibilidade de se respeitar o princípio da preservação da atividade empresarial independentemente de existência de investigação de corrupção contra a empresa. E essa preservação é salutar para todo um conjunto de pessoas, físicas e jurídicas, bem como para as instituições que são pilares de nossa democracia. A função social da empresa é princípio de direito administrativo sancionador.

¹¹³ COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de direito empresarial: direito de empresa. V. 1. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

5.3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O CÓDIGO CIVIL E A LEI 11.101/05 COMO PARÂMETROS DE PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL PARA A LEI ANTICORRUPÇÃO

Alguns críticos da Lei nº 11.101/05 argumentam que ela serve apenas para decretar a falência de uma empresa, servindo a recuperação judicial apenas como um estágio anterior para a inevitável cessação da atividade empresarial. Todavia, tal afirmação carece de sustentação jurídica.

A recuperação judicial – e a própria lei nº 11.101/05 – tem como objetivo principal, no tocante às empresas, proporcionar-lhes condições de superarem o momento de instabilidade que estão enfrentando. O que dá amparo a esse entendimento é o princípio da preservação da atividade empresarial, visto que, quando há a necessidade de se decretar a falência, sabe-se que toda uma coletividade vai perder com isso, não apenas os sócios da empresa. Então, a recuperação judicial é embasada pelo objetivo de garantir sua continuidade e é o meio mais eficaz de se evitar a falência.

O artigo 170 da Constituição Federal estatui que:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

III – função social da propriedade

IV – livre concorrência

(...)

VIII – busca do pleno emprego

IX – tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte

O caput do artigo 170 deixa claro que a ordem econômica brasileira se funda na valorização do trabalho humano. O trabalho a que se refere o dispositivo constitucional é o próprio fator social da produção. Sabe-se que por meio do trabalho, as pessoas buscam crescimento e satisfação pessoal, indo, portanto, para além do sustento próprio e de sua família. A Constituição Federal valoriza a humanidade do trabalho sobre todos os outros valores da economia de mercado.

Ambos os princípios, da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, visam a dar existência digna a todos os cidadãos, conforme os preceitos da justiça social, lembrando que a livre iniciativa caracteriza uma economia capitalista, cujo princípio básico é a iniciativa privada. Assim sendo, se o trabalho e a livre iniciativa garantem dignidade às pessoas, quando uma empresa vai à falência ou enfrenta um grave problema de corrupção, deixando de existir, é justamente essa dignidade que acaba sendo tirada de seus empregados que se veem atingidos pelo fato.

No tocante ao inciso III (função social da propriedade) do mencionado dispositivo, tem-se que a Constituição protege a propriedade privada dos bens de produção, desde que essa propriedade esteja obedecendo a função social de garantir vida digna aos cidadãos, que atenda aos interesses de uma coletividade. O empresário tem o direito a ter protegida sua propriedade privada, mas, ao mesmo tempo, é um direito que carrega junto o dever de ser exercido em benefício de terceiros, não apenas a si próprio.

É possível afirmar, portanto, que diante de vários exemplos contidos tanto na Constituição quanto na legislação ordinária que a concreção do princípio da função social da propriedade não pode ser vista apenas como imposição ao empresário, mas, também, uma imposição à Administração Pública e ao Poder Judiciário, tendo em vista a quantidade de interesses que estão sob a tutela do princípio da função social da propriedade.

A função social da empresa, princípio de índole constitucional, orbita em todo o sistema jurídico e, por certo, deve ser considerado no âmbito do direito administrativo sancionador e, em especial, no momento de aplicação de sanções

negativas. Não se trata de princípio afeto apenas ao direito comercial e ao seu subramo do direito falimentar. É, em verdade, princípio geral no ordenamento jurídico brasileiro que se espraia em todas as suas vertentes.

O princípio da livre concorrência (inciso IV), entendido como uma decorrência lógica do princípio da livre iniciativa, é a autorização (e também incentivo) dada aos empresários para que haja competição entre seus produtos e serviços, que, em última análise, contribui para o desenvolvimento econômico e a justiça social. Também existe por ter o Brasil adotado a economia capitalista.

A busca do pleno emprego (inciso VIII) está na base do mercado de trabalho, sendo que toda pessoa disposta a trabalhar, terá direito a fazê-lo de forma remunerada, observando suas aptidões e qualificações. O pleno emprego também é fator indispensável para se garantir o desenvolvimento nacional, alcançar uma sociedade democrática e diminuir os efeitos da pobreza.

O artigo 6º da Constituição Federal também dá tratamento de direito humano fundamental ao trabalho. Assim:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Todos esses princípios constitucionais são vetores de atuação da Administração Pública que tem nas empresas um dos meios de efetivação dos direitos fundamentais.

Os direitos sociais, nos quais o direito ao trabalho se inclui, são conhecidos por fazerem parte dos direitos humanos de segunda geração. A Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 foram as primeiras a incluir os direitos sociais em seus textos. A necessidade de se dar tratamento de direito humano fundamental aos direitos sociais remonta à época da Revolução Industrial na Europa do século XIX, período em que, como se sabe, as condições de trabalho eram degradantes e, por conta disso, diversas manifestações dos trabalhadores começaram a surgir exigindo direitos

trabalhistas. Foi nesse cenário, então, que surgiram os direitos sociais e seu entendimento como direito humano fundamental.

Os direitos sociais vieram para melhorar a qualidade de vida das pessoas, para dar-lhes maior perspectiva de cidadania, buscando amenizar desigualdades entre o proprietário e os funcionários, estes últimos os principais beneficiados pela institucionalização dos direitos sociais. O artigo 193 da Constituição Federal vem corroborar tal entendimento ao estatuir que “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

A proteção constitucional dada às empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte (inciso IX) tem por objetivo proteger as atividades daquelas empresas que não têm condições de competir com as gigantes do mesmo setor que elas. Esse princípio, portanto, não visa apenas a garantir a competitividade inerente à economia capitalista, como também, protege o direito de as pequenas empresas nacionais seguirem com suas operações e, por consequência, todos os trabalhadores que dela dependem para ter uma vida digna. Um exemplo prático dessa proteção constitucional concedida às empresas nacionais de pequeno porte se faz perceber pela aprovação da Lei Complementar nº 123/06, a qual concedeu algumas prerrogativas a tais empresas, como tratamento diferenciado para participação em licitações públicas e perante a Administração Tributária, dentre outros.

Ana Frazão de Azevedo Lopes¹¹⁴ resume bem toda a ideia que buscamos expor:

“[...] a função social da empresa é um conceito que foi consolidado não apenas para impedir o exercício antissocial da atividade empresarial, mas para direcioná-la ao atendimento das finalidades sociais, inclusive mediante imposição de deveres à empresa”.

Assim, parece-nos cabível afirmar que o princípio da função social da empresa não pode ser visto apenas como a imposição de deveres a ela, mas,

¹¹⁴ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. Empresa e propriedade – função social e abuso do poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 280.

também, à própria Administração e ao Poder Judiciário, que têm o dever de preservá-la. Razão pela qual a eventual sanção negativa a ser aplicada ao final de devido processo sancionador não pode olvidar que o princípio conforma também a atividade sancionadora, isto é, a aplicação da sanção administrativa não pode se dar em dissonância com o princípio da função social da empresa pois os efeitos das sanções administrativas devem ser sopesados levando em conta, não só o particular que será apenado, mas também toda a sociedade produtiva na qual ele se insere:

“Destarte, passam a ser previamente valorados os efeitos, jurídicos e materiais, diretos e indiretos, imediatos e mediatos, possivelmente decorrentes da antevista resposta sancionadora, num cenário de responsabilização administrativa sensível aos direitos e interesses, das pessoas humanas e das pessoas jurídicas, isoladamente consideradas ou em face de toda a coletividade.”¹¹⁵

Por isso a analogia feita com a Lei nº 11.101/05. Como abordado anteriormente, esta tem como pilares a preservação da empresa, a proteção aos trabalhadores e o resguardo dos interesses dos credores. É o que está disposto no artigo 47 da referida Lei, pelo qual o Poder Judiciário deve dar suporte à empresa em situação de recuperação judicial para que possa voltar à normalidade, outorgando ao instituto da falência papel residual e de última alternativa.

O tríplice pilar acima apontado também é a ordem de importância que a Lei nº 11.101/05 estabelece para proteger os direitos. Por outras palavras, em primeiro lugar, busca-se manter a atividade empresarial; em segundo, protegem-se os trabalhadores; por fim, em terceiro, busca-se satisfazer os interesses dos credores da empresa em recuperação judicial.

A empresa está inserida num contexto social bem maior que ela, e recebe influências desse ambiente o tempo todo, comparando-se a um

¹¹⁵ FERREIRA, Daniel. In: Sanções Administrativas: Entre Direitos fundamentais e democratização da ação estatal. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, julho/dezembro de 2012.

organismo que interage com todos a sua volta. É precisamente essa característica socioeconômica que as empresas têm que justificam a continuidade de sua atuação na sociedade, pois elas são um bem social. Assim, o princípio da preservação da empresa é reflexo do princípio de sua função social: as atividades de produção da empresa devem ser protegidas, sob pena de expressivos prejuízos para toda uma gama de pessoas e de outras empresas caso a atividade de uma companhia precise ser paralisada ou encerrada, sem falar ao prejuízo social diante da cessação da arrecadação dos tributos por ela pagos.

O artigo 47 da Lei de Recuperação Judicial e Falência é emblemático como referência na manutenção da atividade empresarial porque ele busca não apenas a renegociação dos débitos da empresa naquela situação indesejada, ele vai além, pois objetiva afastar e consertar as causas que levaram a pessoa jurídica para a situação de crise. Assim, a Lei nº 11.101/05 é muito mais sobre ajudar a empresa, enquanto unidade produtiva, geradora de lucros para os sócios, empregos para a comunidade e tributos para o governo, do que ajudar o empresário em si. A Lei busca corrigir a rota econômico-financeira da empresa para que danos maiores sejam evitados a toda a coletividade. É por esse motivo que a liquidação da empresa, ou seja, a falência, é deixada como último recurso, quando todas as medidas tomadas na recuperação foram insuficientes para tirar a empresa da crise que a afetou. Mas mesmo que seja necessário decretar a falência não significa que tudo estará perdido. Uma solução possível é um dos sócios se mostrar interessado em comprar a empresa, total ou parcialmente, para que ela possa voltar a ser viável economicamente.

Desse modo, em consonância com tais lições, a aplicação da sanção administrativa não pode se dar em dissonância com o princípio da função social da empresa. Nesse sentido a lição de Daniel Ferreira:

“Por exemplo, naqueles casos em que a dignidade de uma pessoa humana for ofendida pela aplicação da sanção administrativa que lhe tenha sido, na previsão normativa e por ocasião da imposição, pessoalmente indiferente. Similarmente, é dever do magistrado, quando provocado, v.g. rever a multa administrativa imposta sem especial consideração da função

social efetivamente exercitada pela empresa sancionada. Não foi por acaso que, em 2005, o Brasil passou a contar com a nova lei de recuperação judicial, extrajudicial e de falências (Lei nº 11.101/2005), que assim fez constar em seu art. 47: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. Logo, não parece que o Direito lhe seja indiferente (à “função social da empresa”), ainda quando as incontáveis leis que tratam das infrações e das sanções administrativas desprezem a sua existência e valoração.”¹¹⁶

Outra novidade que a Lei nº 11.101/05 trouxe no tocante à preservação da atividade empresarial foi a exigência de se existir débito igual ou superior a quarenta salários-mínimos para se aceitar pedido de recuperação judicial, diferentemente da lei anterior, que entendia ser possível a existência de débito de qualquer valor para se proceder ao pedido de recuperação judicial (artigo 94, inciso I, da Lei de Falências).

O artigo 141, inciso II da mesma Lei, com redação dada pela Lei 14.112/20, também pugna pelo princípio da continuação da atividade empresarial ao dizer que:

“Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata o artigo 142:

[...]

II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

[...]

O dispositivo acima transcrito se traduziu em um considerável avanço para a manutenção da atividade empresarial ao estabelecer que fica eliminado

¹¹⁶ FERREIRA, Daniel. In: Sanções Administrativas: Entre Direitos fundamentais e democratização da ação estatal. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, julho/dezembro de 2012.

qualquer risco de sucessão tributária, trabalhista e previdenciária para a pessoa – física ou jurídica – que vier a adquirir o estabelecimento comercial ou fundo de comércio falido. Por outras palavras, há a possibilidade de que, mesmo uma empresa em recuperação judicial possa ter alienado somente seus ativos bons, deixando a parte ruim com a massa falida.

Esse entendimento é reiteradamente confirmado por julgados do Superior Tribunal de Justiça que deixam inequívoca sua posição de preservação da atividade empresarial na análise de questões decorrentes de ações de recuperação judicial e tentativas de alijamento dos bens necessários a continuidade da atividade empresarial mesmo que em crise¹¹⁷. Manter as operações da empresa é uma medida de cidadania.

¹¹⁷ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.619.866 - RS (2019/0340120-0) RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE DO STJ AGRAVANTE : BPNS SERVICOS DE ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL ADVOGADOS : JOÃO ADALBERTO MEDEIROS FERNANDES JUNIOR - RS040315 LAURENCE BICA MEDEIROS - RS056691 AGRAVADO : BANCO CATERPILLAR S.A ADVOGADOS : ROBERTO CARLOS CARVALHO WALDEMAR - SP124436 RODRIGO MORENO DE OLIVEIRA - SP199104 AGRAVADO : PARANÁ EQUIPAMENTOS S/A ADVOGADOS : LUIZ RODRIGUES WAMBIER - RS066123A LEONARDO TEIXEIRA FREIRE - PR072094 DECISÃO Trata-se de agravo apresentado por BPNS SERVICOS DE ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA, contra a decisão que não admitiu seu recurso especial. O apelo nobre, fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea a e alínea c da CF/88, visa reformar acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, assim resumido: AGRAVO DE INSTRUMENTO ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO RECUPERAÇÃO JUDICIAL AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. Alega a recorrente violação do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05, defendendo a liberação do maquinário essencial ao desenvolvimento de suas atividades, em nome do princípio da preservação da empresa, trazendo os seguintes argumentos: Dessa forma, Excelências, a matéria controvertida no feito e que deve ser objeto de deliberação por esta Corte Suprema se refere à ofensa ao princípio da preservação da empresa, previsto no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, ante a manutenção da liminar de apreensão de bens essenciais ao desenvolvimento das atividades empresariais da recorrente, sem a submissão da matéria para o Juízo universal para análise na visão global da recuperação judicial. Nos termos do artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, o objetivo primordial da recuperação judicial é o de viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (fls. 263/264) É o relatório. Decido. Quanto à controvérsia dos autos, na espécie, incide, por analogia, o óbice da Súmula n. 735/STF, pois, conforme a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, é inviável, em regra, a interposição de recurso especial que tenha por objeto o reexame do deferimento ou indeferimento de medida acautelatória ou antecipatória, tendo em vista sua natureza precária e provisória, cuja reversão é possível a qualquer momento pela instância a quo. Nesse sentido: "A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que 'não é cabível recurso especial para reexaminar decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, em razão da natureza precária da decisão, sujeita a modificação a qualquer tempo, devendo ser confirmada ou revogada pela sentença de mérito'" (AgInt no AREsp n. 1.351.487/RS, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 17/12/2018). Confira-se ainda o seguinte precedente: AgInt no AREsp n. 1.321.705/MS, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 12/2/2019. Ante o exposto, com base no art. 21-E,

5.4. O PODER DE POLÍCIA ESTATAL

A princípio, numa análise mais superficial, é possível dizer que o Direito Empresarial pouco tem em comum com o Direito Administrativo. Todavia, como o objetivo desta tese é o de trazer a tona a discussão acerca dos limites punitivos a empresas em casos de corrupção e, com isso, provar que é possível punir os responsáveis pelo ato danoso e permitir que a empresa continue com sua atividade produtiva, estabeleceremos uma conexão entre esses dois ramos do Direito, quais sejam, o Empresarial e o Administrativo, ambos com fundamentos constitucionais a partir da releitura do texto constitucional que aqui se pretende. É a partir dessa conexão que conseguiremos explicar melhor nosso ponto de vista e nosso objetivo, qual seja, demonstrar que punir atos corruptivos deve, sim, ser prioridade dos órgãos de controle e do Poder Judiciário para fortalecer nossa democracia, sem deixar de considerar, entretanto, que a manutenção da atividade empresarial produtiva também é importante para fortalecer nossas instituições e, com isso, garantir a toda a coletividade boas condições de emprego e desenvolvimento pessoal que o trabalho proporciona, alcançado assim o necessário bem comum enquanto objetivo maior do Estado brasileiro.

Para iniciar a abordagem aqui pretendida, faz-se necessário tecer algumas explicações acerca do poder de polícia do Estado, explicando quando, como e por que ele pode – e, às vezes, deve – intervir no ambiente privado das organizações.

Analisando-se o Direito Administrativo de forma panorâmica, pode-se dizer que todo ele é constituído sobre uma premissa que, num primeiro momento, pode parecer antagonista. A liberdade individual frente a atuação da Administração Pública com sua autoridade. O antagonismo, todavia, é apenas aparente. É justamente essa autoridade do Poder Público que garante a liberdade individual das pessoas. Não existisse essa autoridade, certamente a

V, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.” BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AResp Nº 1.619.866 – RS (2019/0340120-0). Relator: Ministro João Otávio de Noronha. DJ 17/12/2019.

liberdade individual estaria seriamente comprometida, se é que existiria algum resquício dela.

Isso posto, surge o poder de polícia do Estado (ou a polícia administrativa) que, para Celso Antonio Bandeira de Mello¹¹⁸, é entendido como:

“a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação, ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo”.

Assim, o bem a ser protegido pelo poder de polícia da Administração Pública nada mais é que a própria coletividade, bem como o Estado e, em última análise, cada cidadão individualmente considerado. O poder de polícia, por assim dizer, também pode ser visto como um freio à atuação individual das pessoas no tocante aos abusos que podem ser cometidos, seja por serem contrários ou nocivos à situação do bem-estar social. O poder de polícia, portanto, previne atos ou atitudes contrários à ideia do interesse público, limita o exercício dos direitos individuais para se preservar o interesse público.

O caput do artigo 78 do Código Tributário Nacional também vem dar sua contribuição conceituando o poder de polícia como:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

¹¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21ª ed. São Paulo, Malheiros, 2006. P. 221.

Não causa estranheza o Código Tributário Nacional trazer tal definição porque o fato gerador da cobrança de um tributo decorre justamente do poder de polícia da Administração Pública.

Assim, não há que se falar em oposição entre direito individual e poder de polícia do Estado. Na forma de organização do próprio Estado, e que também garante a existência de nossa democracia, tudo o que é juridicamente limitado também é juridicamente garantido. E está exatamente nessa ideia a fundamentação do poder de polícia, complementada pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Nenhuma liberdade individual poderá ser exercida de forma ilimitada.

É o que Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹⁹ afirma em sua definição de poder de polícia: “[...] *a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.*”

Assim, pelo conceito apresentado pela administrativista, pode-se afirmar que ela adota uma postura mais ampla no que diz respeito ao poder de polícia. Assim, ela considera que o poder de polícia da Administração Pública é repartido entre os Poderes Executivo e o Legislativo, pelo qual o Legislativo cria as leis e o que conhecemos por limitações administrativas.

Em contraposição, abordando um sentido mais restrito do conceito de poder de polícia, parte da doutrina entende que poder de polícia da Administração Pública é o poder que se baseia na lei, consistindo no estabelecimento de restrições à propriedade dos particulares, bem como à sua liberdade. O poder de polícia também regula a prática de ato ou a abstenção de fato (não fazer), e isso é alcançado por meio de atos normativos, sempre buscando preservar o interesse público.

¹¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo, Saraiva, 2015. P. 158.

Fica evidente, ao cabo, que apesar de existirem diversos conceitos de poder de polícia, o cerne dele permanece em todos, qual seja, a atuação estatal para restringir as atividades particulares para preservar o interesse público.

É comum ouvir a afirmação de o poder de polícia ser caracterizado como um poder negativo, uma vez que seu objetivo maior é evitar dano à coletividade causado por ação de particulares. Mas essa ideia revela um raciocínio muito simplista, possivelmente calcado em certo preconceito direcionado à organização estatal. A questão de ser um poder negativo, entretanto, decorre do fato de o poder de polícia sempre buscar uma abstenção por parte do particular, ou seja, pretende uma não atuação do indivíduo. A Administração Pública sempre busca um “fazer” e um “não fazer” por parte do particular.

Para Hely Lopes Meirelles, as condições de validade do ato de polícia são as mesmas do ato administrativo comum, quais sejam, a competência, a finalidade, a forma, proporcionalidade da sanção e a legalidade dos meios pelos quais o Poder Público as emprega.

A doutrina, de modo geral, aponta como sendo três os traços característicos do poder de polícia: discricionariedade; autoexecutoriedade e a coercibilidade.

A discricionariedade pode ser definida como a livre escolha (ou faculdade) da Administração Pública em sua atuação. Cabe unicamente ao Poder Público decidir o melhor momento para agir de acordo com critérios de oportunidade, bem como com a ação mais adequada à situação concreta. Por isso, todo ato do poder de polícia é vinculado, porque qualquer que seja a ação da Administração, ela será tomada com base em lei. E é essa lei que também estabelece sanções para o caso de o particular não a cumprir, buscando, assim, proteger o interesse da sociedade¹²⁰.

¹²⁰ “Sempre atual o alerta de Celso Antonio Bandeira de Mello quando afirma que “em rigor, no Estado Democrático de Direito, inexistente um poder, propriamente dito, que seja discricionário fruível da Administração Pública. Há, isto sim, atos em que a Administração Pública pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais a atuação administrativa é totalmente vinculada. Poder discricionário abrangendo toda uma classe ou ramo de atuação

Para evitar possível confusão, Hely Lopes Meirelles¹²¹ diferencia 'discricionariiedade' de 'arbitrariiedade'. Assim, em seus ensinamentos:

“Discricionariiedade não se confunde com arbitrariiedade. Discricionariiedade é liberdade de agir dentro dos limites legais; arbitrariiedade é ação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder. O ato discricionário, quando se atém aos critérios legais, é legítimo e válido; o ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido; nulo, portanto”.

A autoexecutoriiedade caracteriza-se por ser a faculdade de que tem a Administração Pública de executar as decisões através de seus próprios meios sem que haja necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Esse poder confere ao Poder Público a prerrogativa de impor de forma direta as medidas necessárias para coibir atividades particulares que causem danos ao interesse público. A autoexecutoriiedade, portanto, dá ao Poder Público o direito de agir repressivamente sem precisar recorrer ao Judiciário.

Conforme já dito anteriormente, a doutrina publicista entende que a coercibilidade também é um atributo do poder de polícia, pela qual o Poder Público impõe a todos as medidas decididas pela Administração. É até admitido o uso da força pública para o efetivo cumprimento da medida, caso o particular não entenda seu caráter obrigatório. Por isso, autoexecutoriiedade e coercibilidade estão sempre juntas, pois, para que os atos de autoexecutoriiedade sejam cumpridos, há que se ter força coercitiva. Só cabe à Administração Pública, portanto, determinar e executar as medidas de força para que seja levado a cabo um ato por ela demandado.

A atividade sancionatória da Administração Pública, conferida sempre pela lei e por meio dela, decorre da coercibilidade enquanto atributo de seu Poder de Polícia.

administrativa é coisa que não existe” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21ª ed. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 723)

¹²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit. P. 153.

Celso Antonio Bandeira de Mello já afirmava que aquele que exerce função administrativa está adstrito a satisfação do interesse público¹²². Por se tratar de medida extrema, praticada pela Administração com controle apenas posterior do Poder Judiciário e somente se provocado, o exercício do poder de polícia encontra uma série de limitações principiológicas que devem ser observadas pela Administração.

Logo, o exercício do Poder de Polícia administrativo e, em especial, a atividade sancionadora deve ser sempre feito em atendimento ao bem comum e ao interesse público, do que decorre a necessidade de ser observar os já clássicos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade bem como os interesses sociais e econômicos envolvidos na aplicação da sanção, de onde se extrai a inegável necessidade de se observar a função social da empresa apenada.

5.5. A TAREFA DO DIREITO ADMINISTRATIVO E EM ESPECIAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O Direito Administrativo, diferentemente da maioria dos ramos do direito no Brasil, não detém uma codificação ou consolidação de leis. Fato esse que eleva a importância da sua principiologia e de um estudo sistemático da matéria, em especial quando se fala de direito administrativo sancionador¹²³.

¹²² “Quem exerce função administrativa está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e sem seu proveito terá de ser exercido” (MELLO, Celso Antonio Bandeira. Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 62).

¹²³ “Registre-se que, além desta relevância científica derivada do tipo singular de potestade exercida pela Administração Pública, também o contexto brasileiro igualmente justifica o estudo do Direito Administrativo Sancionador, sob um enfoque sistêmico. Nos últimos anos, o desenvolvimento da regulação (e, nela incluídas as competências sancionadoras) e o fortalecimento do movimento anticorrupção, acompanhado da consolidação de competências de controle externo, de índole sancionadora de Tribunais de Contas, e a maturidade do domínio da improbidade administrativa a cargo do Poder Judiciário (na esfera cível comum), foram fatores que despertaram o olhar da atividade acadêmica e científica para esta parcela do Direito Administrativo. Quadro este que se completa com o intenso debate em curso no campo do Direito Penal, que vislumbra no Direito Administrativo Sancionador uma possível solução para manter a punição criminal como *ultima ratio* no contexto da atividade punitiva estatal” (OLIVEIRA, José

Considerando a constitucionalização do direito administrativo pode-se dizer, mesmo que de forma óbvia, mas tão necessária nos tempos atuais, que esse ramo do direito, bem como todos os demais, devem obedecer as normas e princípios estabelecidos na Constituição Federal.

A Constituição Federal brasileira trouxe uma série de princípios a serem observados por todos os agentes públicos de todas as esferas de poder. Dentre eles, o que merece atenção neste momento é o princípio da supremacia do interesse público. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²⁴, a supremacia do interesse público:

“está presente tanto no momento da elaboração da lei com no momento de sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação”.

A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, traz, em seu artigo 2º, *caput*, a afirmação de que o interesse público deverá sempre ser obedecido pela Administração. Isso porque não pode o Poder Público dispor de bens e interesses da coletividade. Esses bens e interesses, complementando a ideia, pertencem ao Estado, não à Administração. O Poder Público não pode abrir mão de cuidar desses bens. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, em apertada síntese, o interesse público deve sempre prevalecer sobre o privado para a sobrevivência de toda e qualquer sociedade¹²⁵.

E continua o autor conceituando interesse público como aquele “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”, sendo que exatamente por isso é que tal interesse é

Roberto Pimenta. Apresentação. In. Direito Administrativo Sancionador – estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC-SP Celso Antonio Bandeira de Mello. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. Malheiros: São Paulo, 2019.

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo. 2012. p. 66.

¹²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros: São Paulo, 2019.

“autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes que o compõe”.¹²⁶

A supremacia do interesse público sobre o particular rende situações curiosas na prática. As normas que regem o Direito Administrativo atribuem ao Poder Público prerrogativas que são inexistentes nas relações entre particulares. Por outro lado, entretanto, essas mesmas normas relegam ao Poder Público restrições que nenhum particular sofre. Exemplo mais corriqueiro dessa situação é a celebração de contratos. Em tese, um particular pode celebrar contrato com quem ele bem entender e da forma como quiser; a Administração Pública todavia, deve seguir todo um regramento específico para tanto. Por isso, é correto afirmar que é o próprio interesse público que dá prerrogativas para a Administração e, por outro lado, cabe também ao interesse público limitar a atuação – e as próprias prerrogativas também – dessa mesma Administração. Assim, as prerrogativas da Administração Pública abarcam poderes (como os de decisão e os de execução) e proteções (dos bens públicos e dos agentes), devendo sempre observar para o princípio da legalidade.

Entendimento similar tem Luis de la Morena y de la Morena, conforme aponta Daniel Wunder Hachem¹²⁷ ao afirmar que:

“[...] o Direito Administrativo submete-se a uma dupla tensão. De uma parte, a Administração, como gestora do interesse público, recebe desse regime jurídico um conjunto de prerrogativas, por ele denominadas de poder administrativo; de outra, os cidadãos, paralelamente a esses privilégios, obtêm do Direito Administrativo uma série de garantias em face de eventuais abusos que venham a ser cometidos pelo Poder Público no exercício daquele poder. Nesse passo, aduz que o Direito Administrativo se manifesta, a um só tempo, como um Direito da desigualdade, em relação aos poderes que outorga à Administração, e como um Direito para a igualdade, no tocante aos fins que persegue: a “supressão de diferenças sociais injustificadas (...) cuja eliminação se converte por si mesma em causa de interesse público”.

¹²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros: São Paulo, 2019.

¹²⁷ HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. 2011. Dissertação de Mestrado em Direito em Direito. Universidade Federal do Paraná-UFPR. Acesso em 04.06.2021. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>.

O Direito Administrativo, portanto, é conduzido e marcado por esse binômio, para o qual, a todo tempo, tenta-se buscar o equilíbrio. E esse, na verdade, é o dever da Administração Pública. Celso Antônio Bandeira de Mello explica que o equilíbrio entre prerrogativas e restrições deve ser norteado, claro, pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado e pelo princípio da indisponibilidade (os princípios constantes do art. 37 da Constituição Federal decorrem do princípio da indisponibilidade), pelo Poder Público, desses mesmos interesses públicos¹²⁸. É um sistema muito bem amarrado, que busca dar garantias aos cidadãos, à preservação dos interesses públicos e, em última análise, ao próprio sistema. A Administração Pública, portanto, deve zelar pelo bem comum, princípio esse previsto no art. 3º, IV, do diploma constitucional.

A supremacia do interesse público também aparece em outro ponto crucial da Constituição da República. O §1º do artigo 66 da Carta Magna dispõe que o Presidente da República poderá vetar um projeto de lei se considerá-lo inconstitucional ou contrário aos interesses públicos, mesmo que o parlamento o tenha aprovado. E mais: o projeto considerado contrário ao interesse público não precisa, necessariamente, ferir norma constitucional. Basta que afronte o princípio da supremacia do interesse público.

Daniel Wunder Hachem, em sua dissertação de mestrado a respeito do tema da supremacia do interesse público, entende que a interpretação sistemática da nossa Constituição também traz à tona outros valores que denotam a importância do interesse público sobre os interesses privados. Os valores de justiça e harmonia sociais, bem como de solidariedade, bem-estar e dignidade humana são, por si só, valores que afastam o individualismo da pauta constitucional¹²⁹.

¹²⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros: 2019.

¹²⁹ “É essa racionalidade – de interação dos indivíduos enquanto membros da coletividade – que levou o constituinte a versar sobre a política de desenvolvimento urbano, erigindo como tarefa do Poder Público municipal “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (art. 182, caput da CF). A função social da cidade pressupõe um espaço urbano equilibrado, em que estejam harmonizados os diversos interesses conflitantes em matéria de utilização da propriedade, ocupação do solo, políticas de tráfego,

Continua o autor afirmando que o direito à propriedade, conforme estatuído na Constituição, também está condicionado à observância da função social por parte do proprietário, também confirmando a importância da coletividade. Feitas essas breves considerações, passemos agora a tecer alguns comentários acerca do Direito Administrativo Sancionador.

A Administração Pública e, por conseguinte, sua ação, é toda regida por princípios¹³⁰. E, sempre importante lembrar, princípios são postulados fundamentais que norteiam a atividade estatal em sua rotina administrativa. Assim, por se tratar primordialmente de proteção a interesses individuais e coletivos, não há qualquer instituto do Direito Administrativo que não seja guiado por princípios.

Essa percepção vem se acentuando por conta de um fenômeno recente que vem transformando o Direito, a saber, sua constitucionalização. Por sua característica hierárquica obviamente superior e por ser majoritariamente valorativa (axiológica), a Constituição Federal obriga que todo o ordenamento jurídico se adapte a ela. Todo o sistema jurídico nacional, portanto, passa a ser impregnado por normas constitucionais. Para além disso, toda interpretação de normas infraconstitucionais deve ser feita levando-se sempre em consideração

medidas de proteção ao meio ambiente, entre tantas outras. E essa ordenação só se faz possível através do reconhecimento de uma supremacia do interesse público, a qual fornece fundamento aos diversos instrumentos da política urbana previstos pelo Estatuto da Cidade para alcançar esse fim. É precisamente esse conjunto axiológico mais geral, decantado das normas constitucionais estruturantes e de caráter acentuadamente abstrato, que oferece suporte sistemático a uma série de mecanismos fornecidos pela Lei Fundamental para garantir a supremacia do interesse público. No próprio rol de direitos fundamentais individuais e coletivos uma vasta gama de exemplos pode ser facilmente recolhida". (HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. 2011. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal do Paraná - UFPR Acesso em 04.06.2020. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>.

¹³⁰ "Se bien es cierto que la doctrina com frecuencia utiliza la expresión principios generales del Derecho para referirse a uma pluralidade de expresiones, em mi opinión los principios generales son principios que hacen presente y operativa la idea de justicia. Son, como su próprio nombre indica, prévios a la norma, coetâneos a ella y elementos que facilitan la interpretacional de la norma com arreglo a los parâmetros de la justicia, del Estado de Derecho, que como decia Klein es em essência un Estado de justicia' (MUNÓZ, Jaime Rodríguez-Arana. Los principios de seguridad jurídica, buena fe y cofianza legitima. In. Tratado sobre o princípio da segurança jurídica. Coord. Rafael Valim, José Roberto Pimenta Oliveira e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 131).

o que diz o texto da Carta Magna sobre determinado assunto, sobre os valores que a Constituição apregoa.

Até mesmo o clássico princípio da legalidade deve ser reinterpretado e analisado a partir do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo. A atividade administrativa não pode ser vista como mera executora mecânica da lei, visto que ela deve ser pautada não apenas pelo seu cumprimento, mas também, primordialmente, pelo respeito aos princípios constitucionais e com vistas a alcançar resultados práticos coerentes. É por isso que, atualmente, discute-se o princípio da juridicidade, pelo qual é conferido ao Direito como um todo (todos os ramos) maior importância, daí derivando a obrigação de se respeitar, inclusive, a noção de legitimidade.

Para Eduardo García Enterría¹³¹, o que diferencia as infrações administrativas das infrações penais é apenas um critério formal, no tocante à autoridade que as impõe. Por outras palavras, como compete ao legislador escolher a natureza da sanção a ser imposta ao particular que infringe determinado bem jurídico, se penal ou administrativo, ou mesmo de outra seara do direito, visto que o *jus puniendi* estatal é único, essa sanção também deve ser aplicada em razão do interesse público envolvido e na relevância do bem jurídico que se pretende com ela tutelar.

Como já discutido anteriormente, pelo fato de não haver codificação para este ramo do Direito, os princípios são essenciais para a boa aplicação do Direito Administrativo.

Tradicionalmente, o Direito Penal é entendido como o ramo do Direito que resguarda os bens jurídicos mais valiosos para a sociedade. Para algumas hipóteses, para os bens jurídicos mais importantes, como se sabe, é aplicada a pena de restrição de liberdade. Contudo, conforme bem explica Márcio

¹³¹ ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Argentina: Thomson Civitas, 1977, p. 185.

Cammarosano, a sanção deve ser entendida como uma categoria jurídica e não apenas como parte de um ramo específico do direito¹³².

Assim, por meio de um critério político e de uma bússola moral que regem a sociedade em um determinado momento, o legislador, assim que percebe que outros ramos do Direito não poderão penalizar eficazmente certa conduta, decide que é o Direito Penal o responsável por coibir a situação tida por ilícita.

Mas é necessário dizer aqui que o ordenamento jurídico busca proteger uma gama bastante variada de bens e interesses, tanto particulares quanto coletivos. Assim, os Direitos Tributário, Civil, Penal, Administrativo, do Trabalho, dentre outros, tutelam bens e interesses conforme a escolha feita pelo legislador.

Nesse breve cenário apresentado, outros ramos do direito ganham notoriedade quanto à proteção dos bens jurídicos, especialmente o Direito Administrativo Sancionador. Essa modalidade derivada do Direito Administrativo tem sido cada vez mais objeto de estudo, mostrando-se importante instrumento do exercício do *ius puniendi* estatal. É importante ressaltar, todavia, que não se exclui a aplicação de diversos ramos do Direito ao mesmo fato. Como já dito anteriormente, ao Direito Penal cabe somente a análise dos casos mais graves.

Mas essa relação entre o Direito Administrativo Sancionador e os demais ramos do direito nem sempre se dá sem conflitos. A doutrina apresenta alguns fatores que acabam por provocar essa relação desarmoniosa. O engrandecimento do Direito Penal, que há tempos também regula, além dos bens

¹³² “Em rigor, o conceito sanção correspondente a uma das categorias fundamentais do Direito, consistente na consequência desfavorável a que se sujeita a quem descumpra o mandamento de uma norma jurídica. Geraldo Ataliba dizia que a norma jurídica, na sua estrutura lógica simplificada, contém, como seus elementos, hipótese, mandamento e sanção. A hipótese é a previsão de um fato ou situação de possível ocorrência, em face das quais se põe um mandamento, isto é, um dever ser traduzido em um dos modais deônticos aos quais se refere Lourival Vilanova, quais sejam, uma obrigação, ou uma proibição, ou uma faculdade. E a não observância do mandamento, do que deve ser, constitui o pressuposto que enseja a aplicação de uma sanção. A sanção repita-se, é prescrita como uma consequência desfavorável, como um mal, um gravame àquele que não atende ao mandamento da norma” (CAMMAROSANO, Márcio. Direito Administrativo Sancionador e os princípios da legalidade, devido processo legal e a Súmula Vinculante n. 5 do STF. In. Direito Administrativo Sancionador – Estudo em homenagem ao Professor Emérito da PUCSP Celso Antonio Bandeira de Mello. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros, 2019.).

jurídicos mais importantes, passou a pairar sobre questões da economia, em um campo que normalmente as questões eram resolvidas de forma administrativa.

Num primeiro momento, o Direito Administrativo Sancionador lidaria com uma categoria de fatos típicos diferente daqueles com os quais o Direito Penal trabalha, como ilícitos de menor gravidade que não exigiriam aplicação de pena restritiva de liberdade. Acontece que o próprio Direito Penal também lida com crimes de menor potencial ofensivo, cujas penas podem até ser as que conhecemos como “alternativas”, como prestação de serviços à comunidade ou prestações pecuniárias de pequena monta. Apesar disso, o Direito Penal é visto como a *ultima ratio*, ou seja, cabe a ele tutelar somente os bens jurídicos mais importantes. Esse cenário, todavia, em que dois sistemas distintos do Direito acabam por incidir sobre os mesmos fatos pode demonstrar um certo grau de ineficiência do ordenamento jurídico¹³³ caso não sejam eles aplicados de forma harmoniosa e sistemática.

Decorre, nesse sentido, a crítica à ineficácia do direito penal enquanto instrumento jurídico de solução das controvérsias sociais mais graves, o que justifica a complexificação do fenômeno sancionador pela inserção de variáveis relacionadas à legitimidade, à economia e fatores sociais diversos. É sintoma dessa necessidade as novas escolas de ciências sociais aplicadas, das quais destacam-se a escola norte-americana de Chicago, que ofereceu subsídios para reflexões do comportamento do agente privado em face das regras e sanções, e a escola da Virginia, que muniu o direito de reflexões acerca do *modus operandi* da burocracia e daqueles que definem as regras e aplicam as sanções

¹³³ “De um lado, o direito penal passou por uma espécie de “administrativização” no que tange às suas características originais. Viu-se que a sanção penal se abriu a tipos menos comprometidos com um juízo de desvalor ético-moral e mais voltados a conter riscos considerados socialmente relevantes (nos chamados tipos de perigo abstrato). Testemunhou-se a incorporação da função simbólica à pena, voltada a atender a clamores sociais e políticas criminais populistas, em detrimento de sua histórica vertente de *ultima ratio*. De outro lado, o direito administrativo sancionador foi de certa forma “criminalizado” ao se afirmar como um *locus* mais conveniente e adequado, em muitos casos, para acomodar condutas tidas como de menor relevância, até então tratadas pelo direito penal. Segundo parte dos doutrinadores, essa “despenalização” se fez necessária justamente para se resgatarem a essência e a credibilidade do direito penal, bem como para se desobstruir a Justiça Criminal”. (OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: RT, 2020, p. 40).

tendo por base a teoria da escolha pública. Sobre a chamada teoria da escolha pública, Alice Voronoff explica:

“De modo amplo, a *public choice theory* pode ser definida como o estudo da democracia (enquanto processos coletivos de tomada de decisões políticas) a partir de uma perspectiva econômica. Trata-se de um esforço interdisciplinar que combina ciência política e instrumentos da economia para analisar como se operam os processos de decisão coletiva em cenários democráticos. Isso envolve o estudo do governo e de seus atores: agentes políticos, grupos de interesse, burocratas e eleitores, assim como a forma pela qual eles interagem e as motivações que os levam a fazê-lo no âmbito das instituições”¹³⁴

É por esse motivo que se discute a criação de uma teoria do Direito Sancionador, na qual se estipula os pontos em comum e os de conflito entre os ramos administrativo e criminal do Direito. A busca do Direito Sancionador é a proteção dos direitos e garantias individuais de ambos os lados, acusados e vítimas, alcançando, assim, o equilibrado cumprimento da lei, sem que se observe a ocorrência do *bis in idem* na aplicação da pena aos acusados. E resultado dessa complexificação é uma outra perspectiva sobre a necessidade de sanção, justamente para se equilibrar suas funções racionais, em detrimento da sua função meramente retributiva, ocasião em que se oportuniza a sanção para aplicação de uma lógica de incentivos¹³⁵.

Há três pilares que sustentam essa teoria geral, a saber: *compliance*, cuja função primordial é a de verificar as condições reais de cumprimento das leis; unificação da pena, que delimita a pena adequada para cada ilícito

¹³⁴ VORONOFF, Alice. Direito Administrativo. Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 278, n. 1, p. 107-140, jan/abr/2019.

¹³⁵ “Em suma, as contribuições da Escola de Chicago evidenciam a importância de se enxergarem as sanções administrativas – com destaque para as regulatórias – como instrumentos por excelência de criação de incentivos, dirigidos a agentes racionais que realizam escolhas em função da satisfação de seus interesses. Escolhas essas que, estrategicamente, incluem a opção entre cumprir ou descumprir a legislação. Essa é uma abordagem que, como visto, pode conferir maior racionalidade e eficiência tanto à eleição por certos modelos sancionatórios como à definição dos tipos e penalidades e à sua aplicação”. (VORONOFF, Alice. Direito Administrativo. Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 278, n. 1, p. 107-140, jan/abr/2019)

cometido, de forma a dar mais objetividade ao atual conflito entre ramos do Direito ao aplicar uma pena, buscando, assim, minguar as possibilidades de aplicação de pena privativa de liberdade. A unificação da pena também tem por objetivo evitar o bis in idem na aplicação de sanção. E, por fim, a unificação do processo sancionador, consequência lógica do segundo pilar, cujo objetivo principal é racionalizar a aplicação da pena, levando sempre em consideração a proteção aos direitos humanos antes mesmo de se aplicar quaisquer penas.

É imperioso notar, todavia, que no campo do Direito Administrativo Sancionador, conforme já explicado acima, há muito debate acerca da existência ou não de um regime jurídico capaz de amalgamar todas as infrações. Sob o prisma ontológico, entretanto, não há diferença entre ilícitos administrativos e os penais¹³⁶.

Aníbal Bruno¹³⁷, ao diferenciar os ilícitos penais dos ilícitos civis, coloca questão da seguinte forma:

“Antes de tudo o problema fora mal formulado: o que se buscava era inexistente, não há diferença em substância entre ilícito penal e ilícito civil. O que os distingue é antes questão de grau que de essência. Todo ilícito é uma contradição à lei, uma rebelião contra a norma, expressa na ofensa ou ameaça a um bem ou interesse por esta tutelado. A importância social atribuída a esse bem ou interesse jurídico é, em grande parte, o que determina a natureza da sanção – civil ou penal. É uma questão de hierarquia de valores. Ao legislador é que cabe, tomando em consideração condições do momento, fixar que espécie de bens jurídicos devem ser elevados à tutela penal, e, portanto, a que determinados fatos se atribuirá o caráter de crime. Mas afinal a pena é um recurso extremo de que se vale o legislador quando de outro modo não lhe seria possível assegurar a manutenção da ordem jurídica. A sua oportunidade é marcada pela insuficiência da sanção civil”.

¹³⁶ “Destarte, inexistente qualquer diferença ontológica, entre as diversas modalidades de ilícito – penal, administrativo, civil etc. – existindo, em princípio, apenas um grau de tutela, decorrente de uma discricionariedade legislativa. Por assim dizer, quando o direito impõe ou proíbe determinada coisa não deixa qualquer margem que seja, havendo uma única solução que, se não adotada, sujeita o infrator à correspondente sanção” (PIRES, Antonio Cecílio Moreira. A desconsideração da personalidade jurídica nas contratações Públicas. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5).

¹³⁷ BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. T. I. P. 294.

Em outras palavras, para o autor acima citado, a diferença essencial entre um ilícito penal e um civil, oportunidade em que também é pertinente acrescentar os ilícitos administrativos, está na importância social que é atribuída a determinado bem juridicamente protegido.

Em entendimento semelhante e complementar a Aníbal Bruno, Nelson Hungria¹³⁸, em obra clássica, afirma que:

“A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia BENTHAM que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: tôdas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas. "sôbre um mesmo plano, sôbre um só mapamúndi". Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de llllll ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critério de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. Conforme acentua BELING 1, a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau: está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito administrativo é um minus em relação ao ilícito penal. Pretender justificar um descrime pela diversidade qualitativa ou essencial entre ambos, será persistir no que KUKULA 2 justamente chama de "estéril especulação", idêntica à demonstração da "quadratura do círculo". Baldadas têm sido tôdas as tentativas doutrinárias em tal sentido”.

Depreende-se pela leitura do parágrafo acima transcrito que, para Nelson Hungria, assim como para Aníbal Bruno, o Direito Penal deve tutelar comportamentos e atitudes que afrontem bens jurídicos de maior valia, como a vida e a liberdade, incluindo aí a liberdade sexual. E essa característica do Direito Penal, de acordo com o que o autor propõe, é apenas uma divisão de funções entre os ramos do Direito.

Além disso, algo que fica claro a partir da leitura dos trechos destacados de Hungria e Bruno é que há um posicionamento bem sedimentado na doutrina

¹³⁸ HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e ilícito penal. In. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, São Paulo, 1945. Acesso em 29.05.2020. Disponível em bibliotecadigital.fgv.br.

de que o *ius puniendi* estatal é único¹³⁹ e, por isso mesmo, deve-se sempre ter como bússola a luta pela aplicação dos princípios penais garantidores também ao Direito Administrativo Sancionador, uma vez que todos decorrem da Constituição Federal.

Acerca da unidade do *ius puniendi* a lição clássica subsiste e encontra ressonância no entendimento contemporâneo, como em Daniel Ferreira:

“No âmbito do Direito tanto os ilícitos são ontologicamente iguais entre si como também o são as sanções correspondentes. (FERREIRA, 2001; OLIVEIRA, 2005). O que distingue a pena de reclusão da multa, e o homicídio do não-pagamento do tributo, é o regime jurídico ao qual se sujeitam a investigação dos fatos juridicamente indesejados e as respostas de tanto ou, mais simplesmente e como referido por Vitta (2003, p. 34), a autoridade legalmente responsável pela investigação e/ou pela imposição da sanção” FERREIRA, Daniel. *In: Sanções Administrativas: Entre Direitos fundamentais e democratização da ação estatal. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, julho/dezembro de 2012*

José Cretella Júnior traz sua contribuição ao debate ao argumentar que:

“No campo do direito, o ilícito alça-se à altura de categoria jurídica e, como entidade categorial é revestida de unidade ôntica, diversificada em penal, civil, administrativa, apenas para efeito de integração, neste ou naquele ramo, evidenciando-se a diferença quantitativa ou de grau, não a diferença qualitativa ou de substância. Deste modo, o ilícito administrativo caminha em plano menos elevado do que o ilícito penal, é um minus em relação a este, separando-os o matiz de oportunidade conveniência, avaliado pelo critério axiológico, possível na esfera discricionária do administrador e do magistrado, contingente ao tempo e às áreas geográficas.” (Prática do processo administrativo. São Paulo: Ed. RT, 1988. p. 118).

¹³⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 610 e MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 871.

No mesmo diapasão, em obra que aborda a temática do Direito Administrativo Sancionador, Fábio Medina Osório¹⁴⁰ aponta como as sanções negativas acabam por se apresentar semelhantes ao aplicador do direito:

“Há sanções administrativas que se assemelham bastante àquelas de natureza penal. Tal é o caso da suspensão dos direitos políticos, restrições a direitos de contratar ou receber benefícios lato sensu da administração pública, e inclusive perda de cargos públicos, as quais, dependendo do ordenamento jurídico em que inseridas, podem assumir feições de natureza penal.”

O mesmo entendimento tem Heraldo Garcia Vitta¹⁴¹:

“Ontologicamente os ilícitos penal, administrativo e civil, são iguais; fazem parte do instituto jurídico determinado: os ilícitos jurídicos. As diferenças existentes entre os ilícitos penal, administrativo e civil constituem manifestações de um mesmo conceito, que não é próprio desta ou daquela disciplina, antes compreende todos os tipos de ilícitos do ordenamento. Trata-se de conceito lógico-jurídico, de validade universal. O conceito de ilícito não decorre deste ou daquele ordenamento jurídico, não é conceito jurídico positivo; aplica-se a todos, independentemente do lugar e do tempo em que tiverem vigência.”

Se por um lado tal cenário analítico pareça elementar, por outro existe uma preocupação doutrinária em se apontar a complexidade que a aplicação de sanções pela pragmática administrativa detém. O que acarreta à discussão finalística aqui de se racionalizar a aplicação das sanções em um contexto constitucional amplo, isto é, que prevê a retribuição, sim, mas também que avalia e delimita essas sanções negativas de acordo com os efeitos possíveis, ou seja, a atenção ao devido processo legal no âmbito formal e material, além da intranscendência das sanções negativas decorrentes do combate à corrupção.

Nesse sentido o alerta de Valter Shuenker de Araújo:

“O que a sanção do Direito Administrativo pretende não é exatamente o mesmo que a do Direito Penal. Naquele, a sanção tem nítido propósito regulatório, ordenador e de estímulo a determinados comportamentos, e não um predominante objetivo de impor um castigo. A sanção administrativa, assim, não tem o

¹⁴⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 4ª ed. ver. atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2011. P. 96.

¹⁴¹ VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no direito administrativo. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 30.

caráter retributivo como o seu objetivo principal. No Brasil, o ambiente do Direito Administrativo Sancionador é caótico, inseguro, desprovido de uma racionalização e, sobretudo, fundado em noções generalistas e principiológicas. [...] Temos um campo fértil para decisões arbitrárias e ineficientes em matéria de sanção. Na seara disciplinar, por exemplo, a legislação está repleta de conceitos jurídicos indeterminados para descrever uma infração funcional e a invocação do estado de sujeição especial inerente a esta esfera punitiva é feita como justificativa para, não raras vezes, validar o inaceitável à luz da segurança jurídica e da proporcionalidade. O excesso de incertezas no sistema punitivo brasileiro é capaz de arruinar os mais diversos direitos fundamentais do cidadão. Propriedade, liberdade, segurança, dignidade e igualdade são exemplos de direitos fundamentais que podem ficar comprometidos em um Estado Democrático de Direito incapaz de adotar um mínimo de racionalidade no seu sistema sancionador.¹⁴²

O autor adverte mas também sugere as seguintes medidas de racionalização para a atividade de imposição de sanções administrativas:

“i) Incentivo à especialidade em detrimento da generalidade; ii) Estímulo à colegialidade e participação popular nos órgãos de controle; iii) Apoio à transação; iv) Preocupação maior com a função ordenadora/ regulatória do direito administrativo sancionador; v) Empoderamento maior das autoridades com poder sancionatório para a adoção de sistemas punitivos do modo independente.”¹⁴³

Há ocasiões em que é possível perceber que a intensidade da sanção administrativa é maior que a da sanção penal. É por esse motivo, e por todo o arcabouço constitucional que hoje permeia todos os ramos do Direito que não se pode transformar o Direito Administrativo em instância persecutória, como se

¹⁴² ARAUJO, Valter Shuenquener de. Direito administrativo sancionador no Brasil: uma contribuição para a efetividade dos direitos fundamentais. In: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavenère (Coord.). Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 436-437.

¹⁴³ ARAUJO, Valter Shuenquener de. Direito administrativo sancionador no Brasil: uma contribuição para a efetividade dos direitos fundamentais. In: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavenère (Coord.). Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 436-437.

fosse um ramo apartado da legalidade destinado a imputar sanções desarrazoadas, em especial diante do desacordo existente na doutrina quanto a função da sanção administrativa¹⁴⁴.

A sanção tem que se mostrar eficiente para a sociedade. Se os custos da sanção se mostrarem maiores que sua aplicação ela não fará sentido. Tome-se como exemplo uma empresa envolvida em atos de corrupção que, porém, gera riquezas, empregos e tributos em abundância. A sanção que levará a sua morte civil não traz benefício social, por isso, o custo da corrupção deve ser delegado ao seu acionista que dela tira lucro e não à empresa enquanto pessoa jurídica.¹⁴⁵

É precisamente por essa razão que o Direito Administrativo Sancionador precisa ser visto e praticado como consequência lógica do princípio da juridicidade, pelo qual o agente público encarregado de aplicar a sanção, ao exercer sua atividade, deve fazê-lo com observância dos princípios constitucionais, em especial os da supremacia do interesse público e da busca do bem comum. Por outras palavras, a discricionariedade ou, mais especificamente, a arbitrariedade jamais poderá guiar as ações de um agente

¹⁴⁴ “Observa-se ainda um desacordo quanto às finalidades associadas à sanção administrativa. há autores que se referem a objetivos preventivos e de desestímulo (Heraldo Garcia Vitta, Rafael Munhoz de Mello e Daniel Ferreira); punitivos (Régis Fernandes de Oliveira); ressarcitórios (Régis Fernandes de Oliveira e Rafael Munhoz de Mello); repressivos (Daniel Ferreira e Fábio Medina Osório); e disciplinares (Fábio Medina Osório). Chama a atenção nas obras, também, a caracterização da sanção administrativa comum um mal, uma situação desfavorável, uma aflição e até um castigo. Ou seja, admite-se uma aproximação conceitual com termos usualmente adotados para se referir às penas, o que, de toda forma, é coerente com a premissa da identidade ontológica entre essas searas” (VORONOFF, Alice. Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 71).

¹⁴⁵ “A partir desse pano de fundo teórico, abrem-se duas variações das teorias dissuasórias: o modelo de dissuasão ótima e o modelo de ganhos ilícitos. O primeiro, também chamado de modelo de internalização dos custos ou de lesão a terceiros, busca delimitar um nível ótimo de punição. Nele, assume-se que a conduta ilícita, apesar de gerar custos, pode também produzir benefícios para a sociedade. Por isso, cabe ao legislador eficiente¹⁵⁶ tipificar os ilícitos e quantificar as penas não com vista a combater a totalidade das infrações, mas somente no grau e na medida em que elas se revelarem ineficientes para a sociedade, i.e., quando os custos líquidos gerados para a sociedade superarem os benefícios líquidos. Seria o caso de uma indústria que, mesmo poluente, fosse capaz de gerar riquezas, empregos e bens de consumo. Se os benefícios proporcionados à sociedade superarem os custos, a lógica não deve ser inviabilizar a atividade do poluidor com a sanção, mas submetê-lo ao dever de internalização dos custos decorrentes dessa atividade” (VORONOFF, Alice. Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 79/80).

público. Com isso em mente, nosso objetivo com a presente tese é propor uma construção teórica em concordância com o princípio da juridicidade.

Havendo indícios de que o agente público tenha cometido uma (ou mais) irregularidade, é importante identificar qual (ou quais) irregularidade apresenta os requisitos necessários que apontem para uma relevância do Direito Administrativo Sancionador. Tal qual no Direito Penal, os requisitos para a seara administrativa são: tipicidade, lesividade, antijuridicidade e a culpabilidade.

Justamente por essas características em comum com o Direito Penal que o Direito Administrativo tem chamado para si parte do poder punitivo estatal¹⁴⁶.

O que se busca hoje, não só com o Direito Administrativo Sancionador, mas também algo que se estende para todos os ramos do Direito, é uma nova visão da pena, razão pela qual os ramos Administrativo e Penal cada vez mais se tocam. Na visão de Fábio Medina Osório¹⁴⁷:

“Não se desconhece que a legalidade da atividade sancionadora que se fundamenta no Direito Administrativo possui uma certa flexibilidade. Isso decorre da ausência de algumas ‘amarras’ que normalmente escravizam as normas penais. É uma consequência, inclusive, da maior elasticidade competencial do Estado nesse terreno, embora seja, sobretudo, fruto de toda uma carga histórica comprometida com normas sancionadoras garantistas de direitos individuais. A evolução do Direito Penal certamente remete os sistemas punitivos à observância de um conjunto universal de direitos humanos e direitos fundamentais positivados. A nota da maior flexibilidade do Direito Administrativo Sancionador fica por conta, desde logo, de um abandono histórico a que submetido esse conjunto de normas, que ficaram à margem do desenvolvimento do Direito Punitivo, este identificado como Direito Penal. Assim, as normas de

¹⁴⁶ “Sistematicamente, têm sido invocados vários (bons) argumentos para a transferência do poder punitivo para o campo administrativo: i) necessidade de descongestionamento dos tribunais criminais, libertando-os de “bagatelas penais”; ii) prevalência dos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade do Direito Penal (reserva da intervenção penal para situações reveladoras de uma maior intensidade da ilicitude intrínseca ao ato); iii) aproveitamento dos recursos e das habilitações técnicas da administração pública, com vista ao combate de ilícitos dotados de uma maior tecnicidade; e iv) celeridade na repressão do facto (simplicidade substantiva e processual). (LEITE, Inês Ferreira. CARVALHO, Ana Celeste; ABREU, Margarida Reis (Org.). Regime geral das contraordenações e as contraordenações administrativas e fiscais. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. P. 33-34.)

¹⁴⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 4ª ed. Ver., atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2011. P. 227.

Direito Administrativo Sancionador eram manejadas e tratadas historicamente no bojo do chamado poder de polícia da Administração Pública, cujas principais características remetiam, e ainda remetem, à discricionariedade das autoridades competentes. Daí decorre, em boa medida, a flexibilidade de uma legalidade permeada por competências discricionárias, sempre voltadas à direção do interesse público. Eis uma nota diferenciadora importante a apartar a legalidade administrativista da legalidade penalista”.

De forma geral, os trabalhos e estudos sobre Direito Administrativo Sancionador tentam fixar um conceito de sanção administrativa. No nosso entendimento, buscamos fixar uma sanção a ser aplicada em razão de ilícito violador de uma relação de direito administrativo, seja aplicada pela própria Administração Pública, ou por seus órgãos de controle interno ou externo, ou, ainda, pelo Poder Judiciário. A função primordial dessa sanção deve ser a preservação e recomposição do erário¹⁴⁸.

Tendo fixado esse objetivo de preservação ou recomposição do erário, outra questão de que precisamos nos ocupar é o afastamento da sanção como vingança pública, rotulação de pessoas jurídicas, espetacularização dos órgãos de controle, dentre outros objetivos não condizentes com o estado de direito. A sanção que aqui se busca aplicar deve estar em estreita consonância com o ordenamento jurídico pátrio.

O interesse público em matéria sancionatória, aquele advindo do ordenamento jurídico, e não aquele em que agentes públicos aplicam suas convicções particulares, nada mais é que a preservação da empresa, dos empregos e do recolhimento de tributos, tudo em consonância com o princípio da função social da empresa.

¹⁴⁸ “Caminhando para o fim, a sistematização do direito administrativo sancionador como instrumento para o combate à corrupção também deve ter como preocupação sua função regulatória. A sanção administrativa deve organizar a atividade econômica, harmonizar os variados interesses conflitantes e irradiar valores capazes de desestimular a corrupção. Seu propósito vai além daquele de apenas castigar o infrator. Daí o elevado potencial do direito administrativo na matéria, na medida em que o enfrentamento da corrupção pode vir acompanhado de uma política normativa de desenvolvimento econômico e de incentivo a boas práticas e à observância de padrões éticos superiores.” (ARAÚJO, Valter Shuenquener. O direito administrativo e sua contribuição no enfrentamento à corrupção. In. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 279, n. 1, p. 135-159, jan./abr. 2020.)

A Lei nº 13.655/18, que introduz mudanças no Decreto-Lei nº 4.657/1942, hoje conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que também dispôs sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público, introduziu o artigo 22, que assim se apresenta: “*Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados*”. A LINDB, como bem se sabe, tem a função de disciplinar a aplicação das leis em geral, regendo normas e indicando como interpretá-las. O que referido artigo traz é o que ficou conhecido como princípio da realidade, pelo qual cada ente federativo, antes de tomar qualquer atitude, deverá levar em conta a realidade local, sem que se prejudique direitos dos cidadãos.

Essa leitura fica mais evidente quando se analisa o §2º do referido artigo, ao estabelecer que “*Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente*”. O objetivo do parágrafo em questão é dissuadir e conformar a conduta do cidadão que cometeu alguma infração e enquadrá-la numa determinada pauta de regulação. Por outras palavras, deve-se avaliar bem a punição antes de aplicá-la ao administrado infrator, pois talvez a aplicação de pena, nos moldes como a conhecemos, se torne mais custosa ao Estado e, em última instância, a própria sociedade. Deve-se, portanto, adequar o entendimento à realidade local.

Nas palavras de Alice Voronoff, para quem a influência do Direito Penal no Direito Administrativo trouxe mais garantias aos cidadãos, a sanção:

“é vista como medida de gestão, que deve estar integrada às atividades materiais a cargo do administrador a título de ferramenta a mais — ao lado de outras, como estratégias de fomento, persuasivas e preventivas — em busca da efetividade e eficiência [...] isso exige que se avalie se a sanção administrativa é uma resposta correta no exercício no contexto

específico em que foi inserida e se foi calibrada (em tese e em concreto) de modo apropriado”¹⁴⁹.

O §3º do artigo 22 estabelece que “*As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato*”. Esse dispositivo foi alvo de críticas, dizendo que poderia fomentar o *bis in idem* na aplicação de pena. Na verdade, isso não só não se verifica, como também não caberia estar presente numa legislação que busca trazer mais segurança jurídica aos administrados. O que referido item busca alcançar é que, caso um agente público sofra uma punição administrativa por determinada conduta, se o caso for para o Judiciário, o magistrado considere a aplicação da sanção administrativa anterior, de forma a aplicar uma pena complementando o que anteriormente foi determinado pelo Poder Público em sede administrativa.

Nessa linha é que se deve resgatar a razão de ser do ordenamento jurídico e, principalmente, do direito administrativo sancionador, ou seja, a normatização peculiar a partir de princípios estruturantes elencados pelo poder constituinte originário. Tal resgate passa necessariamente pela visão global da aplicação das normas, não como subsunção inconsequente das previsões legais, mais a harmonização entre regras e princípios, por meio de um sistema nacional de combate à corrupção que antevêja os impactos estruturais do colapso ou mesmo encolhimento de uma empresa ou conjunto de empresas e de um setor econômico específico.

A tarefa do direito administrativo sancionador, assim, é apenar os envolvidos em atos de corrupção na seara administrativa em estrita observância ao princípio da legalidade com a aplicação das sanções tipificadas em lei e após o devido processo legal com a observância do princípio da função social da empresa.

¹⁴⁹ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

6. EFEITOS DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES

6.1 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO PRINCÍPIO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A constitucionalização do direito e a ausência de uma codificação de direito administrativo no Brasil, com a existência de diversas leis esparsas que tratam dos mais variados temas e muitas vezes o fazem de forma sobreposta, torna imperiosa a adoção dos princípios como vetores de interpretação para se garantir a coesão do sistema e, em especial, das sanções próprias do direito administrativo sancionador. Aqui adotaremos a clássica definição de princípio de Celso Antônio Bandeira de Mello que o define como “mandamento nuclear do sistema”¹⁵⁰.

Os diversos autores que estudam a matéria do direito administrativo sancionador elencam os princípios que entendem como próprios desse ramo do direito administrativo. De modo geral a doutrina destaca como princípios de direito administrativo sancionador os da legalidade, tipicidade, irretroatividade de norma mais prejudicial, imputação adequada, pessoalidade, proporcionalidade, prescritibilidade e non bis in idem ¹⁵¹.

¹⁵⁰ “Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 54).

¹⁵¹ “Direitos e garantias constitucionais individuais que merecem atenção cuidadosa no Direito Administrativo Sancionador podem ser catalogados e classificados como princípios materiais e processuais. São materiais, vez que incidem diretamente na relação jurídico-administrativa sancionadora: legalidade, tipicidade, irretroatividade de norma mais prejudicial, imputação adequada, pessoalidade, proporcionalidade, prescritibilidade e non bis in idem. São princípios processuais, vez que incidem na relação jurídico- -processual administrativa que objetiva a produção do ato administrativo sancionador: devido processo legal, imparcialidade, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, garantia da não-auto-responsabilização, inadmissibilidade de provas ilícitas, recorribilidade, definição, a priori, da competência administrativa sancionadora, motivação e duração razoável do processo.” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta e GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador

Contudo, por todos os fundamentos até aqui delineados, há que se reconhecer que o princípio da função social da empresa é princípio de direito administrativo sancionador e, sob sua ótica, deve nortear os processos de responsabilização, seja de que natureza for bem como a aplicação das sanções respectivas.

Corroborando tal afirmação, extrai-se do artigo 20 da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro que não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, sendo que seu parágrafo único determina que a motivação da decisão demonstrará a necessidade e adequação da medida imposta inclusive em face das possíveis alternativas.

De tal dispositivo pode-se extrair que para aplicação da sanção o órgão responsável deve considerar a “consequência prática da decisão” sancionatória, ou seja, se tal decisão for levar a pessoa jurídica a um estado pré-falimentar e causar repercussões sociais indesejadas (encerramento de postos de trabalho, paralisação na arrecadação tributária, dentre outros), forte no parágrafo único do referido dispositivo, deve-se buscar outras possíveis alternativas para a imposição de medidas que, igualmente puna.

Sanções como as de proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais devem ser aplicadas com parcimônia em razão dos graves efeitos econômicos e sociais por ela geradas¹⁵².

brasileiro breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. In: Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 22, n. 120, mar/abr. 2020, p. 122)

¹⁵² “De um lado, a declaração de inidoneidade pode representar uma espécie de “pena de morte” para a empresa punida, que fica impedida de celebrar contratos com a Administração Pública por muitos anos – ou até mesmo indefinidamente. Ainda que essa empresa em tese possa estabelecer relações comerciais com agentes privados, isso nem sempre é viável. Basta pensar, por exemplo, nas empresas que se especializaram em contratações apenas para a Administração Pública, inclusive porque muitos fornecimentos são de interesse apenas do Estado. Ou, então, na situação em que empresas privadas se recusam a estabelecer relações contratuais justamente com empresas declaradas inidôneas pela Administração Pública, o que por vezes é uma decorrência direta da aplicação de seus programas de integridade (compliance). De outro lado, a declaração de inidoneidade tem a potencialidade de gerar problemas graves até mesmo para a Administração Pública, ao declarar uma empresa inidônea, a Administração restringe o número de possíveis contratados, o que em tese pode reduzir as chances de obter propostas mais vantajosas que represente uma economia significativa aos cofres públicos, isso é especialmente preocupante em setores estratégicos e de competitividade restrita, em que pouquíssimas empresas (por vezes apenas uma consegue) atender as necessidades da Administração Pública. No limite, a declaração de inidoneidade pode impedir totalmente o

Assim, o princípio da função social da empresa deve ser entendido como princípio do direito administrativo sancionador em especial no momento de aplicação da pena na esfera administrativa ou pelo Poder Judiciário e também quando de sua negociação para celebração dos acordos de leniência.

Preservar a atividade empresarial é menos garantir os interesses dos sócios do que o interesse social e econômico envolvido. É garantir, em verdade, a preservação dos empregos¹⁵³, da arrecadação tributária, da fonte produtiva nacional, da ampla concorrência tudo com vistas ao atingimento do bem comum¹⁵⁴.

Nessa linha, na aplicação das sanções, as externalidades negativas por ela trazidas devem ser valoradas e sopesadas¹⁵⁵, sob pena de desvirtuamento do sistema punitivo administrativo.

suprimento de certas carências da Administração Pública. (SCHWIND. Rafael Wallbach. Reabilitação de Empresas Declaradas Inidôneas pela Administração Pública. In. O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. Org. Arnoldo Wald, Marçal Justen Filho e Cesar Augusto Guimarães Pereira. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 976).

¹⁵³“admitir a penalização da pessoa jurídica equivale a admitir que a pena ultrapasse a pessoa do condenado, já que atingirá indistintamente todos os sócios, tenham eles participado ou não do ato ilícito, sem mencionar todos os empregados que dependem das atividades da pessoa jurídica”. (CARDOSO, Raphael de Matos. A responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado sob a perspectiva do direito administrativo sancionador. In. Direito Administrativo Sancionador – Estudos em Homenagem ao Professor Emérito da PUC-SP Celso Antonio Bandeira de Mello. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 312).

¹⁵⁴ “Manter a empresa em funcionamento implica na preservação do conjunto de relações que dela decorrem, configurando verdadeira proteção a uma miríade de interesses à empresa vinculados como, por exemplo, a manutenção dos empregos (resguardando o direito dos trabalhadores); a interação com a comunidade (resguardando o interesse de todo o ambiente social que circunda a empresa); a ampliação do abastecimento de bens e serviços (resguardando o interesse dos consumidores); a possibilidade de geração de recursos econômicos (resguardando o interesse dos credores), etc.” (MATIAS, João Luis Nogueira. A Função Social da Empresa e a Composição de Interesses na Sociedade Limitada. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo - USP, 2009, p. 97).

¹⁵⁵ “Destarte, passam a ser previamente valorados os efeitos, jurídicos e materiais, diretos e indiretos, imediatos e mediatos, possivelmente decorrentes da antevista resposta sancionadora, num cenário de responsabilização administrativa sensível aos direitos e interesses, das pessoas humanas e das pessoas jurídicas, isoladamente consideradas ou em face de toda a coletividade. (FERREIRA, Daniel. In. Sanções Administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, julho/dezembro de 2012).

6.2. A FUNÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

A função da sanção administrativa, enquanto medida de direito administrativo sancionador, é o atendimento do interesse público¹⁵⁶ envolvido no apenamento daquele que comete atos de corrupção que deve ser compreendido sob dois aspectos: a preocupação com a recomposição ao erário e a dosimetria de sanções que garantam, de um lado, a justa retribuição ao ilícito praticado e, de outro, quanto possível, a manutenção da atividade empresarial.

6.3. O APERFEIÇOAMENTO DOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS

Nos últimos anos o instituto do acordo de leniência ganhou importante destaque. Por acordo de tal natureza, a empresa, de modo geral, busca reparar financeiramente os danos causados pelos atos ilícitos por ela cometidos, compromete-se a deixar de praticar os atos apontados e a adotar medidas eficazes no combate e prevenção à corrupção, buscando seguir suas operações de forma ética e transparente de modo a cumprir sua função social.

A adoção do instrumento negocial não é inovação nacional, como visto, mas resultado de internalização de políticas de combate à corrupção oriundas do sistema global e regional de que o Brasil faz parte, em um movimento de busca de uma solução dialógica para os atos lesivos a Administração¹⁵⁷. São

¹⁵⁶ “O aspecto fundamental desse movimento foi o revigoramento do interesse público como mola propulsora da atividade administrativa sancionatória. O direito administrativo sancionador, valendo-se de uma perspectiva prospectiva, busca intervir na realidade com o objetivo de defesa do interesse público. Objetiva sua defesa para o futuro e, efetivamente, promover mudança em práticas que apresentem uma ameaça ao interesse público. Dessa forma, a formulação de um modelo sancionatório inteligente é essencial para garantir o cumprimento desse papel” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Prefácio. In: *Direito Administrativo Sancionador – Estudos em Homenagem ao Professor Emérito da PUC-SP Celso Antonio Bandeira de Mello*. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros, 2019, 14/15).

¹⁵⁷ “O punitivismo inerente ao sistema de controle instituído pela Lei nº 8.429/1992, em que pese agradar aparentemente à opinião pública, não colabora com a melhoria da ação estatal simplesmente porque a correção da atuação da Administração não é sua razão principal de existir. Nesse contexto, sob o impulso muitas vezes incontrolado e irracional das massas e da mídia política e investigativa, a jurisdição faz um uso cada vez mais intenso dos princípios gerais de direito administrativo (a lei em seu art. 11 menciona os princípios da administração pública” e cita expressamente os “deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”). Ao contrário, no entanto, o uso comumente feito desses princípios em outros

elas a Convenção de Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, internalizado por meio do Decreto nº 3.678/00, entabulado na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE¹⁵⁸, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), internalizado ao ordenamento interno pela Decreto nº 4.410/02, a Convenção de Palermo (Decreto 5.015/04), e a Convenção de Mérida (Decreto nº 5.687/06).

Ocorre que o instituto foi utilizado de modo indiscriminado por órgãos de controle ao mesmo tempo que as instâncias criminais o faziam. Isto é, apesar de os acordos de leniência não estarem impedidos de tratar de fatos passíveis de processamento no âmbito penal, é imprescindível diferenciá-los do Acordo de Colaboração Premiada, regrado pela Lei nº 12.850/13, adstrito ao processo penal. O que não desvirtua sua natureza instrutória no esforço anticorrupção, que permite identificação de organizações informais para prática de ilícitos voltados à concentração econômica e fraude a licitações e nem mesmo faz com que deixe de se constituir em procedimento administrativo de responsabilização, porém de caráter consensual¹⁵⁹. Tal adesão desenfreada ao instituto se justifica

ornamentos, aqui eles não são utilizados como instrumento de conformação jurídica das condutas da Administração em defesa do administrado, mas como fundamento jurídico para a punição de supostos infratores da probidade ,fato que majora desmedidamente a discricção sancionatória de magistrados, a ponto de inserir o exercício da jurisdição nas perigosas fronteiras da perseguição política, as singela emissão de opiniões políticas subjetivas do julgador ou do mais puro arbítrio” (PEREZ, Marcos Augusto. Testes de legalidade – métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, Belo Horizonte, 2020, p. 274).

¹⁵⁸ “É possível afirmar de forma inequívoca, com base no estudo da OCDE (2019), que os acordos são uma ferramenta eficaz de responsabilização por atos de suborno transnacional. Cerca de 95% do total de 14,9 bilhões de dólares obtidos até junho de 2018 em sanções a pessoas jurídicas foram obtidos por acordo (OCDE, 2019, p. 12-14)” (LOPES, Sara Martins Gomes. Comentários ao Estudo de Direito Comparado Resolving Foreign Bribery Cases With Non-Trial Resolutions da OCDE. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020, p. 12.)

¹⁵⁹ O PAR - Procedimento Administrativo de Responsabilização (capítulo IV da norma) é, pois, o instrumento para o fluxo regular da responsabilização pretendida pela lei, ou seja, em contencioso administrativo aplicar-se sanção por atos corruptivos. Já o Acordo de Leniência é a ferramenta do fluxo opcional da consensualidade e que, por determinação legal, já parte de diferença de atribuição, vez que se no PAR há múltipla previsão (de cada um dos órgãos ou entes), em Acordo de Leniência há exclusividade da CGU, demonstrando-se maior necessidade de coordenação, ou coerência. (SOARES, Pedro Vasques. Múltiplas Instâncias de Responsabilização e Consensualidade na Lei nº 12.846/2013. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas).

pela natural dificuldade de persecução desses atos ilícitos, assim como a alta danosidade quando concretizados, porque uma vez invertida a lógica tradicional da investigação, isto é, valer-se de elucidação dos fatos a partir da manifestação de vontade livre dos infratores, pressupõe-se que se está mais próximo da verdade real do que seria possível se não houvesse tal colaboração.

É possível atribuir o atabalhoamento do uso do instituo à pluralidade de hipóteses encontradas na prática das instituições, mesmo que à revelia de previsão legal. Isto porque até então são identificáveis cinco espécies de acordos administrativos, no âmbito nacional ao menos. São eles o Acordo de Leniência Antitruste, previsto na Lei nº 12.529/11 (Lei do CADE), o Acordo de Leniência Anticorrupção, da Lei nº 12.843/13 (Lei Anticorrupção), o “Acordo de Leniência do Ministério Público”, que não possui previsão legal, o Acordo de Leniência do Sistema Financeiro Nacional, que é disposto pela Lei nº 13.506/17 e o acordo de não persecução cível, com previsão na Lei nº 13.964/19 que introduziu o parágrafo primeiro no artigo 17 da Lei nº 8.429/92 de modo a autorizar a celebração de acordos no âmbito das ações de improbidade administrativa.

Tal diversidade não tem o condão de sofisticar os esforços anticorrupção, uma vez cotejados com a aplicação do microsistema que se defende. Desta pluralidade não se pode esperar a garantia de segurança jurídica aos aderentes, em especial daquele investigado e processado por atos de corrupção, porque há sobreposição de regimes de responsabilização tanto de pessoas naturais como jurídicas. Tal sobreposição é fator inequívoco de desincentivo à colaboração, razão pela qual se faz a defesa de urgente organização de centralização desses acordos em âmbito administrativo. Em meio a essa pluralidade não se pode esperar paradigmas objetivos de quantificação dos danos causados, da mesma forma que estarão desequilibrados os benefícios auferidos em cada qual¹⁶⁰.

A falta de visão sistêmica sobre o combate à corrupção e, em especial,

Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. v. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020, p. 121.)

¹⁶⁰ Esses fatores de desalinhamento estão relacionados principalmente: (i) aos benefícios alcançáveis na esfera penal e (ii) à ausência de parâmetros de cálculo da reparação dos danos ao erário.

na celebração de acordos administrativos, que detêm, em tese, o potencial de garantir a reparação do dano e a continuidade da atividade empresarial, seus postos de trabalho e o recolhimento de tributos, fez com o que se visse são folhas de papel sem serventia diante da multiplicidade de órgãos não sintonizados, em desarmonia sobre as quantias, prazos, responsabilidades e sanções. Tome-se como exemplo o fato de que, hoje, o acordo celebrado entre o órgão de controle interno da Administração Pública e o investigado não impede qualquer ação civil pública por parte do Ministério Público e de outros pretensos legitimados ao combate a corrupção no Brasil, o que muitas vezes desencoraja a sua celebração até que se tenha uma necessária sistematização a respeito.

Acerca dos benefícios, é restrito ao Acordo de Leniência Antitruste a produção de efeitos na seara penal, enquanto os Acordos de Leniência Anticorrupção da Lei nº 12.843/13 estão adstritos às pessoas jurídicas, de modo que não podem gerar efeitos penais e nem mesmo ser celebrados por pessoas físicas, ressalvadas as hipóteses de aderência criadas pelos órgãos de controle, conforme se demonstrou anteriormente. Portanto, pessoas naturais que tenham condutas participativas nessas infrações não estarão livres da persecução criminal e demais âmbitos de responsabilização administrativos.

No caso da Leniência Anticorrupção da Lei nº 12.846/13, depreende-se a possibilidade de regime duplo de responsabilização das pessoas jurídicas. No âmbito administrativo o diploma fixou processo administrativo para responsabilização da pessoa jurídica, cabendo à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa (art. 8º). Ao mesmo tempo, o artigo 18 prevê o regime de responsabilização judicial. Se cabe à Controladoria Geral da União a responsabilidade administrativa no âmbito federal, a responsabilidade judicial dos atos lesivos à Administração Pública consiste na possibilidade de a União (Estados, o Distrito Federal e os Municípios) ou ainda o Ministério Público, ajuizar ações em face das empresas acusadas, cujas sanções nesta seara tem possibilidades distintas da

administrativa, nos termos do art. 19¹⁶¹. Em havendo o acordo de leniência, destaque-se que, diferente do que ocorre no regime do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, é expressa a possibilidade de que os atos ali dispostos também estão sujeitos a persecução penal e demais infrações administrativas e responsabilização judicial, não havendo qualquer tipo de benesse do âmbito criminal em razão da celebração do referido acordo.

Em que pese o acordo do processo penal esteja delimitado pela legislação, a celebração dos chamados “Termos de Leniência” pelo Ministério Público não detém regramento legal expresso, o que é sustentado como possível a partir de interpretação sistemática das atribuições do parquet previstas no ordenamento, assim como sua disciplina regimental feita pelo Estudo Técnico 01/2017 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal e a Orientação 07/2017 da mesma Câmara. O próprio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em julgados paradigmáticos, entende pela possibilidade de celebração de acordos pelo Ministério Público acordos estes que, no entanto, não podem ser considerados como o típico acordo de leniência da Lei Anticorrupção brasileira em razão da legitimidade única para sua celebração ser da autoridade máxima de cada órgão lesado¹⁶².

¹⁶¹ O próprio artigo 29 da Lei nº 12.846/2013 dispõe que “o disposto nesta Lei 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”. E, continua o artigo 30 da mencionada Lei, que “a aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I- ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e II – atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011”.

¹⁶² “O que se disse, então, é que o MPF não detém competência para firmar acordo de leniência, muito menos de retirar dos entes lesados a possibilidade de buscar a recomposição das pesas ocasionadas pela empresa, mas nada se disse acerca do âmbito penal cuja competência para análise e homologação permanece sendo da referida esfera criminal. Igualmente não se anulou o contrato frente ao próprio Ministério Público Federal, porquanto claramente houve negócio jurídico entabulado entre tais partes, mesmo que, repita-se, não se possa chamar de acordo de leniência. Na compreensão externada no voto, tal negócio jurídico é válido apenas entre as parte que o firmaram, porém, para que possa ser compreendido como acordo de leniência, aqui abrangida as ações de improbidade (âmbito cível), necessita ser re-ratificado pelo órgão competente. Este foi o alcance da decisão proferida por esta Corte e neste limite é que o julgado deve ser aplicado, nada mais, nada menos (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, Rel. Desa. Federal Vania Hack de Almeida, julgado em 22.08.2017).

O que se tem visto, entretanto, é uma série de penalidades, multas inclusive, aplicadas às empresas que acabam por prejudicar seus negócios, alijando-as tanto do mercado quanto da participação em procedimentos licitatórios. Essas questões, todavia, são apenas parte dos problemas que empresas investigadas por corrupção enfrentam. Outra parte, talvez até mais perniciosa e devastadora para as pessoas jurídicas, diz respeito à perda de clientes, constante exposição pública, causando danos irreparáveis à sua imagem e, também, um problema de cunho social preocupante: os trabalhadores dessas empresas ficam sem emprego como consequência do excesso punitivo praticado pelo Estado e a arrecadação tributária por elas proporcionada acaba prejudicada.

Como já foi discutido, não se trata de não punir empresas por atos ilícitos. Não está em harmonia com o ordenamento a condescendência infracional. O que se busca alcançar aqui é que exista um equilíbrio na aplicação da pena, de forma a punir os administradores e diretores das empresas que cometeram ilícitos e, também, punir as pessoas jurídicas, mas não de forma que lhes ocasione inviabilidade econômica ou situação pré-falimentar. Há, pois, patente interesse público na celebração de acordos de modo a garantir a compatibilização das sanções ao interesse da coletividade envolvido nas avenças.¹⁶³

Não é adequado aplicar pesadas punições às empresas de forma a tirá-las do tabuleiro econômico, trazendo-lhes prejuízos tão grandes que sejam obrigadas a vender posições estratégicas até mesmo fora do Brasil. E, no final das contas, não faz sentido aplicar tantas penas às empresas se isso significar que milhares de trabalhadores diretos (sem contar os indiretos) ficarão sem

¹⁶³ “Ainda que se admita o princípio da supremacia, o ato consensual pode ser considerado o próprio interesse público, de forma que a atuação administrativa consensual não determina a prevalência do interesse privado em detrimento do interesse público; pelo contrário, segundo esse argumento, a consensualidade corresponderia ao processo de satisfação do interesse público concretizado no interesse público. O ponto está em considerar não apenas o ato administrativo como expressão do interesse público, mas também o acordo firmado entre Administração e administrado no âmbito do processo no qual haja negociação de prerrogativa pública (imperativa). Tendo em vista os possíveis efeitos positivos da consensualidade- como a efetividade da decisão bilateral, a economia de tempo e de custos bem como a maior adequação da solução negociada em relação às particularidades da situação concreta – é importante que se reconheça o ato consensual como a própria expressão do interesse público” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores e SBDP, 2015, p. 171-172).

emprego da noite para o dia. Os órgãos de controle não podem viver uma realidade paralela e ignorar que a consequência de um apenamento disfuncional nas empresas ocasione todos esses problemas.

O discurso simplista de “o que traz prejuízo às empresas é a corrupção e não as penas aplicadas” não têm lugar aqui. Já fomos enfáticos ao argumentar que a punição precisa existir, mas a continuidade da empresa também precisa ser observada. São milhares de pessoas que trabalham nessas empresas e, por isso, não podem ser penalizadas de forma indireta. O desemprego nessas situações é uma pena-reflexo da penalidade aplicada às empresas, é uma consequência injusta a esses funcionários e pode-se até afirmar que há violação ao princípio da intranscendência da pena, pois em última instância os trabalhadores são por ela afetados muitas vezes de forma até mais nefasta que os próprios acionistas das empresas que, como regra, possuem patrimônio pessoal mais do que suficiente para sobreviverem com dignidade por algumas gerações.

A disfuncionalidade na celebração dos acordos e o risco a segurança jurídica, que levam a verdadeiro desincentivo aos acordos, já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Mandado de Segurança nº 35.435/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Na oportunidade, a empresa Andrade Gutierrez Engenharia S.A. impetrou a ação constitucional em face de ato coator de Ministro do Tribunal de Contas da União alegando que, muito embora tenha celebrado acordo de leniência com o Ministério Público Federal (MPF) e Termo de Cessação de Conduta com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o Tribunal de Contas da União (TCU), por meio do Acórdão 483/2017, explicitamente ameaçou declarar a empresa inidônea para celebrar contratos públicos em todo o território nacional bem como a indisponibilidade de seus bens, alegando que os acordos de leniência, ainda que válidos, firmados com o MPF e o CADE não afastariam a competência da Corte de Contas para análise e apenamento dos mesmos fatos no âmbito do controle de contas.

Extrai-se da decisão que deferiu parcialmente a limitar em favor da empresa Andrade Gutierrez Engenharia S.A. que:

"se os acordos de leniência não contemplarem em sua totalidade a reparação do dano causado ao erário, é possível ao TCU julgar as contas daqueles que deram causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. [...] Tendo o TCU outros mecanismos aptos a atingir tais finalidades, não é razoável que aplique penalidade que inviabilize o cumprimento dos acordos firmados por outros entes".

Necessário, portanto, a criação do chamado balcão único de negociação de acordos administrativos no Brasil, que englobe representantes de todos os órgãos de controle com competência para celebração de acordos administrativos em âmbito federal, quais sejam, Ministério Público Federal, Controladoria Geral da União, Advocacia Geral da União, Tribunal de Contas da União, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CVM – Comissão de Valores Mobiliários e Banco Central do Brasil de modo a se garantir a necessária segurança jurídica¹⁶⁴. Ora, quanto mais atores participarem dos acordos de leniência maior a segurança jurídica envolvida e maior o incentivo a uma colaboração efetiva¹⁶⁵.

Não basta que o acordo celebrado com um legitimado preveja cláusula que vede a utilização dos elementos de comprovação apresentados por outros órgãos para a instauração de procedimentos de responsabilização ou ajuizamento de ações, como reconhecido pela doutrina¹⁶⁶. Há que se ir além, a

¹⁶⁴ Passo importante nesse sentido foi a celebração de Acordo de Cooperação Técnica entre a Advocacia Geral da União, a Controladoria Geral da União, o Tribunal de Contas da União e o Ministério da Justiça e Segurança Pública, em 06.08.2020, com a participação do Supremo Tribunal Federal, para otimização dos assuntos afetos ao combate a corrupção no Brasil e, em especial, em relação aos acordos de leniência da Lei nº 12.846/13.

¹⁶⁵ "Em decorrência, os valores determinados nos acordos de leniência atualmente preveem não somente a aplicação da multa administrativa da LAC, mas também montantes com natureza de ressarcimento (danos admitidos e enriquecimento ilícito) além da multa da LIA. Pode-se dizer, portanto, que os montantes definidos nos acordos de leniência buscam sancionar adequadamente as pessoas jurídicas pelas práticas dos ilícitos da LAC. Além disso, a participação da AGU no processo resulta em maior segurança jurídica para as empresas na medida em que sua responsabilidade civil prevista na LIA também é tratada nos acordos." (MENEZES, Bredt de Menezes, VEIG, Victor Godoy e ANTUNES, Viviane André. Acordo de Leniência: as obrigações pecuniárias e seus efeitos na perspectiva das leis nº 12.846/2013 e 8.429/1992. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020, p. 46.)

¹⁶⁶ Em qualquer caso, no que importa à presente análise, há regramento essencial quanto ao uso das informações e documentos recebidos como "alavancagem" e tal ponto é também evidência de coordenação relevante em ambiente de multiplicidade objetiva e subjetiva. É que ante

celebração de um acordo, a envolver todos os órgãos, deve colocar fim a questão de modo a se impedir a responsabilização, pelo mesmo fato, em qualquer das inúmeras esferas sancionadoras previstas no ordenamento jurídico brasileiro em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

O balcão único, no nosso sentir, é o modo de compatibilizar e prestigiar a competência constitucionalmente atribuída aos diversos órgãos de controle pela Constituição Federal de 1988 e, ao mesmo tempo, dar maior eficácia e segurança jurídica na celebração dos acordos de modo a que cada vez mais as empresas envolvidas em atos de corrupção sintam-se incentivadas a celebrar acordos, em especial diante de sua maior efetividade do que o ajuizamento de ações de responsabilização ou mesmo de instauração de procedimentos administrativos sancionadores.

Louvável recentes posições do Tribunal de Contas da União que, mesmo não sendo signatário do acordo de leniência celebrado pelo responsável pelas contas entendeu por bem suspender o processo de Tomada de Contas em prestígio as cláusulas do acordo celebrado com o Ministério Público Federal e a Controladoria Geral da União.¹⁶⁷

alavancagem, pode-se abrir PARs em face de outras pessoas jurídicas, assim como PADs, em face de servidores, sem prejuízo de outras ações judiciais da própria Lei nº 12.846/2013 e da ação de improbidade da Lei nº 8.429/1992 em face destes. Também pode gerar a abertura de expedientes em âmbito de outros órgãos como CADE, CVM e TCU. Mas, em face da pessoa jurídica que colaborou, há necessidade lógica, decorrente da própria ferramenta, de não se usar as informações e documentos para apenar esta, tratando-a de maneira mais severa do que se faria em face de pessoas jurídicas não colaboradoras. Não é que outros órgãos não possam mais punir aquela pessoa jurídica, pois podem obviamente dentro de suas atribuições. E isto é respeitar atribuição. Entretanto, não poderão fazê-lo utilizando-se das informações recebidas via Acordo de Leniência. Não se trata de se impedir o exercício de atribuição. O que não se permite, no que se poderia denominar como “regra de lealdade”, é compartilhamento do obtido via consenso para fins punitivos, na busca de apenação, e tal pela natureza da origem da informação. (LOPES, Sara Martins Gomes. Múltiplas Instâncias de Responsabilização e Consensualidade na Lei nº 12.846/2013. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020, p. 128.)

¹⁶⁷ “Em processo que analisa a possibilidade de aplicação de sanção pelo TCU, é cabível o seu sobrestamento relativamente a responsável que tenha celebrado acordo de colaboração, ou instrumento similar, junto a outras instâncias de investigação, quando ausentes provas autônomas àquelas obtidas mediante o acordo. Em tais situações, ocorre a suspensão do prazo de prescrição da pretensão punitiva do TCU até a manifestação dos órgãos signatários do ajuste quanto ao cumprimento ou descumprimento das obrigações pactuadas pelo responsável (...) A ideia é prestigiar o instituto da leniência no cenário de múltiplas instâncias, sem impor a subserviência de um órgão a outro. Se o outro órgão quer exercer livremente seu poder

Isto porque, a utilização dos acordos no Brasil, ainda que implantada há pouco tempo, já demonstra sua maior efetividade no ressarcimento ao erário do que a judicialização dos casos.¹⁶⁸

Segundo a constatação de Sara Martins Gomes Lopes, em estudo de direito comparado, as principais cláusulas constantes dos acordos nos países signatários das convenções internacionais anticorrupção são as seguintes:

“Quanto às cláusulas e obrigações dos acordos, são as mais comuns (OCDE, 2019, p. 99): a sanção monetária (87% pessoas jurídicas e 80% indivíduos); o perdimento dos lucros (85% pessoas jurídicas e 75% indivíduos); a admissão de fatos (69% indivíduos e 62% pessoas jurídicas), a admissão de culpa (33% pessoas jurídicas e 44% indivíduos), a implementação de um programa de Compliance (54% pessoas jurídicas) e o monitoramento do programa de Compliance (37% pessoas jurídicas), além da obrigação de cooperação com as investigações (42% em ambos)”¹⁶⁹

Percebe-se, pois, que em âmbito internacional prima-se pelo ressarcimento do dano e sanções de cunho pecuniário bem como a implementação, aprimoramento e acompanhamento de programas de integridade, não havendo propensão para a imposição de sanções que inviabilizem o funcionamento da empresa.

sancionatório, ele deve se valer de provas autônomas produzidas por ele mesmo. Caso ele avalie ser necessário utilizar provas produzidas perante outra instância, ele deve aderir a eventuais acordos de não persecução produzidas naquela esfera, no que se refere ao colaborador e ao objeto de seu ajuste” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1310/2021-Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler, j. 02.06.2021).

¹⁶⁸ “Os poucos anos de existência da Lei Anticorrupção brasileira ratificam as conclusões expressas no citado estudo. Em pouco mais de seis anos desde o início da vigência da Lei, 11 acordos já foram celebrados, alavancando investigações sobre mais de 1.000 outras pessoas físicas ou jurídicas envolvidas nos ilícitos confessados e mais R\$ 3,8 bilhões já foram recuperados aos cofres públicos, de um total de mais de R\$ 13,6 bilhões pactuados para pagamento nos próximos anos”. (CARDOSO, João Carlos Figueiredo e MEIRELES, Luana Roriz. Requisitos de integridade empresarial e a completude da cooperação nos acordos de leniência: da necessidade da admissão irrestrita dos ilícitos na colaboração da empresa. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020, p. 31.

¹⁶⁹ LOPES, Sara Martins Gomes. Comentários ao Estudo de Direito Comparado Resolving Foreign Bribery Cases With Non-Trial Resolutions da OCDE. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020, p. 17.

Certamente, esse é o caminho que deve ser adotado pelas autoridades brasileiras encarregada da celebração dos acordos que, em suas cláusulas, deve-se priorizar a continuidade da atividade empresarial, com todos os benefícios defendidos no presente trabalho, entendendo a escolha do ressarcimento ao erário e as sanções pecuniárias como formas mais eficazes de se compatibilizar o interesse público na punição daqueles que praticam os ilícitos e o interesse público existente na continuidade do negócio.

E, a própria sanção pecuniária, em cotejo com os valores que já serão despendidos para ressarcimento ao erário, deve ser sopesada para se garantir que a pessoa jurídica consiga fazer frente aos pagamentos dos acordos e, por conseguinte, evitar o risco de pedidos de falência ou recuperação judicial. Alternativas nesse sentido, sem se descurar o pleno ressarcimento ao erário, são o parcelamento dos valores acordados ou a substituição do pagamento em pecúnia por bens, obras ou serviços a serem prestados pela empresa em favor da sociedade.

Floriano de Azevedo Marques Neto já apontava, no âmbito do direito regulatório, a pouca eficácia da unilateralidade e exorbitância da tradicional atividade sancionatória das agências, raciocínio este que pode ser, validamente, transplantado para a esfera de responsabilização da Lei Anticorrupção a justificar, ainda mais, a prevalência dos acordos.¹⁷⁰

Vale ressaltar, ainda, que estatisticamente a celebração de acordos se mostra mais vantajosa ao erário em termos de recuperação de ativos do que a judicialização dos casos uma vez que a morosidade envolvida em sua tramitação e a baixa probabilidade de se encontrar patrimônio dos envolvidos ao final do

¹⁷⁰ “A unilateralidade e a exorbitância tradicionais no exercício da autoridade pública (poder extroverso) têm que dar lugar à interlocução, à mediação e a à ponderação entre interesses divergentes, sem descurar, por óbvio, da proteção da coletividade contra abusos dos agentes econômicos. De outro lado, a atividade regulatória estatal, neste novo contexto, tem que se pautar pelos interesses que lhe cumpre tutelar. A finalidade da atividade regulatória estatal não é a aplicação de sanções e sim a obtenção de metas, pautas e finalidades que o Legislador elegeu como relevantes alcançar. Para atingimento destas finalidades primaciais pode lançar mão, dentre outros instrumentos, do poder de sancionar” (MARQUES NETO, Florianio de Azevedo, “Parecer”, RDA – Revista de Direito Administrativo, vol. 221, Rio de Janeiro, 2000, pp. 355-357).

processo para pagamento das condenações aponta a vantajosidade da celebração das avenças¹⁷¹.

Ponto importante a se destacar é a necessária transparência do acordo de modo a se demonstrar a legitimidade dos motivos que levaram as autoridades a celebrá-lo em detrimento da judicialização do caso bem como os seus termos, garantindo-se assim a possibilidade de controle da avença e também agindo como incentivo a celebração de acordos por terceiros¹⁷². Nesse sentido é a orientação constante da Portaria Conjunta AGU-CGU nº 4/2019.¹⁷³

Importante que os signatários abordem, no acordo, todas as sanções possíveis relativas ao mesmo fato, nas suas diversas esferas de responsabilização.¹⁷⁴

¹⁷¹ O caráter dissuasório da sanção aplicada por meio de acordos é um fator determinante para o sucesso de um programa de leniência. O estudo da OCDE (2019) reconhece o desafio em avaliar se as sanções impostas por acordos são efetivas, proporcionais e dissuasórias, sobretudo envolvendo pessoas jurídicas, porque a quantidade e a dimensão dos casos resolvidos por acordos tornam difícil a comparação com os casos que foram submetidos a julgamento perante o Judiciário (OCDE, 2019, p. 16). Os valores pagos em casos de corrupção transnacional por meio de acordos são significativamente maiores do que os valores obtidos até hoje nos casos que foram submetidos a julgamento perante a autoridade competente. Segundo o estudo, as maiores sanções foram aplicadas por acordos, como o caso Odebrecht/Braskem firmado pelo MPF, com 3.5 bilhões de dólares (2016), e o caso Siemens, 1.6 bilhões de dólares (2008). (LOPES, Sara Martins Gomes. Comentários ao Estudo de Direito Comparado Resolving Foreign Bribery Cases With Non-Trial Resolutions da OCDE. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020, p. 17.)

¹⁷² Como destaca o estudo da OCDE (2019), para que o público possa avaliar se as sanções são efetivas, dissuasórias e proporcionais, o Grupo de Trabalho tem incentivado a publicação de informações sobre as sanções monetárias aplicadas. É considerada relevante nesse contexto, por exemplo, a publicação dos valores das propinas pagas. Como boas práticas, o estudo da OCDE (2019) sugere a publicação, em conformidade com o ordenamento de cada país, dos fatos do caso, objetivando esclarecer o que constituiu o suborno transnacional na hipótese; das pessoas sancionadas; das razões para escolha do acordo no lugar do procedimento jurisdicional, bem como a base legal do acordo assinado. (LOPES, Sara Martins Gomes. Comentários ao Estudo de Direito Comparado Resolving Foreign Bribery Cases With Non-Trial Resolutions da OCDE. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020, p. 21.)

¹⁷³ “O acordo de leniência, após sua celebração, será público, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo, as quais inclusive devem ser observadas por todos aqueles que tenham acesso aos elementos de prova por força das atividades de alavancagem investigativa ou outra atuação decorrente dos acordos de leniência.”

¹⁷⁴ “... a responsabilização da pessoa jurídica com a aplicação da mesma sanção por duas esferas ou sistemas diferentes de responsabilização desafia a correta aplicação do postulado da proporcionalidade da razoabilidade e a correta ponderação de princípios, e sendo assim,

Igualmente, para conferir maior segurança jurídica a avença há que se discriminar, no valor acordado a título de pagamento no acordo, a que ele se refere, de forma pormenorizada, discriminando as rubricas que compõe os valores, em especial o quanto se refere a multas em geral e o quanto se refere a ressarcimento ao erário e quais fatos ilícitos estão sendo objeto do acordo e, por conseguinte, de recomposição ao erário, com os valores pagos a tais títulos¹⁷⁵. Tal discriminação ajuda a evitar o indesejável *bis in idem*.

A sistemática dos acordos, com o necessário aperfeiçoamento da cooperação entre os órgãos de controle legitimados, a dosimetria das penas negociadas e possibilidade de parcelamentos ou pagamentos alternativos em bens, serviços e obras das sanções pecuniárias são importantes instrumentos de preservação da função social da empresa, de modo a compatibilizar os interesses sociais de punição e manutenção das atividades empresariais.

havendo a possibilidade de celebração de acordo de leniência, é este o momento em que o agente competente e o particular tem que resolver tudo o que diz respeito ao fato objeto do acordo de leniência, englobando todas as esferas de responsabilização decorrentes do mesmo fato. Apenas dessa maneira irá preponderar a eficiência, a coerência e a racionalidade, e prevalecer o interesse público da coletividade. Todavia, para que seja possível trilhar esse caminho se faz necessária a participação do Ministério Público, bem como das advocacias públicas dos entes envolvidos juntamente com os órgãos de controle interno desses entes” (SANTOS, Kleber Bispo dos. Acordo de Leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, 2016, p. 168).

¹⁷⁵ Digna de nota decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em ação de improbidade administrativa, decretou a indisponibilidade de bens de empresa que figurava como requerida, mesmo tendo celebrado acordo com o Ministério Público Federal, em razão da ausência de clareza quanto aos valores de ressarcimento ao erário. Consignou a decisão que “na mesma cláusula (3º, item a) consta que o valor correspondente a 97,5% do Valor Global, descontada parcela destinada a outras jurisdições, conforme acordos celebrados pela colaboradora com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América e com a Procuradoria-Geral da Suíça, é destinado ao ressarcimento dos danos materiais e imateriais causados pelos fatos e condutas ilícitas objeto do Acordo, aos entes públicos, empresas públicas, fundações públicas e sociedades de economia mista, observado o disposto no artigo 16, § 3º da Lei nº 12.846/2013. Ou seja, não há uma clara discriminação a respeito do quantum a ser pago. Não resta especificado o valor do dano, nem tampouco qualquer referência sobre a cominação de multa e seu valor” ¹⁷⁵ (BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, Rel. Desa. Federal Vania Hack de Almeida, julgado em 22.08.2017)

6.4. A DOSIMETRIA DAS SANÇÕES PECUNIÁRIAS E O PROGRAMA DE INTEGRIDADE COMO ALTERNATIVA

Há muito se verifica apontamento severo da doutrina penal acerca da desproporção entre as sanções previstas para determinados crimes de corrupção. Isto pois, apesar de ambas partirem do mínimo de pena de dois anos de reclusão, na corrupção passiva a pena máxima de privação de liberdade está na casa dos doze anos de reclusão, e apenas oito anos no caso da concussão.

É o que alerta Cezar Roberto Bitencourt:

[...] constata-se uma absurda inversão na graduação legislativa da sanção cominada: a concussão – crime mais grave – recebe punição mais branda, qual seja, de reclusão de dois a oito anos e multa; a corrupção passiva – crime nos grave, comparativamente – recebe punição consideravelmente mais grave, qual seja reclusão de dois a doze anos e multa.

Pode-se afirmar – sem qualquer menosprezo institucional do Poder Legislativo – que aqui se concentra o lixo da produção legislativa ad hoc que tomou conta do Parlamento nos últimos quinze anos, que conseguiu destruir a harmonia do sistema que o sistema jurídico nacional então apresentava [...] ¹⁷⁶

De tal afirmação percebe-se que, já no âmbito do direito penal, tido por muitos como a *ultima ratio*, percebe-se a desproporção de sanções e a ausência de razoabilidade na sua aplicação para determinados fatos, o que denota uma preocupação presente, há muito, na doutrina, acerca da necessária ponderação e adequação na aplicação de sanções de qualquer natureza.

Tal preocupação, no nosso entender, é ainda maior no âmbito do direito administrativo sancionador que não fixa de forma categórica, como ocorre no direito penal, as penas para cada ilícito e não traz critérios claros de dosimetria. Os tipos da lei de improbidade e da lei anticorrupção se mostram muito abertos, o que traz inegável insegurança jurídica.

Louvável a novel previsão do artigo 169, § 3º, inciso I da Lei 14.133/21, ao impor ao controlador que, ao se deparar com o que chama de meras

¹⁷⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal. Saraiva, São Paulo, 2012, p.189.

impropriedades formais deverão ser adotadas medidas de saneamento e mitigação de riscos e não medidas sancionatórias de maior gravidade.

No âmbito da responsabilidade penal da pessoa natural, inexistente a possibilidade de responsabilidade objetiva, o que difere da responsabilidade da pessoa jurídica no âmbito do direito administrativo, trazido pela Lei Anticorrupção. Razão pela qual, no âmbito criminal, a sentença está condicionada à demonstração de culpabilidade, nesses casos o necessário elemento subjetivo e a desimpedida vontade de agir, o que não ocorre no âmbito da Lei Anticorrupção.

Nesse cenário é que encontra importância a necessária dosimetria da sanção, devendo-se levar em conta os critérios principiológicos já traçados e, em especial, a função social da pessoa jurídica.

A aplicação das sanções administrativas tem que encontrar consonância com os direitos fundamentais dos administrados, sob pena de se mostrarem contrárias a todo sistema de responsabilização administrativa e as garantias que são a eles inerentes.

Defende-se, então, a preferência pela celebração de acordos como incentivo a resolução rápida da controvérsia¹⁷⁷, em detrimento a custosos e morosos processos de responsabilização judicial ou administrativa que, conforme já demonstrado, por vezes não levam a mesma eficácia na recuperação do erário do que as transações que, no curto espaço de tempo que implantadas no Brasil já se mostraram como um importante instrumento de recuperação de ativos na esfera civil.

¹⁷⁷ No que tange aos incentivos ao infrator, os acordos permitem a redução das sanções ou evitam uma condenação, além de trazerem a solução final dos casos com maior rapidez e limitarem custos com advogados e complexos julgamentos. Além disso, essas soluções extrajudiciais limitam a exposição dos infratores à publicidade negativa, reduzindo danos reputacionais. Esses pontos são relevantes sobretudo nos casos envolvendo pessoas jurídicas, que estão sujeitas à perda da confiança de investidores e até mesmo de oportunidades de negócios (OCDE, 2019, p. 84-85). (LOPES, Sara Martins Gomes. Comentários ao Estudo de Direito Comparado Resolving Foreign Bribery Cases With Non-Trial Resolutions da OCDE. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020, p. 13.)

Na escolha das sanções a serem aplicadas, seja as negociadas seja aquelas decorrentes de processo administrativo ou judicial, deve-se dar preferência para o perdimento do lucro¹⁷⁸ e aplicação de multa pecuniária, com a aceitação de parcelamentos que não inviabilizem a continuidade da atividade empresarial e nem mesmo a levem a falência. O ressarcimento ao erário, que no nosso sentir é decorrência do ilícito e não sanção¹⁷⁹, igualmente pode se dar por meio dos mencionados parcelamentos.

Toda e qualquer multa decorrente do microssistema de responsabilização anticorrupção deve estar abarcada no acordo a ser celebrado, evitando assim o indesejável bis in idem e a falta de segurança jurídica na celebração dos acordos. Dessa forma, devem prever em seu texto a multa administrativa prevista na Lei nº 12.846/2013, a multa civil decorrente da Lei nº 8.429/92, ressarcimento de enriquecimento ilícito previsto em ambas as leis e ressarcimento de danos da lei de improbidade administrativa.

A Lei Anticorrupção prevê a aplicação de multa administrativa de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, sendo que o Decreto nº 8.420/215 fala da forma de cálculo da multa e a IN CGU-AGU nº 02/2018 fala da

¹⁷⁸ “No que tange ao perdimento de lucros obtidos ilicitamente por pessoa jurídica, o estudo narra que há 5 cenários nos acordos recentemente concluídos nos países parte da Convenção: (i) imposição de multa cumulada com perdimento; (ii) imposição de perdimento em procedimento civil apartado relacionado; (iii) imposição somente de sanção monetária, sem medida de perdimento em separado; (iv) imposição somente de perdimento e (v) perdimento imposto ao menos por uma das autoridades envolvidas em caso multijurisdicional” (LOPES, Sara Martins Comentários ao Estudo de Direito Comparado Resolving Foreign Bribery Cases With Non-Trial Resolutions da OCDE. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020, p. 13.

¹⁷⁹ “O ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de nova infrações. Precedentes do STJ. T. a repercussão do dano, o elemento subjetivo do agente e outras particularidades do caso concreto devem ser avaliados e ponderados pelo julgador ordinário na dosimetria das sanções, aplicáveis cumulativamente ou não, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1184897/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.06.2020, DJE 27.04.2011).

metodologia de cálculo, que se dá, metodologicamente falando, pela consideração dos fatores agravantes e atenuantes previstos na lei¹⁸⁰.

Nos termos do artigo 16, § 2º da Lei nº 12.846/13, a celebração do acordo de leniência possibilita a redução da multa em até dois terços e exclui a sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória, preservando, assim, a imagem da empresa perante a sociedade, de modo que o acordo se mostra como verdadeiro instrumento de atenuação da pena¹⁸¹.

Por expressa disposição legal alguma sanção deve ser aplicada na celebração do acordo, sendo que a sua celebração, em hipótese alguma, poderá eximir o particular da reparação integral do dano causado.

Inegável que para optar pela celebração do acordo a autoridade competente deve analisar uma série de fatores para concluir que a avença se mostra melhor e mais efetiva que o processo de responsabilização, em especial diante da clara análise do interesse público envolvido que se relaciona, intimamente, como a continuidade da atividade empresarial¹⁸², conforme defendido até o presente momento.

¹⁸⁰ “Dessa forma tem-se o valor do faturamento como base de cálculo, sobre o qual devem ser aplicados os fatores agravantes específicos ao caso sob análise, nos termos do art. 17, incisos I a VI do Decreto nº 8.420/2015, e, após, deve ser deduzido o valor em função dos fatores atenuantes, nos termos do art. 18, incisos I a V do Decreto nº 8.420, sempre se respeitando a faixa de percentuais indicados. Somados os percentuais de agravantes e diminuído da soma dos percentuais de atenuantes, tem-se o valor percentual a ser aplicado sobre a o faturamento bruto para cálculo da multa”. (MENEZES, Matheus Bredt, VEIGA, Victor Godoy e ANTUNES, Viviane André. Acordo de Leniência: as obrigações pecuniárias e seus efeitos na perspectiva das leis nº 12.846/2013 e 8.429/1992. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020, p. 50)

¹⁸¹ Todavia, o acordo de leniência é instrumento de aplicação do direito sancionador, em ambiente de consensualidade, no qual as pessoas jurídicas decidem colaborar com investigações de interesse do Estado, recebendo em contrapartida mitigação em suas penas, a exemplo da previsão de redução de até 2/3 (dois terços) da multa administrativa aplicável. Nesta perspectiva, e observando o princípio da proporcionalidade, é esperado que as sanções aplicadas no âmbito dos acordos possuam certa atenuação quando comparadas com os processos administrativos e judiciais ordinários que se oporiam em face da empresa sem que houvesse colaboração. (MENEZES, Matheus Bredt, VEIGA, Victor Godoy e ANTUNES, Viviane André. Acordo de Leniência: as obrigações pecuniárias e seus efeitos na perspectiva das leis nº 12.846/2013 e 8.429/1992. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020, p. 51).

¹⁸² “Conforme o estudo da OCDE (2019), ao decidir por firmar um acordo, as autoridades responsáveis consideram principalmente os seguintes fatores: o interesse público, a disponibilidade de tempo e recursos no órgão a cargo da responsabilização, e a robustez do

Além da dosimetria das penas, em especial quanto as possibilidades de parcelamento e sua substituição por bens, serviços e obras em favor da Administração Pública lesada, importante instrumento para se evitar a ocorrência de ilícitos futuros é a imposição de implementação de programas de integridade no âmbito da pessoa jurídica infratora.

Não se descarta a importante previsão do artigo 32, V da Lei das Estatais que prevê a existência de programa de integridade como diretriz para as contratações levadas a efeito com as partes interessadas e a imposição pela Lei 14.133/21, a nova Lei Geral de Licitações, em seu artigo 25, §4º, da implementação de programas de integridade, em até seis meses da celebração do contrato, para os vencedores de licitações de obras, serviços e fornecimento de grande vulto bem como a sua existência como critério de desempate entre vencedores, nos termos do artigo 6º, IV.

Destaca-se, ainda, a previsão do artigo 7º, VII da Lei Anticorrupção e do artigo 156, § 1º, V, da novel Lei de Licitações que colocam os programas de integridade como atenuantes das sanções por ilícitos decorrentes das aludidas leis.

O acordo além de beneficiar a empresa e seus colaboradores também beneficia a cadeia produtiva em que ela se insere, o setor econômico em que atua e cria um ambiente de negócios saudável entre os *players* daquele mercado que, certos que seus concorrentes zelam pelo cumprimento da lei, tem maiores incentivos de fazerem o mesmo de modo a participarem, com cada vez mais lisura, daquele mercado específico.

Assim, a celebração de acordos com a previsão de programas de recuperação da probidade se mostram em total consonância com um sistema de

acervo probatório à disposição das autoridades no momento da tomada da decisão (OCDE, 2019, p. 67). Há ainda uma série de critérios relacionados à conduta do infrator que são considerados pelas autoridades ao analisar um acordo que tem o objetivo de promover e recompensar seu bom comportamento” (LOPES, Sara Martins Comentários ao Estudo de Direito Comparado Resolving Foreign Bribery Cases With Non-Trial Resolutions da OCDE. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020, p. 13.

responsabilização que se pretenda funcional e garantidor da função social da empresa.

A título de estudo de direito comparado, Rafael Wallbach Schwind rememora o conceito de self-cleaning do Direito Comunitário Europeu¹⁸³, que traz medidas de autossaneamento da empresa¹⁸⁴ para que ela, por meios próprios e internos de recuperação da probidade, possa resolver seus problemas internos que levaram a prática de atos corruptos e, por conseguinte, voltar ao mercado de forma “limpa”, passando a cumprir as leis do país em que está inserida e contribuir para um ambiente saudável de negócios¹⁸⁵.

¹⁸³ “A ideia geral do self-cleaning é que, se o interessado adotou determinadas providências para garantir que os ilícitos praticados no passado não venham a se repetir no futuro, ele voltou a ser uma empresa que goza de confiabilidade suficiente para ser contratada pela Administração Pública. Assim, como os objetivos buscados como uma eventual exclusão são alcançados por meio do autossaneamento, entende-se que as autoridades adjudicantes não podem excluir dos procedimentos de contratação aqueles agentes econômicos que adotaram medidas efetivas de self-cleaning” (SCHWIND, Rafael Wallbach. O self-cleaning no direito comunitário europeu e sua compatibilidade com o direito brasileiro. In. Direito Administrativo Sancionador Comparado. Coord. Edilson Pereira Nobre Junior, Ana Cristina Aguilar Viana e Marília Barros Xavier. São Paulo: Editora CEEJ, 2021, p.86/87).

¹⁸⁴ “Evidentemente, não é possível fixar em abstrato quais seriam as medidas necessárias e adequadas para que o interessado possa promover esse autossaneamento. Isto dependerá das circunstâncias de cada caso concreto, levando-se em conta a gravidade do ato praticado, a sua duração, a sua eventual recorrência e o seu impacto econômico. Entretanto, tais medidas envolverão, normalmente (i) o esclarecimento dos fatos e das circunstâncias relacionadas às irregularidades, (ii) a reparação dos danos causados, (iii) a adoção das medidas relacionadas ao pessoal que atua em nome da empresa e (iv) a adoção de medidas estruturais e de organização interna pela empresa. ” (SCHWIND, Rafael Wallbach. O self-cleaning no direito comunitário europeu e sua compatibilidade com o direito brasileiro. In. Direito Administrativo Sancionador Comparado. Coord. Edilson Pereira Nobre Junior, Ana Cristina Aguilar Viana e Marília Barros Xavier. São Paulo: Editora CEEJ, 2021, p. 96).

¹⁸⁵ “O terceiro fator é que, no Brasil, existem vários institutos que poderiam servir de veículos para o estabelecimento de medidas de self-cleaning (ou autossaneamento). A Administração Pública e os órgãos de controle podem negociar acordos sobre diversas matérias, inclusive tratando da aplicação das sanções. Há previsões normativas de acordos de leniência e termos de ajustamento de conduta que têm por efeito justamente a suspensão de uma penalidade específica. Há também a figura dos acordos de não persecução cível recentemente introduzidos na Lei 8.429/92 (artigo 17, § 1º) em substituição a dispositivo que antes simplesmente vedada a celebração de acordos em ações de improbidade” (SCHWIND, Rafael Wallbach. O self-cleaning no direito comunitário europeu e sua compatibilidade com o direito brasileiro. In. Direito Administrativo Sancionador Comparado. Coord. Edilson Pereira Nobre Junior, Ana Cristina Aguilar Viana e Marília Barros Xavier. São Paulo: Editora CEEJ, 2021, p. 115/116).

No mesmo sentido é a lição de Alice Voronoff¹⁸⁶ que entende o mecanismo de autossaneamento como importante instrumento de recuperação a empresa envolvida em atos de corrupção.

Percebe-se, portanto, que as próprias Lei Anticorrupção e de Improbidade Administrativa possuem mecanismos de apenamento funcional dos envolvidos em atos de corrupção sendo que, a dosimetria das sanções e a imposição de adoção de programas de integridade no seio das pessoas jurídicas mostram-se como importantes mecanismos de recuperação da probidade da pessoa jurídica garantindo, mediante saneamento a ser feito por ela, que haja a justa punição pelo fato ilícito praticado e, ao mesmo tempo, a manutenção da atividade empresarial, em respeito ao tão caro princípio da função social da empresa.

6.5. A RACIONALIZAÇÃO DAS MEDIDAS DE INDISPONIBILIDADE DE BENS

O *ius puniendi*, nesse contexto, deve ser aplicado levando-se em conta o impacto sobre a atividade econômica. A manutenção da atividade empresarial é valor constitucional assim como aqueles que se pretende preservar ou proteger por meio do direito sancionador, isto porque o atendimento pleno daqueles direitos depende necessariamente do desenvolvimento econômico sustentável promovido não pelas varas judiciais, mas pela riqueza produzida nos postos de trabalho.

Isto porque é consectário do princípio da eficiência, razoabilidade e boa-fé que as decisões, atos, projetos e programas públicos não sejam pautados em bússolas morais ou emocionais. Ao contrário, o estado da arte da cientificidade e racionalidade é critério constitucional para validade última dos atos

¹⁸⁶ “O problema é que esse olhar, além de não ser necessário, pode levar à própria inviabilização da empresa. Justamente por isso, os autores explicam que, em outros ordenamentos jurídicos, notadamente nos Estados Unidos e na União Europeia, existe a previsão de medida alternativa voltada a “salvar” ou reabilitar a pessoa jurídica. Pelo instituto do autossaneamento (ou “self-cleaning”), permite-se que o agente regulado readquira o direito de contratar com a Administração Pública caso demonstre ter adotado providências suficientes para assegurar a inocorrência de violações e atos de corrupção no futuro. A ideia é que a substituição da sanção por um caminho de compromisso previna riscos de modo mais efetivo.” (VORONOFF, Alice. Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 176)

administrativos e judiciais, razão pela qual o cálculo das consequências da persecução sancionatória é imperativo.

Os ônus viabilizados por um processo sancionador disfuncional às atividades empresariais são diversos. No caso da indisponibilidade de bens pretende-se o sequestro de valores suficientes para o ressarcimento ao erário e alijamento dos bens obtidos ilicitamente pela pessoa jurídica em razão dos atos por ela praticados. Natural, portanto, que a empresa que agrega bens ou valores de origem ilícita, necessariamente que passaram a integrar seu patrimônio formal, pode ser alvo de medidas constrictivas patrimoniais, mesmo que o ato ilícito não tenha sido praticado por administrador ou funcionário.

Já no arresto ocorre trancamento de patrimônio lícito para assegurar eventual reparação de danos, caso haja condenação. Tal instrumento processual requer cotejo maior para aplicação, vez que se pode estar diante de propriedades e valores não pertencentes aos agentes do ilícito, mas à pessoa jurídica. Excetuada a previsão penal de crimes contra o meio ambiente, somente pessoas naturais podem sofrer a constrição nesse sentido. Caso a medida de arresto esteja definida na decisão, o que é imperativo, existe ônus argumentativo para o ato decisório de quantificar por demonstração o prejuízo causado, a fim de que possa legitimar a extensão da medida constrictiva.

A avaliação cuidadosa das constrições patrimoniais está diretamente relacionada à preservação da atividade empresarial, que deve estar no âmbito de vetores decisórios não só do *ius puniendi* penal, mas também do direito administrativo sancionador. Isto porque não se deve admitir a indistinção das medidas no âmbito processual, inviabilizando a totalidade do patrimônio para fins de ressarcimento e decorrentes de atividade ilícita, vez que evidente violação da legalidade e a possibilidade de defesa processual mediante preenchimento de requisitos. É ônus, portanto, do estado acusador a distinção dos ativos. No caso da lavagem de capitais, por exemplo, a legislação imputa inversão do ônus probatório, de modo que o investigado ou acusado deve fazer prova da licitude dos bens para que o juízo suspenda a indisponibilidade, nos termos do artigo 4º, §2º da Lei nº 9.613/98, o que não encontra previsão semelhante no âmbito do direito administrativo sancionador.

As fraudes em licitação e o crime de corrupção são ilustrativos da necessidade dessa discriminação. No primeiro caso o valor recebido como contrapartida para o contrato adjudicado não guarda relação direta necessária com o prejuízo ao erário, de modo que o arresto dessa quantia *in totum*, sem que seja cotejado indício de superfaturamento e a contraprestação da licitante vencedora importará constrição ilegal e leva ao indevido enriquecimento sem causa da Administração que, não obstante a existência de um ilícito, foi beneficiária da prestação de um serviço. Quanto à corrupção, o parâmetro mais confortável ao juízo e acusador é o valor mercantilizado do ato administrativo, popularmente chamada de “propina”, o que, da mesma forma, não tem qualquer relação proporcional ao prejuízo eventual. É preciso nesse último caso, distinguir a pena pecuniária da reparação de dano, a qual pode inexistir no caso concreto.

É contraditório, portanto, com uma mão fornecer ao investigado e processado meios de fazer transparecer os atos ilícitos que praticou, tendo em vista a redução dos impactos penais e patrimoniais, caso se produza no âmbito do processo penal e civil medidas cautelares que não contemplem as consequências econômicas em sistema. A ruína da atividade empresarial, além disso, inviabiliza eventual projeção de reparação de dano, ou seja, contemplando a manutenção da atividade empresarial em um plano de persecução sancionatório, seria possível ampliar os valores a serem ressarcidos, como contrapartida da leniência.

O processo sancionador deve estar inserido na sistemática do combate à corrupção na medida em que constrições patrimoniais que inviabilizem a manutenção da atividade empresarial, durante e após o processo, tem consequências nefastas que fazem transcender a pena, violar garantias processuais e colocar em risco os benefícios que aquela entidade empresarial traz à sociedade, seja pelo seu encolhimento, seja pela sua ruína completa. Por menor que a empresa seja, é preciso tê-la em mente como uma peça da engrenagem econômica que fornece empregos, serviços, produtos, recolhe tributos e tem compromissos com credores; e pela financeirização da economia de mercado está sujeita à rápida inoperância em casos de constrição patrimonial severa. De início, portanto, é imperioso que se avalie de forma responsável o

ativo circulante de empresas, correspondente ao pagamento de credores e empregados vulneráveis no caso concreto.

Evidente que as medidas cautelares não estão em xeque, até porque em conformidade com a Constituição. Todavia, o autorizativo constitucional deve ser ampliado para contemplar não apenas a ampla defesa, presunção de inocência e demais garantias, mas também a função social da empresa, busca do pleno emprego, e liberdade de iniciativa. Assim, com o planejamento sistêmico de medidas cautelares, de imediato se tem a inclinação do corpo empresarial de apontar executivos e funcionários como responsáveis pelas práticas ilegais. Da mesma forma se atenderia a visada manutenção da atividade empresarial, naquilo em que escorreita evidentemente. Caso haja a determinação de constrições patrimoniais indiscriminadas e inconsequentes, o efeito contrário será esperado, qual seja o estímulo a um apenamento disfuncional.

A interpretação processual nesse sentido e propostas de alteração legislativa para a sofisticação das cautelares patrimoniais é defendida por Pierpaolo Cruz Botini, Walfrido Warde e Fernanda Lara Tórtima:

“A exemplo do que se fez em relação a medidas cautelares pessoais, criando-se alternativas às prisões preventivas, é possível pensar em opções para mitigar os efeitos nefastos das medidas cautelares patrimoniais contra pessoas jurídicas.

Nesse sentido, pode-se indicar, a título de exemplo, a obrigatoriedade de contratação de auditorias externas e monitorias para fiscalizar medidas de proibição de distribuição de dividendos ou de saídas de caixa para fins não operacionais, depósito paulatino e viável — de acordo com o *ability to pay* a ser aferido por auditoria externa — de valores a serem futuramente perdidos, e ainda a prestação de garantias judiciais sob a forma de fiança bancária ou seguro-garantia, todas medidas a serem cumpridas em substituição ao sequestro dos ativos, principalmente daqueles destinados ao cumprimento de obrigações que digam respeito à sobrevivência da sociedade.”¹⁸⁷

¹⁸⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. WARDE, Walfrido e TÓRTIMA, Fernanda Lara. Quando o Estado bloqueia tudo: Medidas cautelares penais patrimoniais. Acesso em 20 de novembro de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-07/tortima-bottini-warde-quando-estado-bloqueia-tudo>.

A alegação de que a constrição patrimonial, principalmente no início das ações judiciais de responsabilização, atenderia ao princípio do *in dubio pro societate*, ou na dúvida em favor da sociedade, em verdade acaba por desvirtuar o mencionado princípio já que a dúvida em favor da sociedade, em verdade, pode prejudicar a própria coletividade que recebe as externalidades positivas da empresa processada em razão dos benefícios já mencionadas pela manutenção da atividade produtiva.

Benvindas seriam as propostas legislativas e agregariam a um projeto de combate racional à corrupção. No entanto é preciso acrescer ao sistema a necessidade de reorientação da Administração Pública e Poder Judiciário no sentido de se viabilizar os instrumentos de intervenção do estado na economia justamente com essa finalidade, qual seja, não só sancionar negativamente a corrupção, mas assegurar também a intranscendência dessas sanções, por meio da potencialização da manutenção da atividade empresarial e o universo de valores constitucionais que a atividade preserva quando em funcionamento.

6.6. O PROJETO DE LEI Nº 10.887/2018 E A POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA LEI Nº 8.429/92

Em 16 de junho de 2021 a Câmara dos Deputados aprovou, com emendas, o Projeto de Lei 10.887/2018, de autoria do Deputado Federal Roberto de Lucena, que altera a Lei nº 8.429/1992, que dispõe sobre improbidade administrativa.

Até o depósito da presente tese o Projeto de Lei encontrava-se no Senado Federal para continuidade do processo legislativo com a deliberação daquela casa legislativa.

Chama atenção na referida proposição, já aprovada pela Câmara dos Deputados, a inserção, em dois de seus dispositivos, de menções ao princípio da função social da empresa e tentativas de garantir a preservação das pessoas jurídicas quando do apenamento em ações de improbidade administrativa.

O primeiro deles é o disposto no parágrafo 3º do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa que passaria a ter a seguinte redação, se aprovado o projeto em comento:

§ 3º Na responsabilização da pessoa jurídica, deverão ser considerados os efeitos econômicos e sociais das sanções, de modo a viabilizar a manutenção de suas atividades.

Louvável a preocupação do legislador e em total consonância com o que foi defendido até agora quanto a necessidade de se considerar, quando da aplicação das sanções por atos de improbidade administrativa, os efeitos econômicos e sociais da sanção bem como o claro objetivo de se garantir a manutenção de suas atividades.

A previsão expressa de critérios para a dosimetria da sanção no Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados e, por conseguinte, a eleição da função social da pessoa jurídica como questão a ser considerada na responsabilização das empresas é de inegável avanço ao ordenamento jurídico brasileiro que, como se sabe, muitas vezes necessita da positivação expressa de dados princípios para que sejam eles observados pelos aplicadores da Lei.

Aplicar a sanção a pessoa jurídica, sem considerar seu impacto social que diz respeito a geração de empregos e arrecadação tributária bem como seu impacto econômico, que nada mais é do que prestigiar as indústrias nacionais, garantir maior concorrência em dado segmento econômico, dentre outros, passarão a ser, agora por imposição legal (a par de já entendermos ser tal princípio de aplicação imediata, por tudo defendido até agora), critério de aplicação e dosimetria de pena.

Já a segunda alteração relevante se refere a proposta de nova redação do parágrafo 4º, também do artigo 12 da Lei 8.429/92, que contará com a seguinte redação:

§ 4º Em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a sanção de proibição de contratação

com o poder público pode extrapolar o ente público lesado pelo ato de improbidade, observados os impactos econômicos e sociais das sanções, de forma a preservar a função social da pessoa jurídica, conforme disposto no § 3º deste artigo

A parte inicial do dispositivo, no nosso sentir, amplia demasiadamente o alcance das penas de proibição de contratar com o poder público que deveriam ser limitadas ao ente contratante e não a toda a Administração Pública.

Contudo, tal dispositivo, se mantido, ao menos traz, novamente de forma expressa e com remissão ao parágrafo anterior, que essa indevida ampliação do alcance da sanção de proibição de contratar só pode se dar se observados os impactos econômicos e sociais das sanções tudo de forma a preservar a função social da pessoa jurídica.

Interessante notar que tais proposições legislativas encontram total consonância com o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que determina que as decisões proferidas nas esferas administrativa, controladora e judicial considerem as consequências práticas por ela causadas.

6.7. A DESAPROPRIAÇÃO DE QUOTAS SOCIAIS COMO MEDIDA DE ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO NA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

O inciso I do artigo 1225 do Código Civil estabelece que a propriedade figura no rol dos direitos reais. O artigo 1228 do Código Civil dá ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor da coisa, bem como o direito de reavê-la junto a alguém que tenha injustamente lhe tirado a posse de determinado bem. Mas os parágrafos do artigo 1228 já apresentam exceções, demonstrando que o direito à propriedade não é absoluto nem incontestável. O artigo 1275 do referido Código, apesar de exemplificativo, corrobora o entendimento esposado pelos parágrafos do 1228 ao trazer hipóteses de perda da propriedade.

Diz o artigo 1228 que

“O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”.

O artigo 1228 acima transcrito é mais um dispositivo constante de nosso atual ordenamento jurídico que, apesar de resguardar ao proprietário todos os direitos inerentes ao seu bem, vem sobrepor os interesses coletivos aos individuais. Não importa se o imóvel é urbano ou rural, fato é que ele sempre será analisado pela lente da função social, buscando afastar da propriedade interesses particulares meramente especulativos.

Tendo explicado de forma sucinta a questão da propriedade, faz-se necessário apresentarmos o entendimento do que é “poder”, tendo em vista que quando se fala em controle, fala-se, em última análise, de poder. Assim, de acordo com Max Weber, “poder significa toda probabilidade de impor a vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”. Por outras palavras, e já trazendo o conceito para o âmbito empresarial, poder é a probabilidade de que uma determinada ordem exarada

por alguém de hierarquia superior seja seguida por pessoas subordinadas a essa hierarquia.

Entretanto, para o cientista político e professor Alvaro Bianchi¹⁸⁸:

“Tal conceito seria, entretanto, pouco útil para a análise das relações sociais, uma vez que todo indivíduo poderia pôr outro em uma situação na qual este último seria obrigado a aceitar sua vontade. Em uma relação entre empregado e empregador, ambos teriam, por exemplo, em situações diversas, poder para fazerem valer suas vontades no mercado de força de trabalho sem que fosse possível determinar de antemão qual das partes prevaleceria. É devido a esse caráter sociologicamente amorfo do conceito de poder que Weber prefere usar o conceito de dominação (Herrschaft), que não seria senão um caso especial do poder (Weber, 1999, v. 2, p. 187): dominação significa “a probabilidade de encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo, entre determinadas pessoas indicáveis” (Weber, 1999, v. 1, p. 33)⁸. A situação de dominação seria, então, aquela na qual uma ou várias pessoas encontram-se em condições de mandar eficazmente em outras. O conceito de dominação seria, assim, idêntico ao conceito de “poder de mando autoritário” (Weber, 1999, v. 2, p. 191). O caráter equívoco do conceito de poder é suprimido pelo conceito de dominação, uma vez que este implicaria uma probabilidade e, portanto, permitiria prever em dada relação qual das partes conseguirá impor sua vontade”.

Então, tendo em vista uma relação de emprego, é possível compreender que, além de uma relação de poder, aquele que ocupa uma posição hierarquicamente superior exerce uma relação de dominação sobre aquele que ocupa posição hierárquica inferior.

A propriedade, sob o ponto de vista jurídico, é o direito de usar, gozar e possuir bens e deles dispor da maneira que quiser e lhe for conveniente. Então, controle e propriedade nem sempre são coincidentes, nem sempre são exercidos por uma mesma pessoa.

É pertinente, neste momento, retomar o que já foi discutido acerca do artigo 170 da Constituição Federal. Nesse dispositivo, a propriedade privada e a livre iniciativa são reconhecidas como direitos fundamentais no Brasil e alicerçam o bem-estar social. A norma constitucional, entretanto, impõe limites

¹⁸⁸ BIANCHI, Alvaro. O conceito de Estado em Max Weber. São Paulo: Lua Nova, 92: 79-104, 2014. Acesso em 19/05/2020. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/ln/n92/a04n92.pdf>.

para o uso e gozo das propriedades particulares. Assim, se o particular não der uso devido à sua propriedade (artigo 5º, inciso XXIII, CF) ou o fizer em desacordo com a legislação, poderá sofrer intervenção por parte do Estado, e essa intervenção é regulada tanto pela Constituição Federal como por leis ordinárias. Cabe notar, todavia, que não importa qual a forma de intervenção adotada, pois qualquer uma estará sempre condicionada ao atendimento do interesse público, e todas têm sua forma de execução detalhada em lei.

O bem-estar social tutelado tanto pela Constituição como por legislações ordinárias é o escopo da justiça social. Para que esse bem-estar social seja mantido ou alcançado, o Estado reserva-se o direito de intervir na propriedade privada para se fazer cumprir norma que o particular está ignorando. Com isso, o Estado busca garantir os direitos individuais. De acordo com os incisos II e III do artigo 22 da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre desapropriação (inciso II) e requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra (inciso III). Aos Estados e Municípios cabe apenas o policiamento administrativo e a regulamentação do uso da propriedade.

Nessa linha, desapropriação é a forma supressiva por excelência de intervenção do Poder Público na propriedade privada, que passa a pertencer ao Estado. Por outras palavras, retira-se a propriedade do domínio do particular, passando essa a pertencer ao Estado.

Essa forma de intervenção encontra seu respaldo legal no inciso XXIV do artigo 5º da Constituição Federal. *In verbis*:

“XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

Podemos pensar que a empresa corrupta pode ter as cotas dos sócios desapropriadas com fundamento na “utilidade pública ou interesse social” do artigo acima, sendo que indenização a ser paga ao proprietário da empresa (que é o corrupto em si) será compensada dos valores para ressarcimento ao erário dos danos causados pela empresa e das multas inerentes. A Administração

Pública caberia, depois, avaliar se opera a empresa ou se a venderia um leilão público, devendo dar preferência a este último.

O instituto da desapropriação consta de nossas antigas constituições, herdado do direito português, passando por evolução no seu entendimento e, principalmente, em sua aplicação em casos práticos. Hoje, conforme a direção apontada por essa evolução, fala-se em desapropriação para atendimento de interesse social.

O artigo 182, no capítulo da Constituição que fala sobre política urbana, delega ao Poder Público municipal as políticas atinentes ao desenvolvimento urbano. Entretanto, para fins de estudo desta tese, transcreveremos os dispositivos constitucionais que melhor ilustram o objetivo a ser alcançado. Isso posto:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

[...]

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais

Apenas a título complementar, o artigo 243 da Constituição veda a indenização por desapropriação de área rural ou urbana onde seja explorado o

trabalho escravo ou o cultivo de plantas psicotrópicas. Nas outras hipóteses, a indenização sempre será devida ao particular.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸⁹ assim conceitua o instituto:

Desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real”.

A função social da propriedade decorre do princípio da preponderância do interesse coletivo sobre o particular. Uma observação, entretanto, se faz necessária neste ponto: mesmo que exista uma propriedade em que a função social esteja sendo cumprida a contento, tal fato não afastará a possibilidade de desapropriação sustentada por interesse ou necessidade pública. A função social da propriedade somente será motivo de desapropriação na modalidade sancionatória. Desse modo, o poder de desapropriar só será legítimo se for para o Estado prover infraestrutura e/ou serviços públicos, ou, se caso o particular estiver sobrepondo seus interesses privados sobre os interesses de toda a coletividade.

A legislação brasileira prevê quatro modalidades de desapropriação, a saber: 1) desapropriação por utilidade ou necessidade pública, que é a mais aplicada em nossa realidade (Decreto-Lei nº 3365/1941); 2) desapropriação por interesse social; 3) desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária (Lei nº 4505/1964, conhecida por Estatuto da Terra, e Lei nº 8629/1993); e 4) desapropriação por interesse social para fins de política urbana, conforme previsão na Lei nº 10.257/2001, também conhecida por Estatuto da Cidade, cuja implementação cabe aos municípios diante de imóveis urbanos que não cumpram a função social.

¹⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 711.

As modalidades apresentadas nos itens três e quatro diferenciam-se das duas primeiras especialmente porque têm caráter sancionatória, uma vez que visam a punir proprietários que não utilizam seus imóveis respeitando a função social de seus imóveis. Essas modalidades sancionatórias de desapropriação foram criadas com o advento da Constituição Federal de 1988, que passou a consagrar a função social da propriedade como fator imprescindível para a manutenção de um imóvel.

Todas as quatro modalidades podem ser implementadas por qualquer um dos entes federativos. Todavia, como se nota, são reguladas por leis editadas pela União, que detém a competência privativa para legislar sobre o assunto, conforme artigo 22, II, da Carta Constitucional.

A desapropriação das quotas sociais da pessoa jurídica envolvida em atos de corrupção pode servir, nessa linha, de sucedâneo as sanções previstas na lei anticorrupção como forma de preservação da própria pessoa jurídica.

O fundamento jurídico está no inegável interesse público envolvido que, mediante exaustiva justificativa da autoridade administrativa, irá demonstrar que, no caso concreto e de forma excepcional, mostra-se mais adequado desapropriar as quotas sociais e converter o valor a ser pago pelo Poder Público ao ressarcimento ao erário e pagamento das demais sanções pecuniárias.

O fundamento de validade de tal prática está exatamente nos institutos da confusão e da compensação previstos nos artigos 381 e 368 do Código Civil, o que dispensaria a Administração em efetuar depósito prévio do preço bem com a autorizaria a se imitar na posse e nomear administrador provisório para a empresa.

A justificativa administrativa para a desapropriação das quotas sociais como alternativa a sanção deve passar por uma análise da viabilidade da empresa, sua potencial geração de empregos (e ao inverso, de geração de desemprego no caso de sua extinção), de recolhimento de tributos (e do não pagamento dos tributos passados e futuros no caso de aplicação da sanção de extinção da pessoa jurídica).

Não havendo interesse público no exercício da atividade empresarial pelo próprio Estado, agora detentor das quotas, como invariavelmente não haverá já que a atuação do estado no âmbito da atividade econômica é exceção, nos termos do artigo 170 e 173 da Constituição Federal, deverão elas serem vendidas em leilão público e o dinheiro auferido revertido aos cofres públicos.

Aqui não há que se falar em confisco de bem privado mas sim de sucedâneo a sanção por ato de corrupção de modo a garantir a continuidade da atividade empresarial e dos benefícios a ela inerentes, já exaustivamente expostos no presente trabalho.

A utilização do instituto da desapropriação para supressão das quotas sociais do empresário certamente incutirá naquele que cogita praticar atos lesivos ao erário verdadeira análise econômica do custo de seu ato ilícito que poderá levar a perda de seu negócio produtivo.¹⁹⁰

Hely Lopes Meirelles, desde 1987, já alertava que poderia haver o cancelamento da pena de declaração de inidoneidade se cessadas as causas que deram cabo a sua aplicação a pessoa jurídica, dentre elas o afastamento do administrador, sócio ou projetista que deu causa a ilegalidade contratual¹⁹¹.

¹⁹⁰ “Essas escolhas seriam guiadas por análises de custos e benefícios. A ideia é que, nas suas diversas atividades, as pessoas projetem ganhos e custos adicionais de suas ações e decidam agir apenas se os primeiros superarem os segundos (ou ao menos se equiparem a eles). O mesmo racional os guiaria inclusive na seara dos comportamentos ilícitos. Acreditasse que as pessoas e as instituições são levadas a infringir a lei ou a descumprir um contrato sempre que isso valer a pena. Daí a infração ser vista como o resultado de uma escolha sempre racional e calculada. Ainda de acordo como os autores da Escola de Chicago, o comportamento racional é resultado de incentivos direta ou indiretamente econômicos, a exemplo do aumento do preço de certo produto (incentivo econômico direto) ou da publicação de uma lei restritiva de direitos (incentivo econômico indireto). Logo, a probabilidade de um indivíduo se envolver em certa atividade ilegal diminuiria na mesma proporção do aumento dos custos associados a esse envolvimento. Por exemplo: quanto mais rígida for a sanção a ser aplicada e mais eficiente a fiscalização estatal, mais “cara” será a opção pela conduta ilícita. Tais variáveis funcionariam como “preços” na equação racional estabelecida por cada agente ao decidir pagá-los ou não” (VORONOFF, Alice. Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 78/79)

¹⁹¹ “A derradeira observação é a de que a declaração de inidoneidade exige oportunidade de defesa e admite cancelamento, desde que afastada a diretoria, a equipe técnica ou o profissional responsável pelas falhas contratuais e técnicas, pois, cessada a causa, devem cessar os efeitos da sanção. Além do mais, são contra a índole do Direito as interdições administrativas perpétuas” (MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo, São Paulo: RT, 1987, p. 219)

Tal raciocínio clássico, anterior a Constituição de 1988, serve igualmente para justificar a possibilidade de desapropriação das quotas sociais de sócios de empresas envolvidos em atos de corrupção como forma de afastamento das pessoas físicas que se utilizam da empresa para a prática de ilícito e conseqüente transferência para o Estado (e depois para novos particulares) para se garantir seu funcionamento e todos os benefícios a ele inerentes.

6.8. CONCLUSÕES PARCIAIS

O presente capítulo trouxe conceitos do Direito Empresarial, do Direito Comercial e do Direito Administrativo para trazer alternativas à extinção da extinção da atividade empresarial, fato esse que, infelizmente, vem ocorrendo de forma repetitiva com os desdobramentos de investigações de âmbito federal que visam combater a corrupção.

A corrupção precisa e deve ser combatida, pois há muito tempo atinge nossas instituições com muita força, deixando-as sem crédito junto à população que, acuada por muitos desmandos, passa a perder fé na classe política e nas empresas. Entretanto, nosso objetivo aqui foi apresentar alternativas jurídicas viáveis que pudessem orientar decisões judiciais e administrativas daqui por diante. São soluções que buscam mostrar que o Estado deve, sim, punir, atos de corrupção, mas que, para isso, não há necessidade de se levar empresas à falência. Os ramos Administrativo, Comercial e Empresarial, juntamente com o entendimento dos Tribunais Superiores, trazem soluções viáveis para que a empresa envolvida em atos de corrupção possa continuar operando normalmente, sem ficar refém de decisões judiciais que vão puni-la muito mais do que o necessário.

A intervenção sofrida por um particular em sua propriedade é o exemplo prático de ato da Administração Pública que retira compulsoriamente direitos dominiais privados para atender interesses comunitários. Por outras palavras, a intervenção na propriedade privada deve estar obrigatoriamente escorada na utilidade e necessidade públicas, bem como no interesse social, razão pela qual deve haver lei federal que autorize a intervenção. Embora a intervenção possa

ser praticada pelos três entes federativos, cabe somente à União legislar sobre tais normas. Na intervenção estatal, o Poder Público afasta a propriedade privada do particular para lhe dar uma destinação pública ou que respeite o interesse social, por intermédio da desapropriação. A requisição, outro instrumento de intervenção do Estado, é adequada para casos de iminente interesse público.

A nosso ver, as decisões judiciais devem ser motivadas, com o passar do tempo e do entendimento aqui trazido, pela busca de uma justiça equilibrada, em que vítimas inocentes, como os funcionários de uma empresa, não precisem ser punidos com desemprego ou redução de salários porque a empresa para quem trabalham se envolveu em atos corruptos.

É plenamente possível punir pessoas físicas responsáveis pelos atos de corrupção; as pessoas jurídicas que representam podem ser punidas de forma mais equilibrada e educativa, sendo desnecessário que elas abram processo de recuperação judicial por conta de atos corruptos levados a cabo por quem ocupa altos cargos dentro da empresa.

Tal constatação nos faz levantar um tópico que guarda íntima relação com a supremacia do interesse público. Trata-se de um instituto altamente constitucionalizado que se insere em todos os campos do direito. Assim, um particular não pode ver sua vontade triunfar se isso resultará em perda para a coletividade. Da mesma forma, é justo e condizente com nossa linha de pensamento afirmar que quando uma empresa precisa fechar suas portas por conta de uma investigação de corrupção, o interesse público também está sendo lesado e, mais do que isso, todo o sistema punitivo precisa ser repensado.

E isso, de certa forma, quem está se propondo a fazer é o Direito Administrativo Sancionador, que se encontra no meio do caminho entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. O Sancionador tem por objetivo racionalizar a aplicação de penas e tornar todo o sistema punitivo mais moderno e enxuto, sendo que os dois ramos do Direito vão procurando se completar para serem mais eficientes, sempre dentro de acordo com princípios constitucionais.

Por fim, aproveitando o ensejo da eficiência, quando se fala em acordo de leniência está-se diante de uma figura relativamente nova dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Ao celebrar esse acordo, uma empresa acusada de corrupção se compromete a colaborar com as investigações em troca de algum benefício acordado com o órgão com quem celebrou o acordo. Vale ressaltar, todavia, nossa posição acerca da importância do cumprimento dos termos da leniência por ambos os lados, mas que, sobretudo, não seja um acordo que seja sinônimo de punição injusta à empresa que o celebrar.

7. CONCLUSÃO

Decidir apresentar argumentação acerca do fenômeno da corrupção, seja em qual área das ciências humanas for, é decidir adentrar um campo de teses apaixonadas. A ojeriza que a identificação do fenômeno causa na sociedade não causa estranhamento, o que justifica a dificuldade do debate de ideias que de certa forma questionam os limites, funções e adequações das sanções negativas que se aplicam aos autores das condutas politicamente repudiadas bem como a real função, constitucionalmente prevista, dos órgãos de controle no Brasil. O que, no entanto, permite a apresentação dessas ideias é a sustentação delas na argumentação lógica, calcada em pesquisa demonstrada de legislação aplicável, orientações jurisprudenciais e literatura jurídica especializada, sem ignorar demais fontes de esclarecimento teórico e factual, como o amparo local nas ciências humanas teóricas e na crítica da realidade brasileira, com seus efeitos práticos de combate à corrupção.

Desta forma foi possível esclarecer, de início, que não se pretendia evidentemente legitimar juridicamente a prática corrupta, em qualquer das suas formas, mas sim trazer para o âmbito de incidência normativa que a aplicação das normas punitivas de combate à corrupção podem ter consequências indesejadas, como o desmantelamento de setores econômicos, extinção de postos de emprego, trabalhos indiretos, e também a arrecadação de impostos. Isto porque a ansiedade punitiva, absolutamente compreensiva, pode inviabilizar as atividades econômicas que estavam enredadas nas condutas corruptas, de modo que a reavaliação das sanções é urgente para que não haja transcendência das reprimendas.

E a partir de tais fundamentos e circunstâncias que foi abordado o panorama legislativo nacional no combate à corrupção. O qual dependia, contudo, de consulta aos entendimentos acerca do fenômeno da corrupção para além de seus efeitos jurídicos. Nessa altura foi identificado como um conceito que deve ser localizado para fins de identificação correta, isto é, a rejeição social e jurídica de determinadas condutas violadoras do interesse político comum, ou interesse público, vai variar conforme a localidade no globo. Sendo assim, não se pode tratar no âmbito teórico do fenômeno da corrupção que não de forma

generalizante a aberta sobre o que determinada coletividade organizada politicamente em um Estado entende como politicamente nefasto ao interesse comum no trato da coisa pública. A partir de tal entendimento teórico é possível dar o passo seguinte à ciência aplicada que é o direito para verificar de que forma a coletividade organizada no Estado brasileiro reconheceu juridicamente como condutas configuradoras de corrupção.

Da necessidade de restrição das condutas para serem sancionadas é que surge a previsão penal no ordenamento nacional para, em outro momento histórico, passar a integrar outros âmbitos de responsabilização jurídica, o que necessariamente afetou os limites da definição do fenômeno, alcançando-se a fixação do conceito de direito administrativo sancionador. Limites esse que hoje estão adstritos ao fato de o Brasil integrar e reconhecer uma ordem jurídica internacional por meio de adesão à tratados internacionais, como o que é referenciado na lei Anticorrupção como a fonte do conceito jurídico aplicável de corrupção, qual seja a conduta de qualquer pessoa que deliberadamente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, direta ou indiretamente a agente público, para que ele ou terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, ocasione vantagem ilícita. A partir do conceito jurídico ficam evidenciadas as dificuldades apontadas pela doutrina no que se refere ao caso brasileiro, uma vez que o chamado lobby não detém regulamentação jurídica e, também no caso brasileiro, haver identificação da origem sistêmica da corrupção justamente no financiamento de campanhas eleitorais.

A partir de então foi possível desenvolver as responsabilidades incidentes aos condenados no ordenamento brasileiro pela prática de corrupção. No âmbito penal, para além dos tipos penais descritos na legislação codificada foram destacados os efeitos negativos de uma condução processual desvinculada com preceitos constitucionais basilares do processo penal. Isto pois as medidas cautelares diversas da prisão que tenham repercussão patrimonial e financeira podem de forma ineficaz ao processo penal e eventualmente para a aplicação de pena repercutir em atividade econômica

relacionada aos atos, transcendendo o sujeito de direitos que é alvo da investigação ou processo.

No âmbito não penal foram verificadas as sanções que potencialmente atingem a pessoa natural ou a pessoa jurídica. A pessoa jurídica tem relevância maior na particularização destas sanções vez que não podem advir consequências penais a elas, uma vez que somente podem ser penalmente sancionadas por ilícitos ambientais. Assim, feito o percurso das responsabilidades não penais no ordenamento com base na construção legal feita no período pré 1988 e em um segundo momento no pós 1988, chega-se finalmente à responsabilização objetiva da pessoa jurídica nos atos considerados corruptos em função da legislação editada em 2013. É a partir de tal construção que a defesa de um microsistema de enfrentamento à corrupção se torna possível.

No âmbito do direito administrativo, importante destacar a Lei Federal nº 4.717/65 que instituiu a Ação Popular a ser manejada contra atos lesivos ao erário, a Lei Federal nº 7.347/85 que traz a Ação Civil Pública enquanto modalidade de ação coletiva de preservação dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a parte sancionatória administrativa da antiga e da nova Lei Geral de Licitações e a Lei Federal nº 8.429/92 que prevê as sanções a serem aplicadas contra aqueles que cometem os atos de improbidade administrativa ali elencados. Por fim, dignas de nota a Lei Federal nº 12.529/11 (Lei Antitruste) e a Lei Federal nº 12.846/13, popularmente conhecida como Lei Anticorrupção que foi tratada de forma mais detida no presente trabalho.

Nesse cenário, ainda, importante trazer à baila a normatização da prevenção e da fiscalização interna, no seio das organizações empresariais, dos ilícitos ligados à corrupção, dentro de seus programas de integridade ou *compliance*, que objetivam prevenir desvios operacionais que violem a lei e permitem, nos termos legais, possíveis barganhas de sanção na negociação de acordos de leniência. A leniência em si, enquanto instrumento de manutenção da atividade empresarial é instituto a ser reinterpretado e adequado para a sofisticação do combate à corrupção, enquanto os demais instrumentos,

atinentes à persecução sancionatória negativa, devem ser avaliadas sob a crítica do direito administrativo sancionador e da preservação das empresas.

Por outro lado, o instrumento da leniência e mesmo os acordos administrativos em geral a serem celebrados em outras fases do processo de apenamento e por outros órgãos legitimados estão mais alinhados às necessidades apontadas a um outro tipo de combate à corrupção. Isto ocorre porque a atividade empresarial envolvida nas condutas ilícitas, no momento da negociação de acordos, tem a oportunidade de tornar público o fato praticado, apresentar provas que elucidem a questão e aumentem o rol de envolvidos e assim manter sua atividade econômica. Tem-se, no entanto, que sofisticar o processo de reconhecimento de culpa e plano de manutenção da atividade econômica para que o ator político a participar do ajuste não carregue os vícios da espetacularização à leniência. Sem falar na insegurança jurídica que decorre dos diversos âmbitos de responsabilidade que podem tornar ineficaz o acordo de leniência celebrado com um único dos muitos órgãos de controle existentes no Brasil, como a fiscalização de contas, a administração propriamente dita, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, o Banco Central e o próprio Ministério Público, sem falar de outras formas de responsabilização administrativa e judicial.

Nos moldes do que a jurisprudência e doutrina já fizeram no que se refere ao microssistema de tutela coletiva, a avaliação do conjunto de diplomas com fundamento de validade na Constituição Federal e que ressoam a sistemática global de combate à corrupção, levou à necessidade de se sustentar o reconhecimento de organização interpretativa semelhante ou análoga para a corrupção. Isto porque depende justamente de uma aplicação racional e consequencial de todas as normas atinentes ao combate à corrupção a pretendida racionalização do enfrentamento do fenômeno. Invariavelmente os diplomas repressivos são reconhecidos como os que centralizam o microssistema, mas está vinculada a sua aplicação pelas instâncias procedimentais o cuidado necessário de preservação da atividade empresarial, a intranscendência das penas, a busca do pleno emprego, a livre concorrência, e especialmente a individualização da pena. Caso isso não corre não será possível o intuito racionalizador que se espera de um sistema punitivo coeso.

Antes de se fundamentarem os redirecionamentos necessários à preservação da atividade empresarial como fator determinante na condução punitiva, é feito esforço comparativo acerca de normas estrangeiras sobre o combate à corrupção. Os diplomas apresentados, quais sejam, o Foreign Corrupt Practices Act - FCPA (diploma legislativo anticorrupção dos EUA), e o Bribery Act (lei britânica de combate à corrupção) foram decisivos na formatação da lei nacional, em especial na extensão das penalidades aplicáveis às empresas, a responsabilidade objetiva propriamente dita, além da internalização dos programas de integridade ou compliance. Tal instituto vai incidir diretamente na eventual punição ou mesmo no entabulamento do acordo de leniência, o que em qualquer das hipóteses tem efeitos econômico e empresarial a serem considerados, vez que a exposição da pessoa jurídica pode alcançar a opinião pública por intermédio da publicação das sanções e acordos. É dessa relação dialética entre a experiência estrangeira, e a ordem jurídica interna (informada pela ordem global) que se extrai o redirecionamento dos esforços anticorrupção, que não podem prescindir da avaliação das suas consequências econômicas, em especial pelos critérios do interesse público e a função social da empresa por terem fundamentos constitucional. Da mesma forma que a função social da propriedade, no caso da função social da empresa há óbice constitucional de atividade danosa à coletividade ao mesmo tempo que à orienta a produzir serviços e produtos que detenham utilidade social. É por isso que o princípio da função social da empresa não pode ser compreendido apenas como a imposição de deveres somente a ela, mas sim a própria Administração, aos órgãos de controle e ao Poder Judiciário que tem o dever de preservá-la.

Desse modo foi possível relacionar os instrumentos nacionais já aplicados com os resultados indesejados, como o acordo de leniência levado a efeito por diversas instâncias procedimentais, ferindo de morte o princípio da segurança jurídica.

Não se trata de condescendência criminosa ou manutenção do *status quo*, ao contrário, pois considerar a função social da empresa na aplicação do direito levará à maximização dos demais princípios constitucionais que visam, aplicados em conjunto, a construção de uma sociedade mais justa, calcada na

solidariedade. Somente podem ser aplicados em conjunto estes princípios caso se tenha a possibilidade de ampla negociação de acordos de leniência, de forma célere e segura, aplicação proporcional das sanções existentes nas leis de direito administrativo e, em último caso, transferir compulsoriamente o controle empresarial, promover alienação forçada de ativos e antes disso impor fiscalização diferenciada à empresa, aliada a planos de recuperação de probidade, tudo como forma de preservação da atividade empresarial, dos empregos e da arrecadação tributária e, ao mesmo tempo, efetivo combate a ilícitos.

Tal proposição passa, necessariamente, pela distinção jurídica entre os atos causadores do dano, o rol de vitimados pelo ato, e os responsáveis pelos atos. Referida distinção é necessária uma vez que a própria empresa, enquanto pessoa detentora de direitos e deveres na ordem jurídica, direitos e deveres estes distintos de seus controladores e proprietários, pode ser vítima dos atos violadores de integridade levados a efeito pelos seus administradores ou representantes. A preservação da atividade empresarial é tão importante quanto à preservação do ente público envolvido e, em especial, do erário. Em nenhum dos casos vividos pelo Brasil no passado recente foi cogitada e extinção de entes públicos, evidentemente em razão da sua razão de ser em prol do bem comum. Esse raciocínio deve ser transportado, *mutatis mutandis*, à preservação das empresas. Casos em que tem que se levar em conta a necessidade de redução dos impactos negativos a terceiros em razão das sanções aplicadas as pessoas jurídicas, com o compromisso inafastável de reparação dos danos causados.

O acordo de leniência não deixa de ser um voto de confiança a empresa. Ao celebrar esse acordo, uma empresa acusada de corrupção se compromete a colaborar com as investigações em troca de algum benefício acordado com o órgão com quem celebrou o acordo. Vale ressaltar, todavia, nossa posição acerca da importância do cumprimento dos termos da leniência por ambos os lados, mas que, sobretudo, não seja um acordo que seja sinônimo de punição injusta à empresa que o celebrar.

Razão pela qual o caso da centralização da celebração de acordos, por meio da criação de comitê, em âmbito federal, que congregue os diversos

legitimados para celebrá-los seria eficaz. De outro lado a aplicação racional dos instrumentos de intervenção do estado na propriedade, como a desapropriação de quotas sociais, estão constitucionalmente habilitados para integrar o microssistema anticorrupção com vistas à manutenção das atividades econômicas.

O vínculo dos instrumentos constitucionais com o microssistema foi estabelecido a partir do direito administrativo sancionador, o qual não prescinde da limitação dos direitos e garantias fundamentais, tampouco de guardar dever de razoabilidade e proporcionalidade na fixação das sanções, cuja fundamentação tem ônus específico da demonstração de racionalidade, com base nos objetivos determinantes. A atividade sancionatória administrativa deve se compatibilizar com os demais princípios constitucionais, devendo ser interpretada dentro do sistema jurídico posto, ou seja, a aplicação da sanção não pode ser feita fora dos princípios previstos no microssistema, todos com base constitucional.

Na garantia de efetividade das sanções e que elas cumpram seus objetivos de forma consentânea com a realidade reside a mesma razão para que a intervenção do estado na economia mantenha a atividade empresarial em operação. A sanção, com efeito, deve ser adequada, ou seja, além de encontrar expressa previsão legal e correlação lógica com a infração administrativa cometida, bem como ser proporcional e razoável ao caso concreto, ter por fim o interesse público na sua aplicação. A prevalência dos acordos, em detrimento de morosos e ineficazes processos de responsabilização, além de se mostrarem como um importante instrumento de recuperação de ativos na esfera civil, garante a célere superação da crise de probidade em que vive a empresa.

Conforme defendido, para se garantir o pleno ressarcimento ao erário, sem prejuízo da continuidade da atividade, deve-se adotar alternativas como o parcelamento dos valores devidos a título de ressarcimento ou a substituição do pagamento em pecúnia por bens, obras ou serviços a serem prestados pela empresa em favor da sociedade, garantindo assim seu pleno funcionamento.

É nesse sentido que está a análise analógica do artigo 47 da Lei de Recuperação Judicial e Falência, vez que pela sanção tem-se que não impedir a superação da situação de crise moral daquela atividade empresarial, o que não pode ser feito caso esta venha à bancarrota. No direito societário, em especial no direito falimentar, diante de uma situação de crise busca-se a sua superação com o saneamento do sistema empresarial. A manutenção da atividade produtiva é do interesse do governo enquanto próprio lesado pela atividade ilícita praticada pela empresa uma vez que terá maior rapidez e garantia no ressarcimento ao erário e garantirá a manutenção da arrecadação de tributos e o conseqüente crescimento econômico do país, dos empregados pela manutenção dos postos de trabalhos e dos credores (os acordos possibilitarão que a empresa permaneça no mercado e pague suas dívidas). A manutenção da atividade reflete a manutenção de outros valores constitucionais como as relações de emprego, relações comerciais legítimas e também da necessidade arrecadadora de tributos. Em última análise, o combate a corrupção funcional levará a louvável estímulo à atividade econômica, a observância do princípio constitucional da função social da empresa, que decorre da função social da propriedade, e a adequação ao objetivo fundamental da república de garantir o desenvolvimento nacional.

Tal analogia com o direito falimentar não está em desacordo com o ordenamento jurídico nacional que se pretende consolidar no período pós 1988. Nesse sentido é que não pode ser considerado artifício a sustentação da interpretação sistemática que considere repercussões à aplicação da sanção. Os direitos sociais e as funções da empresa previstos na Constituição Federal e Código Civil, respectivamente, não são ornamentos a se aplicar em peças e decisões judiciais, mas normas dotadas de força exigível, razão pela qual o valor do trabalho enquanto direito social não pode ser desprezado. Da mesma forma que é o empresário, ou a atividade empresarial quem gera ou faz circular bens e serviços, o que não pode estar desvinculado do requisito constitucional para a fruição do direito de propriedade, há muito não absoluto.

Se o Direito Administrativo é a pragmática do direito constitucional, é imperioso orientar a hermenêutica desse ramo para a concreção de direitos humanos. A Constituição Alemã de Weimar em 1919 positivou o princípio da

função social da propriedade, que foi posteriormente previsto pela Constituição da República Federal da Alemanha de 1949 em seu artigo 14, alínea 2: “a propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade”.

Dentro dos conceitos mais básicos de direito empresarial, o empresário é aquele que utiliza de um complexo de bens, dentre eles o estabelecimento comercial, para o atingimento de seus objetivos sociais e para a produção de riquezas. O conflito entre o interesse próprio da empresa e o interesse público é apenas aparente quando da aplicação das sanções, pois se a empresa tem função social a ser observada é de interesse público a sua preservação. Nessa linha, a preservação da empresa não é só interesse próprio mas sim interesse da coletividade para preservação dos empregos, da atividade empresarial, da arrecadação tributária dentre outros. O administrador da atividade empresária, englobado aqui o acionista controlador, enquanto detentor dos meios de produção e circulação está vinculado legalmente à função social dessa propriedade que é justamente atender a sociedade com serviços e produtos necessários. Não é outra a origem da função social da empresa que não a da propriedade, razão pela qual não se pode abrir mão da participação da administração na concreção do princípio da função social da propriedade, o qual não incide apenas como imposição ao empresário, mas também é uma imposição à Administração Pública. Em verdade, o poder-dever não é só do empresário mas sim da Administração em garantir meios para a preservação da empresa, seu desenvolvimento e, no caso de ilícitos administrativos praticados, garantir que ela permaneça e seus sócios sejam apenados e não a atividade em si seja colocada em risco.

A pretendida sincronia entre as previsões legais, em especial os comandos constitucionais de repressão à corrupção, e os comandos constitucionais de condutas administrativas tendentes à concreção de objetivos de desenvolvimento, garantia de trabalho, de liberdade de empresa, de não abuso do direito de propriedade depende da necessária interlocução entre os órgãos de controle como eficácia dos acordos e das sanções. Isto sob pena de inviabilidade da referida harmonia e se optar apenas pela necessidade de retribuição. Caso em que as decisões administrativas e judiciais devem ser

motivadas com o ônus de englobar as consequências sociais e econômicas da sanção aplicada, não se admitindo como fator determinante de uma situação pré-falimentar ou falimentar ajuste de leniência ou resultado do devido processo legal judicial ou administrativo. Por essas razões e, considerando a origem moderna da concepção abrangente do que significa a corrupção, que é a violação do interesse público, que, ainda que se esteja no âmbito da discussão penalizadora, surge ao direito administrativo a nova tarefa de, por meio do Direito Administrativo Sancionador, racionalizar a aplicação de sanções negativas e tornar todo o sistema punitivo mais moderno pela harmonização eficiente dos princípios constitucionais.

É pela sofisticação do combate à corrupção que se pode delimitar o alcance das sanções, de direitos ou econômicas. Em última análise o que se quer é a maximização do princípio da individualização da pena, da intranscendência das sanções, para que o universo de relações jurídicas escorregitas, honestas e produtivas não seja impactado pelo mau uso do poder econômico, político e também social que caracteriza o *modus operandi* de quem corrompe.

O apenamento funcional e racional, dentro das balizadas constitucionais já existentes, beneficia a empresa enquanto parte da cadeia produtiva em que se insere, os empregos por ela gerados de forma direta e indireta, o setor econômico em que atua já que cria um ambiente de negócios saudável bem como garante a própria manutenção do Estado enquanto dependente da arrecadação tributária para garantir o funcionamento dos serviços públicos a seu cargo.

8. REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Constitucionalismo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Acesso em 20.02.2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-1/constitucionalismo>.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Prefácio. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020.

AQUINO, Tomás de. Suma Teológica. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

ARAÚJO, Marcelo Barreto de. Comentários à Lei nº 12.846/2013: diretivas sobre o programa de compliance; Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2016. acessado em 18/03/2020 http://cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/comentarios_a_lei_12846_2013_diretivas_sobre_o_programa_de_compliance.pdf.

ARAUJO, Valter Shuenquener de. Direito administrativo sancionador no Brasil: uma contribuição para a efetividade dos direitos fundamentais. In: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavenère (Coord.). Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ARAÚJO, Valter Shuenquener. O direito administrativo e sua contribuição no enfrentamento à corrupção. In. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 279, n. 1, p. 135-159, jan./abr. 2020.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

BIANCHI, Alvaro. O conceito de Estado em Max Weber. São Paulo: Lua Nova, 2014. p. 92. Acesso em 19/05/2020. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/ln/n92/a04n92.pdf>.

BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal. Saraiva, São Paulo, 2012.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 5a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BONELLI, Francisco Sérgio Oto. O lobby no direito brasileiro: fundamentos e limites ao exercício da atividade. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. WARDE, Walfrido e TÓRTIMA, Fernanda Lara. Quando o Estado bloqueia tudo: Medidas cautelares penais patrimoniais. Acesso em 20 de novembro de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-07/tortima-bottini-warde-quando-estado-bloqueia-tudo>.

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, I. Disponível em www.jf.jus.br, acesso em 21 de abril de 2021

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5a CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO. NOTA TÉCNICA Nº 1/2017 – 5a CCR Nota Técnica sobre Acordo de Leniência e seus efeitos, elaborada pela Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada, vinculada à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

BRASIL. Ministério Público Federal. Guia Prático dos Acordos de Leniência. Acesso em 23.11.2020. Disponível em <http://mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AResp Nº 1.619.866 – RS (2019/0340120-0). Relator: Ministro João Otávio de Noronha. DJ 17/12/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1184897/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.06.2020, DJE 27.04.2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1452660/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, julgado em 19/10/2017, DJe 27/04/2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA: CC 149.798 – PR (2016/0300059-4). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 02/05/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ADI 2.213-MC, Rel. Ministro Celso de Mello, j. 04.04.2002, DJ 23.04.2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1310/2021-Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler, j. 02.06.2021

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, Rel. Desa. Federal Vania Hack de Almeida, julgado em 22.08.2017.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BULGARELLI, Waldírio. A teoria jurídica da empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985

BULL, Martin J; NEWELL, James L. Introduction, in: Corruption in contemporary politics. New York: Palgrave Macmillan, 2003.

BUSHATSKY, Daniel. Princípio da preservação da empresa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Acesso em 07.05.2020.

Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/220/edicao-1/principio-da-preservacao-da-empresa>.

CAMMAROSANO, Márcio. Direito Administrativo Sancionador e os princípios da legalidade, devido processo legal e a Súmula Vinculante n. 5 do STF. In. Direito Administrativo Sancionador – Estudo em homenagem ao Professor Emérito da PUCSP Celso Antonio Bandeira de Mello. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros, 2019.

CAMMAROSANO, Márcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. Fórum: Rio de Janeiro, 2014.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção. In. Revista Digital de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. V. 2, n. 1, 2015.

CARDOSO, João Carlos Figueiredo e MEIRELES, Luana Roriz. Requisitos de integridade empresarial e a completude da cooperação nos acordos de leniência: da necessidade da admissão irrestrita dos ilícitos na colaboração da empresa. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. v. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020.

CARDOSO, Raphael de Matos. A responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado sob a perspectiva do direito administrativo sancionador. In. Direito Administrativo Sancionador – Estudos em Homenagem ao Professor Emérito da PUC-SP Celso Antonio Bandeira de Mello. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira São Paulo: Malheiros, 2019.

CARVALHO, André Castro e SOUSA, Otavio Augusto Venturini. O Construtivismo pragmático de Hely Lopes Meirelles. In. O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. Org. Arnoldo Wald, Marçal Justen Filho e Cesar Augusto Guimarães Pereira. São Paulo: Malheiros, 2017.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. São Paulo: Saraiva, 1978.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2012.

CHAGAS, Gabriel Pinheiro. O 'non bis idem' no Direito Administrativo Sancionador. In: Direito Administrativo Sancionador – Estudos em Homenagem ao Professor Emérito da PUC-SP Celso Antonio Bandeira de Mello. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros, 2019.

COELHO, Fabio Uihôa. Curso de direito empresarial: direito de empresa. V.1. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Uihôa. Manual de direito comercial: direito de empresa. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM. São Paulo: Malheiros (Nova Série), v. 50, p. 57-54, abr./jun, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos jurídicos da macroempresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. In: Doutrina Civil – Primeira Seção, RT/Fasc. Civil, ano 85, v. 732, outubro de 1996.

COSTA, Helena Regina Lobo. Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada. In: Direito Administrativo Sancionador. Coord. Luiz Maurício Souza Blazeck e Laerte Marzagão Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

COSTA, Judith Martins. O novo código civil brasileiro: em busca da ética da situação. In: Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro. Coord. Judith Martins Costa e Gerson Luiz Carlos Branco. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. Dirigismo – Imprevisão. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 6, ano 3. P. 261-276, jan/mar 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

DIDIER JR., 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. Belo Horizonte, ano 17, n. 67, jan/mar 2017.

DINIZ, Maria Helena. Importância da função social da empresa. In. Revista Jurídica Unicuritiba. V. 2, n. 51, 2018.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Argentina: Thomson Civitas, 1977.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Foreign Corrupt Practices Act, 1977, § 78dd1, (1)(A) e (B). Acesso em 28/04/2020. Disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>.

FERREIRA FILHO, Manoel Goncalves. A Corrupção Como Fenômeno Social e Político. in Revista de Direito Administrativo, n. 185, p. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

FERREIRA, Daniel. In. Sanções Administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, julho/dezembro de 2012.

FORTINI, Cristiana e MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a transparência internacional. In. O Direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. Org. Arnaldo Wald, Marçal Justen Filho e Cesar Augusto Guimarães Pereira. São Paulo: Malheiros, 2017.

GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª edição, 2003.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988, 8ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. A corrupção e o direito administrativo sancionador. In. Direito Administrativo Sancionador. Coord. Luiz Maurício Souza Blazeck e Laerte Marzagão Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Prefácio. In: Direito Administrativo Sancionador – Estudos em Homenagem ao Professor Emérito da PUC-SP Celso Antonio Bandeira de Mello. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros, 2019.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Direito Administrativo como controle. In. O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. Org. Arnaldo Wald, Marçal Justen Filho e Cesar Augusto Guimarães Pereira. São Paulo: Malheiros, 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. 2011. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal do Paraná-UFPR. Acesso em 04.06.2020. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>.

HALLER, Dieter; SHORE Cris. Introduction – Sharp Practice: Antropology and the Study of Corruption, in: Corruption: Antropological Perspectives. Edited by Dieter Haller and Cris Shore. London: Pluto Press, 2005.

HELÚ, Jorge Sayeg. El constitucionalismo social mexicano – La integración constitucional de México (1808-1988). México: Fondo de Cultura Economica, 1991.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e ilícito penal. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, São Paulo, 1945. Acesso em 29.05.2020. Disponível em bibliotecadigital.fgv.br.

JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LEITE, Inês Ferreira. CARVALHO, Ana Celeste; ABREU, Margarida Reis (Org.). Regime geral das contraordenações e as contraordenações administrativas e fiscais. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. Empresa e propriedade – função social e abuso do poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

LOPES, Sara Martins Gomes. COMENTÁRIOS AO ESTUDO DE DIREITO COMPARADO RESOLVING FOREIGN BRIBERY CASES WITH NON-TRIAL RESOLUTIONS DA OCDE. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020.

LOPES, Sara Martins Gomes. Múltiplas Instâncias de Responsabilização e Consensualidade na Lei nº 12.846/2013. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020.

LOVATO, Rafael Porto. Instrumento de Combate à Prevenção na Administração Pública sob uma perspectiva gerencial. In. Direito Administrativo Sancionador – Estudos em Homenagem ao Professor Emérito da PUC-SP Celso Antonio Bandeira de Mello. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, “Parecer”, RDA, vol. 221, Rio de Janeiro, 2000.

MATIAS, João Luis Nogueira. A Função Social da Empresa e a Composição de Interesses na Sociedade Limitada. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo - USP, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros: São Paulo, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21ª ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Função controlada do tribunal de contas. *Revista de Direito Público – RDP* São Paulo: RT, n. 99, p. 37-45, jul./setembro, 1991.

MENDES, Francisco Schertel Ferreira e CARVALHO, Vinicius Marques de. *Compliance - Concorrência e Combate à Corrupção*. 1ª ed. São Paulo: Trevisan, 2017.

MENEZES, Matheus Bredt, VEIGA, Victor Godoy e ANTUNES, Viviane André. Acordo de Leniência: as obrigações pecuniárias e seus efeitos na perspectiva das leis nº 12.846/2013 e 8.429/1992. In: *Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas)*. Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 16ª edição, 2014.

MORENO, Fernando Sainz. *Seguridad Juridica*. In. *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MUNÓZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Los principios de seguridad jurídica, buena fe y cofianza legitima*. In. *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica*. Coord. Rafael Valim, José Roberto Pimenta Oliveira e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OCTAVIANI, Alessandro. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: *Direito Comercial*. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Acesso em 20.02.2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/260/edicao-1/conselho-administrativo-de-defesa-economica---cade>

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Apresentação*. In. *Direito Administrativo Sancionador – estudos em homenagem ao Professor Emérito da*

PUC-SP Celso Antonio Bandeira de Mello. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. Malheiros: São Paulo, 2019.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta e GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. In: Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 22, n. 120, mar/abr. 2020.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. A civilização repressora e o Direito Sancionador. In: Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC-SP Celso Antônio Bandeira de Mello. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 4ª ed. Ver., atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2011.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e Acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros Editores e SBDP, 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

PEREZ, Marcos Augusto. Governança Democrática e Fragmentação do Direito Administrativo. In: O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. São Paulo: Malheiros, 2017.

PEREZ, Marcos Augusto. Testes de legalidade – métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, Belo Horizonte, 2020.

PIMENTAL FILHO, ANDRÉ. Comentários aos artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção. In: Lei Anticorrupção e Temas de Compliance. Organizadores: Jorge Munhós e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. 2ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Retrospecto da responsabilidade da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro: do Código Civil de 1916 até a compreensão da responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 5, n.1, p.32-65, 2018.

Acesso em 15 de novembro de 2020. Disponível em: <
<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v5n1p32-65>>

PIRES, Antonio Cecílio Moreira. A desconsideração da personalidade jurídica nas contratações Públicas. São Paulo: Atlas, 2014.

RAMINA, Larissa. Tratamento jurídico internacional da corrupção: a Convenção Interamericana contra a Corrupção da O.E.A. e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários `Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da O.C.D.E. In. Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C, ano 3, nº 11, jan/fev/mar 2003.

REINO UNIDO. United Kingdom Bribery Act (2010). Acesso em 14/04/2020. Disponível em
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/6>.

REIS, Tiago. LIBOR: Entenda como é aplicada e calculada essa taxa de juros. Suno Resarch, 2018. Acesso em 13/04/2020. Disponível em
<https://www.sunoresearch.com.br/artigos/libor/>.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. Volume 1

REQUIAO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. São Paulo, Saraiva, 1973.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da função social da propriedade. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, b. 2, jul/dez. 2003.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. Revista Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM. São Paulo: Malheiros (Nova Série), v. 132, p. 7-24, out/dez 2003.

SANTOS, Antonio Jeová. Função social do contrato. 2. Ed. São Paulo: Método 2004.

SANTOS, Kleber Bispo dos. Acordo de Leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, 2016.

SCHWIND, Rafael Wallbach. O self-cleaning no direito comunitário europeu e sua compatibilidade com o direito brasileiro. In. Direito Administrativo Sancionador Comparado. Coord. Edilson Pereira Nobre Junior, Ana Cristina Aguiar Viana e Marília Barros Xavier São Paulo: Editora CEEJ, 2021.

SCHWIND. Rafael Wallbach. Reabilitação de Empresas Declaradas Inidôneas pela Administração Pública. In. O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. Org. Arnaldo Wald, Marçal Justen Filho e Cesar Augusto Guimarães Pereira. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Cátia Aida. Justiça em Jogo: Novas facetas da atuação dos promotores de justiça. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Nova empresarialidade. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, 2002.

SIMÃO, Valdir Moysés e PONTES, Marcelo. O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas. 1ª ed, São Paulo: Trevisan, 2017.

SOARES, Pedro Vasques. COMENTÁRIOS AO ESTUDO DE DIREITO COMPARADO RESOLVING FOREIGN BRIBERY CASES WITH NON-TRIAL RESOLUTIONS DA OCDE. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020.

SOARES, Pedro Vasques. Múltiplas instâncias de responsabilização e consensualidade na Lei nº 12.846/2013. In: Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e

perspectivas). Coord. Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. V. 12, n. 03, Brasília – DF, set/dez/2020.

Transparência Internacional. IPC - Índice de Percepção da Corrupção. Acesso em 18.03.2020. Disponível em <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>.

VERNASCHI, Rafael Valle. Princípio da Legalidade no Direito Administrativo Sancionador. In. Direito Administrativo Sancionador – Estudos em homenagem ao professor emérito da PUC-SP Celso Antônio Bandeira de Mello. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros, 2019.

VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no direito administrativo. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VORONOFF, Alice. Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VORONOFF, Alice. Direito Administrativo. Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 278, n. 1, p. 107-140, jan/abr/2019.