

**UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE –
FCH**

BRUNO MARTINS TORCHIA

**CORRUPÇÃO E FRAUDE ÀS LICITAÇÕES: O
PARTICULAR EM FACE DAS SANÇÕES PENAIS E
DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

**Belo Horizonte
2017**

BRUNO MARTINS TORCHIA

**CORRUPÇÃO E FRAUDE ÀS LICITAÇÕES: O PARTICULAR
EM FACE DAS SANÇÕES PENAIS E DO DIREITO
ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito (*stricto sensu*) da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Instituições sociais, direito e democracia.

Linha de pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle.

Projeto: Administração pública, controle e consensualidade

Orientadora: Professora Doutora Maria Tereza Fonseca Dias.

Belo Horizonte

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

T676c Torchia, Bruno Martins, 1986-
 Corrupção e fraude às licitações: o particular em face
 das sanções penais e do direito administrativo sancionador
 / Bruno Martins Torchia. – Belo Horizonte, 2017.
 138 f. ; 29,7 cm

 Orientadora: Maria Tereza Fonseca Dias
 Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
 FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da
 Saúde, Belo Horizonte, 2017.

 1. Direito administrativo - Brasil. 2. Licitação pública
 - Brasil. 3. Fraude - Brasil. I. Título. II. Dias, Maria Tereza
 Fonseca. III. Universidade FUMEC, Faculdade de
 Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 351.9



UNIVERSIDADE
FUMEC

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof^ª. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias

Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi

Prof. Dr. Flávio Henrique Unes Pereira

Prof. Dr. Luciano Santos Lopes

M. T. Fonseca Dias
L. C. Balbino Gambogi
F. H. Unes Pereira
L. S. Lopes

MESTRANDO: BRUNO MARTINS TORCHIA

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

“CORRUPÇÃO E FRAUDE ÀS LICITAÇÕES: O Particular em Face das Sanções Penais e do Direito Administrativo Sancionador.”

NOTA: (85) *oitenta e cinco*

ASSINATURA ORIENTADOR: *M. T. Fonseca Dias*

DATA DA DEFESA: 07/08/2017

REITORIA

Av. Afonso Pena, 3880 - Cruzeiro
30130-009 - Belo Horizonte, MG
Tel. 0800 0300 200
www.fumec.br

CAMPUS

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro
30310-190 - Belo Horizonte, MG
Tel. (31) 3228-3000
www.fumec.br

Aos objetivos que nunca deixei de perseguir.

AGRADECIMENTOS

Não podia deixar de iniciar meus agradecimentos a algo desconhecido e maior do que tudo, a algo que, mesmo diante de todas as dificuldades, frustrações e adversidades fez com que eu prosseguisse, determinado e incansável, até a conclusão deste trabalho.

Agradeço aos meus pais que sempre se preocuparam em me educar, e aos meus tios Guimarlou e Margareth, os primeiros a acreditarem em mim.

In memoriam ao Dr. Santos Moreira Silva, meu mentor, que muito me ensinou nos primeiros anos de advocacia.

Ao Dr. Evandro Manoel Senra Delgado, pela amizade, disponibilidade e co-orientação neste trabalho, principalmente nas questões afetas ao Direito Penal, as quais domina com extrema facilidade. Foi por meio dele que pude visualizar o fenômeno da corrupção de forma muito mais abrangente, como uma ferramenta do crime organizado.

À minha orientadora, Maria Tereza Fonseca Dias, que desde o início do programa me acolheu como seu orientando e muito me ensinou, tanto em suas aulas quanto nas agradáveis conversas de intervalo. Por tudo que esta professora representa, a tenho como minha referência, querendo ser, assim como ela, um administrativista de Minas Gerais.

Por fim, à minha amada Tacianny, a quem não somente agradeço, mas com quem compartilho minha vida, minhas vitórias e este título.

“Imagens contraditórias aparecem quando se pretende discorrer sobre o Estado: ora se lembra a máquina centralizada, impondo a todos os mesmos comportamentos, ora a visão do funcionário ineficiente; ora o Estado mudo, que não garante segurança alguma, ora o Estado com proteção que incomoda”. (Bruno Jobert)

RESUMO

A aplicação de sanções pelo Estado provoca restrição dos direitos individuais dos cidadãos, razão pela qual o poder punitivo estatal não pode ser exercido de forma arbitrária e em descompasso com todo o espectro de normas e garantias decorrentes do Estado Democrático de Direito. A punição aplicada na via administrativa é regulada pelo Direito Administrativo Sancionador, o qual, diante da inexistência de diploma sistematizado, deve respeitar, sempre que possível, as garantias estabelecidas para o processo penal. O particular que pratica um ato lesivo de fraude à licitação estará sujeito às sanções administrativas da Lei Anticorrupção e, conseqüentemente, às condutas tipificadas pela Lei Geral de Licitações e Contratos. O problema enfrentado neste trabalho consiste em propor a harmonização dessas esferas de responsabilização do particular, uma vez que a sanção penal para ser aplicada exige a aferição de dolo ou culpa, enquanto a sanção administrativa da Lei Anticorrupção é de natureza objetiva, desprezando o elemento subjetivo. Para isso, estudou-se a natureza jurídica das sanções de fraude à licitação a partir da Lei Anticorrupção em paralelo com os crimes correlatos da Lei Geral de Licitações, no contexto atual de enfrentamento à nova criminalidade econômica, muito impulsionada pelo fenômeno da corrupção. Ao final, concluiu-se que a utilização indiscriminada do Direito Administrativo Sancionador junto com o Direito Penal é uma tendência mundial, bem como que a responsabilização objetiva da Lei Anticorrupção poderia ser utilizada apenas para reparação do dano, não se mostrando adequada para aplicação de punição, que deve sempre se basear na culpabilidade.

PALAVRAS-CHAVES

Poder punitivo estatal. Direito Administrativo Sancionador. Fraude à licitação. Responsabilidade objetiva. Culpabilidade.

ABSTRACT

The application of sanctions by the State causes limitations of the individual citizens' rights, which is why the State's punitive power cannot be exercised in an arbitrary and in disarray with all norms' spectrum and guarantees derived from the Democratic State under the Rule of Law. The punishment applied by Administrative Rules is regulated by the Sanctionative Administrative Law, which, due to the lack of a systematized book of Laws, must respect, as much as possible, the guarantees established for criminal proceedings. The person who commits an illegal act of will be subject to the Administrative Sanctions from the Anti-Corruption Law

and, in consequence, to the typified actions by the General Law of Bids and Contracts. The problem faced in this work consists on the proposal of the harmonization of the spheres accountability of the individual, once the criminal punishment is subjective and requires the measurement of the will or guilt, while the administrative sanctions from the Anti-Corruption Law has an objective nature, disregarding the subjective element. Therefor, the legal nature of sanctions for bidding fraud from the Anti-Corruption Law was studied in tandem with the related crimes of the General Law of Bidding, in the current context of confrontation to the new economic criminality, much driven by the phenomenon of corruption. In the end, it is possible to conclude that the indiscriminated use of Sanctionative Administrative Law along with Criminal Law is a worldwide trend, as well as that the objective accountability of the Anti-Corruption Law could be used only to repair the damage, not proving to be adequate for punishment, which must always be based on guilt.

KEYWORDS

State's punitive power. Sanctionative Administrative Law. Bidding fraud. Objective responsibility. Guilt.

LISTA DE SIGLAS

§	parágrafo
art.	artigo
arts.	artigos
c/c	combinado com
ed.	Edição
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
GAFI	Grupo de Ação Financeira
LAC	Lei Anticorrupção
LC	Lei Complementar
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LGL	Lei Geral de Licitações e Contratos
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
CICC	Convenção Interamericana contra a Corrupção
OEA	Organização dos Estados Americanos
PAR	Processo Administrativo de Responsabilização
RExt	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNCAC	Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
1.1 CONTEXTO DO TEMA-PROBLEMA DA INVESTIGAÇÃO	11
1.2 HIPÓTESES	16
1.3 OBJETIVOS DO TRABALHO	17
1.4 ASPECTOS METODOLÓGICOS E TÉCNICAS DA PESQUISA	18
1.5 ESTRUTURA DO TRABALHO	19
2 A CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	20
2.1 O COMBATE À CORRUPÇÃO COMO PROBLEMA GLOBAL	20
2.2 CONCEITO DE CORRUPÇÃO	21
2.3 A EXTENSÃO DA CORRUPÇÃO	25
2.4 HISTÓRICO DA NORMATIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL	27
2.4.1 <i>Compromissos internacionais de combate a corrupção assumidos pelo Brasil</i>	31
2.5. ALERTAS DE CORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SEGUNDO A TRANSPARENCY INTERNATIONAL	35
3 O PODER PUNITIVO ESTATAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO: DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS ÀS SANÇÕES PENAIS	41
3.1 O TRATAMENTO CRIMINAL DISPENSADO À CORRUPÇÃO	42
3.2 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	44
3.2.1 <i>Ilícito e sanção administrativa</i>	51
3.3. EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO E AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	59
3.3.1 <i>Pré-modernidade</i>	60
3.3.2 <i>Estado liberal e o surgimento do Direito Administrativo</i>	62
3.3.3. <i>O Estado Social e o alargamento das atribuições da Administração Pública</i>	68
3.3.4 <i>O Estado Democrático de Direito na pós-modernidade</i>	71
3.4 LEI ANTICORRUPÇÃO: PRINCIPAIS ASPECTOS	76
3.4.1 <i>Responsabilização objetiva da Lei Anticorrupção: características, críticas e exclusão</i>	89
3.5 DISTINÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E SANÇÕES PENAIS	96
4 RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E CRIMINAL DO PARTICULAR NAS FRAUDES ÀS LICITAÇÕES	100
4.1 NOÇÕES BÁSICAS DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	100
4.1.1 <i>Princípios das licitações</i>	102

4.1.2 Modalidades de licitação	103
4.1.3 Contratação direta	105
4.2 AS FRAUDES ÀS LICITAÇÕES NA LEI ANTICORRUPÇÃO E OS CRIMES DA LEI GERAL DE LICITAÇÕES	106
4.2.1 Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público	107
4.2.2 Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público	110
4.2.3 Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo	113
4.2.4 Fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente	115
4.2.5 Criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo	118
4.2.6. Obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou	119
4.2.7 Manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública	123
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	125
REFERÊNCIAS	128

1 INTRODUÇÃO

1.1 Contexto do tema-problema da investigação

A aplicação de sanções pelo Estado provoca, por óbvio, restrição dos direitos individuais dos cidadãos, razão pela qual o *ius puniendi* não pode ser exercido de forma arbitrária e em descompasso com todo o espectro de normas e garantias decorrentes do Estado Democrático de Direito. Albergado pela Constituição de 1988, logo em seu primeiro artigo, o modelo de estado adotado foi responsável por promover profundas modificações no regime político e jurídico brasileiro, notadamente no sistema punitivo.

Paulo Otero ensina que o Direito Administrativo (2003, p. 271) foi historicamente criado mais como meio de preservar prerrogativas e instrumentais do Estado do que de estabelecer garantias aos cidadãos.

Quando a punição aplicada tiver natureza administrativa, diz-se que ela é regulada pelo Direito Administrativo Sancionador, o qual, segundo Francisco Zardo, é um “segmento específico do Direito Administrativo” que “dedica-se ao estudo dos princípios e regras incidentes sobre a infração, a sanção administrativa e o respectivo processo apuratório”. (ZARDO, 2014, p. 38).

Portanto, o Estado, ainda se baseando na visão superada do Direito Administrativo “liberal”, exerce o *ius puniendi* no campo do Direito Administrativo Sancionador sem observar os preceitos constitucionais garantistas, entre os quais destacam-se os princípios da legalidade, tipicidade e do devido processo legal.¹

A punição, aplicada na via administrativa ou judicial, deve ser precedida de processo, no qual seja assegurado ao acusado o contraditório e a ampla defesa. Além disso, se condenado, a punição aplicada deve se enquadrar dentro de certos parâmetros, de acordo com os princípios da culpabilidade, proporcionalidade e razoabilidade, entre outros,² todos esses parâmetros

¹ “O panorama doutrinário supra-apresentado demonstra a pertinência da imagem concebida por Alejandro Nieto: o direito administrativo sancionador se move em dois níveis, um superior em que habitam as teorias e os princípios constitucionais mais requintados; e outro inferior onde se desenvolve a prática cotidiana com seus infinitos matizes concretos”. As teorias – “para não se mancharem – evitam contato com os sórdidos acontecimentos que têm lugar no piso inferior”. Enquanto isso, as “práticas administrativas operam de costas para os princípios puros, entendendo que sua aplicação estrita paralisaria seu funcionamento”. (NIETO *apud* ZARDO, 2014, p. 79-80).

² Luiz Alberto Blanchet e Emerson Gabardo dissertam que a individualização da pena, prevista no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição, não afasta a proposição de que existe um Direito Constitucional Penal ou um Direito

delineados a partir do surgimento do Estado de Direito e em processo evolutivo ao longo do tempo.

Como forma de preservar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, propõe-se que se observem, no Direito Administrativo Sancionador, sempre que possível, as garantias estabelecidas para o processo penal, uma vez que não há diploma sistematizado apto a reger a atividade punitiva administrativa estatal, ainda mais considerando que a competência administrativa conferida pela Constituição para legislar sobre Direito Administrativo, em regra, é comum, e poucas matérias são reservadas de forma privativa à União, o que contribui para a inexistência de sistematização uniforme desses temas.³

Todas estas considerações são relevantes na medida em que se ingressa no tema-problema deste trabalho, qual seja, a sujeição do particular às sanções penais e do Direito Administrativo Sancionador quando praticar um ato lesivo de fraude à licitação disciplinado pela Lei Anticorrupção, que, conseqüentemente, configurará conduta tipificada pela Lei Geral de Licitações e Contratos.

Inicialmente, a fraude à licitação, segundo lições de Franklin Brasil Santos e Kleber Roberto de Souza (2016), estará caracterizada sempre que alguém praticar ato com vontade consciente de causar dano, resultando do planejamento, da organização e da execução do ilícito, que é reprovado pelas leis, pela moral e pela ética, com o fim de obter vantagem ilegal ou ilegítima, praticada por meio da mentira e da dissimulação. Fraude não é erro e, em licitações, ocorre sempre que se frustra o caráter competitivo do processo licitatório (SANTOS; DE SOUZA, 2016, p. 21).

A fraude à licitação é ilícito previsto em mais de um diploma nacional. Na Lei de Licitações configura ilícito de natureza administrativa (art. 88, inciso II)^{4 5} e criminal (arts. 89 e seguintes).⁶

Constitucional Sancionatório, mas que existe um núcleo comum, que destaca a existência de elementos que ultrapassam as áreas didaticamente estabelecidas a partir da derivação direta do Direito Constitucional (BLANCHET; GABARDO, 2012, p. 131-132).

³ Extrai-se tal entendimento da inteligência dos artigos 21, 22, 23 e 24, da Constituição (BRASIL, 2017a), que concede competência privativa à União para legislar sobre poucas matérias de Direito Administrativo, o que, por óbvio, municia de competência legislativa os demais entes federativos.

⁴ “Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: [...] II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação.” (BRASIL, 2017c).

⁵ As sanções administrativas previstas na Lei de Licitações, no artigo 86 e seguintes, segundo Joel Menezes Niebuhr, são bastante severas (advertência, multa, suspensão temporária e a declaração de idoneidade (NIEBUHR, 2015, p. 1109).

⁶ “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: [...]. Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou

Marcelo de Aguiar Ribeiro ensina que a Lei n. 8.666/1993 sanciona as empresas por ato de corrupção, desde que diretamente relacionados ao processo licitatório ou à execução contratual. Outros atos de corrupção envolvendo a contratação pública – tais como pagamento de propina a servidor público fora de uma licitação – não eram passíveis de gerar punição administrativa à pessoa jurídica (RIBEIRO, 2017, p. 20).

Além disso, a fraude à licitação também constitui ilícito de natureza civil-administrativa sancionável pela Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa –LIA)^{7 8} A LIA é norma que se fundamenta no princípio da moralidade administrativa, previsto no artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição, sendo um importante instrumento de combate à corrupção no país. Há quem entenda até que a lei possua natureza cível-política (natureza extrapenal), não impedindo os julgamentos nas searas penal ou administrativa (DE HOLANDA JR.; DE TORRES, 2016, p. 21).⁹

para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: [...] Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: [...] Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: [...] Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: [...] Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: [...] Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: [...] Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida. Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: [...] Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: [...]. Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito: [...]”. (BRASIL, 2017c).

⁷ “Manteve-se, nessa lei, a natureza civil da sanção, aplicável independentemente da responsabilidade criminal”. (DI PIETRO, 2014, p. 903).

⁸ “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; [...] Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; [...] Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...]”. (BRASIL, 2017e).

⁹ Sobre a natureza jurídica da Lei de Improbidade Administrativa ver: “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO DE SERVIDOR. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS.

Waldo Fazzio Junior explica que a LIA tornou possível alcançar ilicitudes cometidas por agentes públicos e terceiros (FAZZIO JUNIOR, 2015, p. 13). Com relação aos terceiros, entendido aqueles que não são agentes públicos na dicção do seu artigo 2º, podem eles receber suas punições somente se agirem com dolo. A pessoa jurídica, também, a princípio, não está excluída de responsabilização desta lei (DE HOLANDA JR; DE TORRES, 2016, p. 65).

Porém, como esta norma está direcionada especialmente aos agentes públicos – e não aos particulares – não será objeto de análise deste trabalho.

A Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, denominada Lei Anticorrupção (LAC), inaugurou, no ordenamento jurídico brasileiro, nova hipótese de responsabilidade administrativa, qual seja, a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, que ela considera como lesivos, disposto em rol exaustivo, entre os quais figura a fraude à licitação, consoante se observa no seu artigo 5º, expressamente previstos no inciso IV, nas alíneas “a” a “g”, da LAC.¹⁰

A propósito, José Roberto Pimenta Oliveira (2017, p. 27) afirma que “qualquer responsabilidade de pessoa jurídica é objetiva, porque criada e explicada por norma de atribuição (enquanto fator objetivador) e não pela realidade fenomênica, no sentido de que a conduta humana ilícita exsurge de ação ou omissão de seres humanos”.

A partir da edição desta lei, a pessoa jurídica responderá a mais uma esfera de responsabilidade caso cometa um ato ilícito de fraude à licitação e isso trará um grave problema interpretativo com relação ao âmbito punitivo do Estado. Grande parte dos atos lesivos de

REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. SÚMULAS 279 E 280/STF. PRECEDENTES. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a aplicação de penalidade na instância administrativa é independente das esferas penal, cível e de improbidade administrativa. Caso em que a resolução da controvérsia demandaria a análise da legislação local e o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, o que é vedado em recurso extraordinário. Incidência das Súmulas 279 e 280/STF. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.” (BRASIL, 2013)

¹⁰ “Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: [...] IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”. (BRASIL, 2017b).

fraude à licitação da LAC é punida mesmo que não praticados com dolo ou culpa. As mesmas condutas, inexoravelmente, constituirão em condutas tipificadas na Lei de Geral de Licitações e Contratos (LGL),¹¹ a qual exige-se dolo ou culpa para sua configuração.

É por esse motivo que Nucci (2015) afirma que a LAC é norma cível-administrativa travestida de conteúdo nitidamente penal,¹² pelo que não poderia sancionar por responsabilização objetiva.

Mostra-se importante o estudo sobre a extensão e os atos lesivos no tocante às fraudes às licitações. Isso porque os atos lesivos da LAC e as condutas tipificadas pela LGL, apesar de punirem condutas semelhantes, possuem características e âmbito de aplicação bastante diversos, eis que a primeira visa responsabilizar apenas pessoas jurídicas e a segunda estabelecer normas administrativas e criminais entre a Administração Pública e o seu contratado.

Portanto, a edição da LAC causou profundas mudanças no cenário do Direito Administrativo Sancionador, prevendo responsabilidade direcionada à pessoa jurídica, de forma objetiva, preservando o sancionamento das pessoas físicas pelos diplomas já existentes.¹³

No caso de um ato do particular que “configure fraude ao caráter competitivo da licitação”, essa conduta é abstratamente considerada ilícito administrativo pela Lei Anticorrupção (art. 5º, inciso IV, alínea “a”)¹⁴ e crime pela Lei de Licitações (art. 88, inciso II

¹¹ Ressalta-se que a aplicação das sanções previstas na Lei n. 8.666/1993 poderão dar lugar às previstas na Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011, quando houver contratação pelo denominado Regime Diferenciado de Contratações.

¹² Como afirma Nucci “Esta Lei Anticorrupção pode disfarçar-se de lei administrativa ou civil (ou *sui generis*), mas a sua natureza jurídica é eminentemente penal”. (NUCCI, 2015, p. 94)

¹³ José Roberto Pimenta Oliveira (OLIVEIRA, 2017, p. 49-52) diz que a responsabilização das pessoas naturais que não se apresentam como agente público pode ser feita pelo: sistema de responsabilidade civil (Lei n. 10.406/2002 – Código Civil, Lei n. 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 4.717/65 – Lei da Ação Popular e artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, quando houver direito de regresso); sistema de responsabilidade penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940 – Código Penal; Decreto-Lei n. 201/1967 – Crimes de Prefeitos, Lei n. 8.666/93 – Lei de Licitações, Lei n. 8.137/1990 e Lei 12.529/2011 – Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica) e Lei n. 9.613/1998 – Lei da Lavagem de Dinheiro); sistema de responsabilidade de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa com propositura de ação civil pública de improbidade administrativa); sistema por irregularidade de contas (artigos 70, parágrafo único, e artigo 71, inciso II, da Constituição, quando as práticas corruptivas da pessoa jurídica lesarem o erário); sistema de responsabilidade administrativa (Lei n. 8.666/93, Lei n. 10.520/2002, Lei n. 12.462/2011 e 13.303/2016 – Infração da Leis de Licitações, Lei 12.529/2011 – Infração à Ordem Econômica, Lei n. 5.172/1966 – Infração tributária do Código Tributário), Lei 6.385/1976 – Infração da Lei de Comissão de Valores Imobiliários, Lei n. 9.613/1998 – Infração na Lei da Lavagem de Dinheiro, Lei n. 4.595/64 – Infração punida pelo Banco Central do Brasil).

¹⁴ “Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: [...] IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; [...]”. (BRASIL, 2017b).

e art. 90).¹⁵ Na LAC a previsão é de responsabilização objetiva, diferentemente dos crimes previstos na LGL que, por se tratar de crime da esfera penal, proporciona ao acusado maiores garantias processuais, entre elas o princípio da presunção de inocência,¹⁶ que lhe garante a possibilidade de não ser condenado senão por dolo ou culpa (se assim previsto).¹⁷

Diante desse problema concreto que a aplicação simultânea das legislações a serem estudadas incorre, é preciso perquirir se a utilização do Direito Administrativo Sancionador de modo severo e irrestrito, em conjunto com sanções penais, está consoante os princípios e garantias fundamentais previstos na Constituição. Diante desse contexto, os problemas da pesquisa a serem enfrentados neste trabalho derivam da seguinte indagação: o uso do Direito Administrativo Sancionador como *reforço* ao Direito Penal não ofenderia os princípios da legalidade, razoabilidade e devido processo legal? É preciso haver um tratamento harmonizado na aplicação dessas sanções? Questiona-se, igualmente, a licitude da responsabilização objetiva da pessoa jurídica para aplicação de punições de índole administrativa, mesmo quando as condutas praticadas por seus prepostos e colaboradores não forem praticadas em seu benefício ou se forem absolvidos em processo criminal.

Fabio Medina Osório afirma que o entendimento do Direito Administrativo Sancionador exige aprofundamento no complexo universo do Direito Penal, porque ali estará o Estado, regulando, condicionando, limitando o exercício de direitos e liberdades, valendo-se dos instrumentos das sanções, além das medidas coercitivas cautelares ou persuasivas (OSORIO, 2015, p. 43).¹⁸

1.2 Hipóteses

¹⁵ “Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: [...] II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; [...] Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”. (BRASIL, 2017c).

¹⁶ “Art. 5º. [...]LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”. (BRASIL, 2017a).

¹⁷ “Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. (BRASIL, 2017d).

¹⁸ Essa é, também, a orientação do Superior Tribunal de Justiça “À atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o processo penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina.” (BRASIL, 2010)

A LAC é norma de natureza cível-administrativa, portanto seu regime punitivo deve ser regido pelos princípios do Direito Administrativo Sancionador.

Não obstante haja previsão de expressão de responsabilização objetiva, supõe-se que essa forma de responsabilização, na qual não se perquire dolo ou culpa, não esteja condizente com os princípios e garantias individuais inerentes ao Estado Democrático de Direito quando se trata de punição. Quanto à responsabilização objetiva para fins de reparação do dano, salvo melhor juízo, não haveria violação à ordem constitucional.

As fraudes às licitações só poderiam ocasionar a responsabilidade empresarial administrativa se provado o intuito delitivo do agente, mediante elementos probatórios idôneos.

Ademais, a partir do momento que a LAC delimita a responsabilização administrativa de um ato que é considerado crime, há que se emprestar e conceder as mesmas garantias aos acusados, isso porque a acusação e a punição de um responsável, em um processo, não pode se dar de forma tão diversa, ainda mais considerando que tanto as sanções penais quanto as administrativas decorrem de poder punitivo uno, o qual detém a mesma base e fundamento.

A responsabilização objetiva, embora prevista e admitida no ordenamento jurídico brasileiro, pois decorrente de norma constitucional, não é panaceia e não pode ser aplicada desmedidamente, de forma arbitrária, como se o Direito Administrativo Sancionador fosse a garantia de “manutenção da ordem pública” ou campo processual mais permissivo do que o processo penal.

Questiona-se se o uso *cumulativo* do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal condiz com os princípios constitucionais, notadamente o devido processo, razoabilidade e proporcionalidade.

Mostra-se importante o estudo sobre a extensão e harmonização dos atos lesivos no tocante às fraudes às licitações. Isso porque os atos lesivos da LAC e as condutas tipificadas pela LGL apesar de “sancionarem” atos semelhantes possuem características e âmbito de aplicação bastante diversos, eis que a primeira visa responsabilizar apenas pessoas jurídicas e a segunda estabelecer sanções criminais entre a Administração Pública e o seu contratado no combate à corrupção.

1.3 Objetivos do trabalho

O objetivo geral do trabalho é compreender as múltiplas esferas de responsabilização do particular – em especial no campo de confluência do Direito Administrativo Sancionador e

do Direito Penal Econômico – pela prática de corrupção por fraudes às licitações e propor a sua harmonização.

O foco da responsabilização administrativa da LAC é a criação de novas ferramentas de combate e enfrentamento à corrupção, que cada vez mais vem se sofisticando e se atualizando, demandando, por parte do Estado, a mesma eficiência e eficácia neste cenário, cada vez mais complexo e instável.

Como objetivos específicos buscou-se: (i) analisar o fenômeno da corrupção, sua origem, conceituação e normatização no Brasil, com olhar nas principais Convenções Internacionais; (ii) avaliar os atos de corrupção praticados no curso da licitação, segundo critérios da *Transparency Internacional*; (iii) analisar o poder punitivo estatal, com especial enfoque no Direito Administrativo Sancionador, bem como seu campo de incidência; (iv) conceituar ilícito e distinguir sanções administrativas e criminais; (v) compreender a evolução do Estado Democrático de Direito no intuito de compreender a importância dos princípios e garantias individuais alcançadas com este modelo de estado e sua aplicação nos processos punitivos; (vi) avaliar as principais características da LAC e a responsabilização por ela disciplinada (vii) delimitar o instituto jurídico da licitação, dos princípios que a regem, além de suas modalidades e da exceção do dever de licitar; (viii) analisar as fraudes às licitações no contexto da Lei Anticorrupção e dos fatos típicos na Lei Geral de Licitações; (ix) propor a harmonização das esferas de responsabilização diante desse múltiplo e complexo regime de responsabilização, a fim de se evitar sobreposição de sanções e respeitar o ordenamento jurídico vigente, sem descuidar das características da responsabilização objetiva da LAC.

1.4 Aspectos metodológicos e técnicas da pesquisa

A argumentação apresentada é baseada na teoria do Direito Público Punitivo, defendida por Fábio Medina Osório (OSÓRIO, 2015, p. 127), para quem existe uma unidade do poder punitivo estatal, mas substanciais diferenças entre os regimes jurídicos do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, especialmente no que tange suas próprias estruturas internas, na qual os ilícitos recebem tratamentos normativos peculiares e substancialmente diversos. Para o autor, “o problema consiste, efetivamente, em definir o que seria o conceito de unidade, o que somente se tornaria possível fazer a partir de uma exploração mais detalhada das críticas endereçadas”. O autor menciona que é possível falar em um Direito Constitucional limitador do poder punitivo do Estado, inclusive das sanções privadas. Porém, lembra que tais

princípios incidem de forma diferente em relações penais ou de Direito Administrativo, ainda que derivem de uma origem comum, que é a Constituição. (OSÓRIO, 2015, p. 134).

O trabalho busca avaliar as esferas de responsabilização administrativa e criminal do particular que pratica fraudes às licitações, notadamente com base na Constituição, na Lei Geral de Licitações e na Lei Anticorrupção.

A natureza da pesquisa é jurídico-dogmática, porque a investigação realizada se limita ao âmbito das relações jurídicas nos vários ramos do Direito e com elementos internos ao ordenamento jurídico.

Foi utilizado o tipo de pesquisa jurídico-propositivo, tendo em vista a necessidade de repensar o modelo de responsabilização objetiva instituída pela Lei Anticorrupção, notadamente no âmbito de fraudes às licitações, e propor formas de harmonização dessa legislação com os direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988.

Por fim, tratou-se de pesquisa teórica, baseada em doutrinas, legislação e alguns julgados dos Tribunais pátrios.

1.5 Estrutura do trabalho

O capítulo 2 trata da corrupção, analisando seu conceito, normatização e as ferramentas para seu enfrentamento, principalmente no tratamento criminal do assunto, com especial enfoque nos compromissos internacionais assumidos. Busca-se demonstrar, também, os principais atos corruptivos praticados no âmbito das fraudes às licitações públicas, baseando-se em critérios da *Transparency Internacional*.

No capítulo 3 são tecidas considerações sobre o Poder Punitivo do Estado no combate à corrupção, conceituando o termo ilícito e distinguindo sanções administrativas e criminais, pois, embora decorram de um regime punitivo único, detêm cada qual suas nuances. Far-se-á, também, análise do surgimento do Direito Administrativo e do Direito Administrativo Sancionador.

O tema problema deste trabalho é discutido no Capítulo 4. Aqui analisa-se a responsabilização administrativa e criminal do particular que pratica fraude à licitação, expondo os ilícitos de natureza administrativa trazidos pela LAC a que estará sujeito, bem como o eventual correspondente tipo penal tipificado pela LGL, propondo a aplicação harmonizada de tais dispositivos.

2 A CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS¹⁹

2.1 O combate à corrupção como problema global

A Constituição de 1988 concedeu especial destaque à necessidade de moralidade, impessoalidade, eficiência, transparência e probidade da Administração Pública, o que se atestou pelas inúmeras modificações legislativas e julgamentos judiciais que advieram nesse período, sempre elastecendo a interpretação acerca de tais postulados e tratando com severidade seus descumprimentos.

Tais atributos, salvo melhor juízo, poderiam ser até dispensados de estarem previstos na Carta Constitucional, porque decorrem da moral que todo cidadão deveria naturalmente possuir, ainda mais com relação àqueles, os servidores públicos, que se dispuseram a trabalhar e administrar bens e direitos alheios.

Ocorre que, apesar de tal raciocínio hoje ser plenamente óbvio, nem sempre o ordenamento jurídico e a sociedade consideravam essas virtudes como *imprescindíveis* ao agente público, tampouco aos agentes privados, já que a corrupção era vista mais como *incentivo* do que propriamente ato ilícito. E, como assinala Flávio Rezende Dematté, o patrimônio público é o alvo sempre mais visado pela corrupção (DEMATTE, 2015, p. 23).

Fábio André Guaragni (2016, p. 4) ensina que a corrupção era uma barreira que um agente público colocava para alguém participar de atividade econômica, uma espécie de “imposto” que não mereceria qualquer reprovação. Hoje, porém, a corrupção é alimentada pelo corruptor, pois assim ele possui garantia que irá ganhar mais do que realmente ganharia. A corrupção é uma “coisa a dois”, surgindo o que se chama de “corrupção privada”. É por isso que Guilherme de Souza Nucci ensina que a corrupção não se limita às fronteiras da Administração Pública, correndo às soltas no ambiente privado (NUCCI, 2015, p. 3).

A globalização, em razão de proporcionar a ampliação do comércio internacional, a evolução dos meios tecnológicos e a conexão do sistema financeiro em escala global, fez também com que a corrupção adquirisse transcendência internacional, ganhando *status* de problema global, seja porque integrada a economia globalizada ou por ser potencializada por grandes corporações transnacionais (DEMATTE, 2015, p. 24).

¹⁹ Parte deste capítulo foi apresentada na forma de artigo no XXV Encontro Nacional do CONPEDI – BRASÍLIA / DF (TORCHIA; MACHADO, 2016).

As fraudes às licitações são exemplo claro de corrupção, porquanto são praticadas apenas se houver o ajuste entre multiplicidade de pessoas (membros da Comissão Licitante, particulares, empresários, ordenador de despesas, gestores), posicionados em polos opostos desta relação, mediante o uso de posição privilegiada de um e o oferecimento (recebimento) de quantias indevidas por parte do outro agente, realizado em descompasso com o ordenamento jurídico e na clandestinidade.²⁰

2.2 Conceito de corrupção

Corrupção é palavra polissêmica e fenômeno complexo de difícil conceituação, seja por ser um termo que está sofrendo mutações diárias, por ser globalizado ou por depender da contribuição de outras ciências na sua construção. Uma observação é certa: nenhuma lei se presta a fazê-lo, e nem poderia, já que à doutrina cabe a dura e difícil tarefa de conceituar institutos jurídicos.

A palavra “corrupção” vem do latim *corruptio-onis*, ato ou efeito de corromper alguém. O dicionário Houssais assim define:

[...]1 deterioração, decomposição física de algo; putrefação [...] 2 modificação, adulteração das características originais de algo [...] 3 fig. depravação de hábitos, costumes etc.; devassidão 4 ato ou efeito de subornar uma ou mais pessoas em causa própria ou alheia, ger. com oferecimento de dinheiro; suborno [...] 5 uso de meios ilegais para apropriar-se de informações privilegiadas, em benefício próprio [...] (HOUSSAIS, 2009)

Felipe Eduardo Hideo Hayashi pontifica que a corrupção já era objeto de estudo entre filósofos gregos antigos, inclusive de Aristóteles, por meio do qual adveio a acepção latina do termo *curruptionis*, extraindo-se o conceito a partir da observação da natureza, ligada à ideia do processo natural de desgaste, degeneração, a qual é transportada para o mundo político e social como se eles também fossem corpos naturais (HAYASHI, 2015, p. 11).

O autor observa que essa noção de degeneração corresponde aos desvios e fragilidade de princípios fundantes, como se alguma doença tivesse atingido o corpo político, provocando decadência moral e ausência de virtudes (HAYASHI, 2015, p. 12).

²⁰ Embora a corrupção normalmente seja um pacto entre duas ou mais pessoas, os crimes de corrupção (artigos 317 e 333, do CP) podem ser configurados mesmo sem a concordância de uma das partes, já que o mero oferecimento ou solicitação configuram consumação do ilícito.

A corrupção, inicialmente, estava muito relacionada ao agente público e ao aparato estatal, sendo reconhecida como degradação da própria estrutura estatal.²¹

Felipe Eduardo Hideo Hayashi ensina que a corrupção é tão antiga quanto à existência dos sistemas políticos, sendo encontrada no Egito, em 3.000 a.C., em torno de função pública e objeto de normas penais no Código de Hamurabi (1910 a.C.), embora sem precisa delimitação (HAYASHI, 2015, p. 14-15).

Na Antiguidade, a corrupção foi preocupação entre romanos, gregos, egípcios e hititas. Em Roma, já se possuía leis penais para combatê-la, tipificando-a como crime de lesa-majestade.²² No direito francês, o corrupto poderia ser sancionado com pena de morte (LIVIANU, 2014, p. 27-28).

Felipe Eduardo Hideo Hayashi lembra que na França, no século XVIII, a Assembleia Nacional Constituinte de 1789 cominou aos funcionários corruptos penas privativas de liberdade, de morte e até degradação cívica em praça pública. O corrupto era declarado infame, preso a um poste com um colar de ferro, por uma corrente e com um cartaz no peito descrevendo o crime cometido. Essa penalidade se justificava pela traição da confiança pública depositada e na alta lesividade provocada à sociedade (HAYASHI, 2015, p. 16-17).

Comumente diz-se existir corrupção quando alguém se utiliza de algo como forma de obter algum benefício ilícito. Tanto é que, como bem lembra Guilherme de Souza Nucci, uma pesquisa na internet sobre corrupção facilmente mostraria pessoas com dinheiro em malas, cuecas, meias etc. (NUCCI, 2015, p. 2).

A dificuldade de identificar a corrupção advém do fato de que o termo *corrupção* pode abrigar inúmeras condutas, algumas tipificadas em lei, outras não. Todas elas, porém, possuem traço comum: a clandestinidade. Daltan Dallagnol explica que a corrupção é praticada entre quatro paredes, sem testemunhas, existindo entre corruptor e corrompido mais do que um pacto de silêncio, mas sim um verdadeiro código, seja porque não querem ser punidos ou porque não desejam perder os benefícios alcançados (DALLAGNOL, 2016, p. 106).

²¹ Aristóteles, Platão e Rousseau, cada um em sua época, entendiam que a corrupção estava relacionada a uma degradação geral do governo, muito ligada ao abuso do poder. Essa concepção permanece hígida até mesmo diante da Declaração Geral dos Direitos dos Homens e do Cidadão quando, logo no seu preâmbulo, é dito que “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e *da corrupção dos Governos* [...]” (FRANÇA, 1789; grifo nosso).

²² Crime de lesa-majestade são aqueles cometidos diretamente contra a pessoa do rei, considerado infame e totalmente abominável.

Cada país, cada cultura, apresenta suas condutas corruptas. Isso complica a conceituação do instituto. Como exemplo, cita-se o recebimento de presentes que em algum país pode configurar crime e em outro não ser admitido. A corrupção, portanto, deve ser um conceito normativo.

No Brasil, os crimes de corrupção estão tipificados, como regra geral, nos artigos 317, 333, 337-B do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).²³ Ocorre, porém, que há muitos outros atos ilícitos tipificados como crime que poderiam estar facilmente incluídos dentro do conceito de corrupção (peculato, concussão, prevaricação etc.)²⁴ Por isso, diz-se que a corrupção abriga *inúmeras condutas sequer tipificadas em lei*.

Guilherme de Souza Nucci ensina que a corrupção também é tratada por leis especiais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe sobre a corrupção de menores, tanto no campo da dignidade sexual (artigo 244-A, do ECA) quanto no campo da prática do ilícito penal (artigo 244-B, da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990) (NUCCI, 2015, p. 2).

Muitos atos são praticados na clandestinidade e às escuras, o que embaraça o estudo e compreensão do fenômeno, porque a partir do momento em que atos de corrupção são laborados e estruturados na maioria das vezes de forma a ofuscar sua identificação, via de consequência

²³ “Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. [...] Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. [...] Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional”. (BRASIL, 2017d).

²⁴ “Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa. § 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário. § 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta. [...] Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa. [...] Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Art. 319-A. Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo: Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano”. (BRASIL, 2017d).

teremos mais dificuldades em chegar a um conceito que possa abarcar toda a sua estrutura dialética. Corre-se o risco de formulação de conceituação lacunosa e insuficiente a dotar o sistema normativo de referência de finalidade eficaz.

Várias ciências, tais como a Economia, Administração, Filosofia, Ciência Política, Antropologia, Sociologia, Direito e Ética devem contribuir para a construção do conceito de corrupção, pois a sua *prática* não está ligada apenas a questões normativas.²⁵

Para Roberto Livianu, a corrupção no setor público “[...] pode ser considerada como o comportamento sistemático e reiterado da violação da moralidade administrativa por parte do funcionário público, no seu sentido amplo, que causa danos sociais relevantes, atingindo as estruturas do Estado” (LIVIANU, 2014, p. 27).

Guilherme de Souza Nucci disserta que a corrupção se caracteriza pelo pacto escuso, pelo acordo ilícito, imoral e que causa, na maioria das vezes, muitos danos ao Estado, apesar de não raras vezes não se limitar ao âmbito da Administração Pública, e sim na seara privada, geralmente por grandes empresas (NUCCI, 2015, p. 3).

Felipe Eduardo Hideo Hayashi ensina que dentro de um sistema jurídico *normativo* a definição de corrupção é realizada pela lei, conforme sua cultura, costume e valores impregnados em dado momento histórico, classificando certas condutas como ilícitos de natureza penal, civil ou administrativa. Numa perspectiva *economicista*, a corrupção pode representar custo ou benefício para o desenvolvimento de uma empresa ou país. Do ponto de vista *ético*, comportamentos sociais inadequados, tais como furar filas, podem ser considerados corrupção em determinados contextos (HAYASHI, 2015, p. 18).²⁶

Porém, o conceito de corrupção, segundo Felipe Eduardo Hideo Hayashi, deflui do que se chama de regime transnacional de combate à corrupção, que é o conjunto de atos internacionais multilaterais em matéria de corrupção ratificados e vigentes no Brasil, os quais serão tratados no capítulo 2.4.1. Porém, esses tratados não apresentam um conceito *fechado* de corrupção, e sim uma variedade de condutas que devem ser tipificadas como. O critério, dessa feita, é de Direito Internacional Público (HAYASHI, 2015, p. 19-20).²⁷

²⁵ Esse é também o escólio de Felipe Eduardo Hideo Hayashi (HAYASHI, 2015, p. 11).

²⁶ Felipe Eduardo Hideo Hayashi cita Noberto Bobbio que considera a corrupção ser o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estatal, devendo estar relacionada à legalidade / ilegalidade e não à moralidade / imoralidade (HAYASHI, 2015, p. 21).

²⁷ Felipe Eduardo Hideo Hayashi citando Ernesto Garzón Valdés explica que um ato corrupto possui seis características: “(i) um sistema normativo relevante; (ii) poder de decisão; (iii) deveres “institucionais” ou “posicionais”; (iv) participação de outra(s) pessoa(s); (v) a obtenção de benefícios “extrapositionais”; (vi) a figura do agente duplo (clandestinidade).” (HAYASHI, 2015, p. 22).

No que tange à classificação da corrupção, é comum dizer que a corrupção pode se qualificar de acordo com sua *aceitação* na sociedade, podendo ser denominada de negra (não aceita pela sociedade, tal como a fraude em educação), cinza (parcial consenso entre as pessoas, tal como a prostituição) e branca (grande parte da sociedade tolera sua prática, tal como a pirataria).

Melilo Diniz do Nascimento classifica a corrupção em sistêmica ou esporádica; política (macrocorrupção) ou burocrática (microcorrupção); e legal ou moral (DO NASCIMENTO, 2014, p. 65-70).

A corrupção é, portanto, conduta que não seja conforme com os preceitos legais, éticos ou com os costumes, e ocorre sempre que alguém se utiliza de algo – geralmente uma posição privilegiada – para obter benefício que não seja legítimo, de cunho privado, sendo o resultado do aparecimento de irregularidades que se apresentam como oportunidades para aqueles que a praticam. Nem sempre a corrupção configura ilícito administrativo ou tipo penal.

2.3 A extensão da corrupção

Fato é que a corrupção existe desde os primórdios da civilização e sempre tem sido combatida pela sociedade. Admiti-la, a princípio, pode denotar inércia e incapacidade da sociedade em exercer a democracia, ou ao menos denotar sua incompetência em escolher representantes minimamente preocupados com a *res publica*, ética²⁸ e moralidade. Muitos dizem que é fenômeno cultural. Infelizmente, o problema possui raízes mais profundas e está arraigado nas instituições. Extirpá-la é uma premente necessidade, embora de difícil execução.

A prática da corrupção causa inúmeros efeitos na sociedade, tanto na ordem política (perda da confiança cidadã, descrédito nas instituições públicas, deslegitimação do Estado Democrático de Direito), na ordem econômica (agravamento do gasto público, progressivo processo de monopolização, retração dos investimentos exteriores) e na ordem jurídica (desigualdade entre os indivíduos, deficiência da ação social do Estado, a negativa de efetivação dos direitos humanos fundamentais).

²⁸ A definição de ética é por demais complexa. No campo da coisa pública trazem-se as lições de Clóvis Barros Filho e Sérgio Praça: “Toda ética implica renúncia. Abrir mão de alguns dos próprios interesses, apetites ou desejos em nome de uma convivência mais harmoniosa. Abdica-se do que beneficia a primeira pessoa do singular, mas compromete os interesses da primeira pessoa do plural. Primazia do nós sobre o eu. Vitória da vontade geral sobre a vontade singular, do interesse público sobre os múltiplos e esparsos interesses privados”. (BARROS FILHOS; PRAÇA *apud* NUCCI, 2015, p. 14).

A Convenção Interamericana de Combate à Corrupção faz constar logo no seu preâmbulo: “Convencidos de que a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos”.²⁹

Roberto Livianu, no mesmo sentido, diz que a corrupção é um fenômeno causador de efeitos nefastos, que vulnera o crescimento econômico, os direitos fundamentais, o desenvolvimento social, a democracia e o Estado de Direito. E mais, a corrupção causa indignação da coletividade e corrói o poder estatal. Ela nasce da fragilidade, da ineficiência da gestão administrativa, da burocracia e da ausência de mecanismos de controle. Os custos dessa criminalidade lesam frontalmente a economia, e mais ainda, os cidadãos, quem de fato suporta todos os efeitos desse fenômeno muito relacionado ao crime organizado (LIVIANU, 2014, p. 11-14).

Juliano Heinen diz que os danos provocados à economia, sem dúvidas, são os que trazem, a médio e longo prazo, os maiores prejuízos. Não se pode desconsiderar que, se o mercado fosse composto apenas por empresas éticas, negociando produtos e serviços com real qualidade e procedência, seria muito mais salutar à coletividade (HEINEN, 2015, p. 15).

Flávio Rezende Dematté assevera que a globalização foi responsável por transformar a corrupção num acontecimento de transcendência internacional, potencializada pelas grandes corporações transnacionais (DEMATTE, 2015, p. 18). O autor prossegue para dizer que é por intermédio de seu viés econômico que decorreram as maiores transformações associadas ao fenômeno, seja no campo social, institucional, cultural e político. Ainda existem dois elementos que constituem os pilares da globalização econômica: o processo de aceleração, expansão e circulação da riqueza e a “mercantilização” de todos os aspectos da vida e da atividade humana (DEMATTE, 2015, p. 40).

A globalização, de igual forma, foi responsável pelo surgimento de novas modalidades criminosas, tais como a criminalidade econômica e a ambiental, com caráter transindividual, que não mais se amolda ao Direito Penal clássico, de feição notadamente individualista (RIBEIRO, 2017, p. 32).

O “novo criminoso” possui perfil peculiar, com grande concentração de poder político e econômico, especialização profissional, domínio tecnológico e especialização profissional,

²⁹ A referida convenção foi integrada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Federal n. 4.410, de 7 de outubro de 2002.

razão pela qual emerge a necessidade de desenvolver teorias de “culpabilidade empresarial” (RIBEIRO, 2017, p. 32).

Bruno Amaral Machado citado por Guilherme de Souza Nucci (MACHADO *apud* NUCCI, 2015, p. 2-3) narra que os delitos econômicos relacionados à corrupção não estão sempre vinculados às necessidades econômicas. Muitas vezes a imagem das pessoas envolvidas está associada ao político ou empresário com grande poder econômico que age por ganância e desprezo ao modelo do Estado de Direito.

O combate à corrupção se dá através de esforços promovidos em âmbito interno e global. Em decorrência de convenções internacionais realizadas acerca do assunto, foram editados vários atos normativos no país, de jaez penal e administrativo.

Aliás, “[...] não há sequer um Estado no globo terrestre que possa ser apontado como imune aos efeitos da corrupção, ou que tenha sido bem-sucedido quanto extinção definitiva desse mal em seu território.” (DEMATTE, 2015, p. 23).

Nota-se um empenho contínuo e premente para combatê-la. Não obstante todos os esforços, inexitem evidências concretas de êxito em sua erradicação. Por isso deve-se focar muito mais na efetividade dos controles.

Atualmente o Brasil ocupa a 79ª posição do *ranking* de corrupção, de acordo com relatório divulgado pela *Transparency International* (TI), caindo três posições de acordo com o resultado do ano anterior. A situação para o país é tão sensível que países como o Butão (27ª), Barbado (31º), Botswana (35º), Costa Rica (41º), Senegal (64º), para citar alguns, estão melhor posicionados do que o Brasil (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2017).

A TI é uma organização não governamental, com sede em Berlim, cuja principal finalidade é combater a corrupção, e seu relatório é baseado em indicadores fidedignos e utilizado mundialmente por investidores.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas dizem que, segundo o relatório da Federação das Indústrias de São Paulo (FIESP), o custo da corrupção no Brasil varia de R\$50,8 bilhões a R\$84,5 bilhões ao ano (MOREIRA NETO; FREITAS, 2017, p. 2).

Agora, veja-se, a seguir, como o Brasil busca enfrentar a corrupção.

2.4 Histórico da normatização da corrupção no Brasil

O Brasil erigiu-se como nação corrupta em função do cometimento de favorecimento aos núcleos de colonização dos sistemas hereditários. Segundo Vicente Greco Filho (GRECO

FILHO, 2015, p. 15), até mesmo Pero Vaz de Caminha, escrivão português, solicita na carta enviada ao Rei Dom Manuel, de Portugal, favores para o seu genro, Jorge de Osório.

Naquela época, as Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) já tipificavam delitos de corrupção, cominando respectivas sanções, sejam elas praticadas por funcionários ou por agentes do reino. As penas, aplicadas a critério do juiz, eram graves, tais como enforcamento e fogo (LIVIANU, 2014, p. 30-31). Essas normas se caracterizavam como extremamente punitivas, oriundas de uma tradição europeia da Idade Média.

A Independência do Brasil, proclamada em 7 de setembro de 1822, provocou a elaboração de novo Código Penal, mas não antes de ser promulgada a Constituição Imperial de 1824. A esta época, o Iluminismo já havia proporcionado novo curso na história mundial, centrando-se na ciência e na racionalidade crítica.

Em 1830 entrou em vigor o Código Penal do Império, que buscava substituir as penas corporais pelas penas privativas de liberdade. Quanto à corrupção, o diploma tipificou, entre os artigos 130 a 136, os delitos de peita, suborno e concussão.³⁰

Proclamada a República no Brasil, em 15 de outubro de 1889, foi promulgado o Código Penal de 1890, o qual não continha qualquer previsão específica acerca do tema, muito provavelmente em virtude do seu curto período de tramitação, de apenas três meses.

A Constituição de 1891 fez constar previsão sobre proibição administrativa, a qual, se violada, podia causar a responsabilização criminal do Presidente da República.

Conforme leciona Melilo Diniz do Nascimento, sob os auspícios da Constituição de 1937, foi publicado, no dia 7 de novembro de 1940, o Código Penal ainda vigente, inaugurando, naquela oportunidade, nova ordem criminal no país (DO NASCIMENTO, 2014, p. 85).

Conforme ensina Roberto Livianu (LIVIANU, 2014), nele foram incluídos vários tipos penais até então desconhecidos, e estabelecidas medidas de segurança por tempo indefinido. No que tange à corrupção, de maneira mais larga, tratou dos crimes contra a administração pública, nos artigos 312 a 359, tipificando delitos de peculato, corrupção ativa, corrupção passiva, prevaricação etc. No que tange, especificamente, à corrupção, havia a previsão, tão somente, do crime de corrupção passiva e de corrupção ativa, respectivamente previstos nos artigos 317 e 333.

Já nos anos 1970, nos Estados Unidos, a corrupção demonstrou ser um problema complexo, de difícil resolução. Dela decorreu um grande escândalo de transcendência

³⁰ As ordenações do reino foram definitivamente revogadas apenas em 1916, porém, até 1830, foram responsáveis por normatizar muitas relações jurídicas.

internacional devido às questões concorrenciais, nas quais se evidenciou o pagamento de propinas, no exterior, realizados por empresas americanas.³¹

Vicente Greco Filho disserta que as empresas aproveitavam de lacunas legislativas para praticar atos corruptivos, estimando-se que na época as vantagens ilícitas auferidas pelas empresas estavam na monta de U\$\$300.000.000,00 (trezentos milhões) de dólares, tendo mais ou menos 400 (quatrocentas) empresas envolvidas (GRECO FILHO, 2015, p. 43).

Esse acontecimento manchou a imagem dos Estados Unidos da América e das empresas americanas no cenário internacional. Inúmeros esforços foram realizados na tentativa de moralizar as relações comerciais das suas companhias, bem como de demonstrar possuírem boa reputação.

Sobreleva realçar que os Estados Unidos foram motivados a iniciar estudos e normatização contra a corrupção não apenas por fatores políticos, mas também por questões éticas e morais, inicialmente relacionadas à seara privada. Mônica Nicida Garcia esclarece que:

A prevenção e o combate à corrupção remetem, num primeiro momento, à defesa do patrimônio e da moralidade públicas e seria natural que partisse dos Estados e instituições públicas a iniciativa de atuação coordenada, nessa área. Porém, os primeiros movimentos no âmbito internacional no sentido do combate à corrupção não se deram, na verdade, para fins de proteção do patrimônio público, mas sim do patrimônio privado, em prol de interesses de empresas atuantes no comércio internacional, como demonstram os estudos, na década de 70, da *Securities and Exchange Commission*, dos Estados Unidos da América, relativos a subornos pagos a funcionários públicos estrangeiros por empresas norte americanas para obtenção de vantagem competitiva sobre as empresas rivais. A preocupação inicial era com práticas de concorrência desleal no âmbito do comércio exterior. A corrupção de funcionários estrangeiros permitia a outorga de vantagens a algumas empresas americanas, o que foi entendido como concorrência desleal, cujo combate deveria ser feito por meio do combate à própria corrupção desses funcionários estrangeiros. (GARCIA, 2008, p. 272).

Marco Vinicio Petreluzzi corrobora que o mote da elaboração de normas concorrenciais nos Estados Unidos realmente era atinente às questões de mercado, e não políticas, mas vai além, consignando que a necessidade de controle à corrupção estava muito conexas à manutenção do sistema capitalista. O autor afirma, nesse sentido, que:

³¹ Escândalo Watergate, que culminou com a renúncia do presidente Richard Nixon, para o qual trazem-se lições de Pedro Ivo Gricolo Iokoi: “Os dois casos [Watergate e Lockheed] levaram o Congresso dos Estados Unidos da América a aprovar uma legislação para reprimir o pagamento de propina a autoridades estrangeiras, com o escopo de moralizar e restabelecer a credibilidade do mercado no sistema estadunidense de negócios. Ademais, é importante ressaltar que o FCPA tem um objetivo mais amplo, servindo também como um marco regulatório na atividade concorrencial, para equilibrar a concorrência entre empresas que se beneficiavam do pagamento de propinas e empresas prejudicadas por tal pagamento.” (IOKOI, 2014, p. 117).

[...] a edição dessa legislação decorreu do entendimento norte-americano no sentido de que o pagamento de propinas a um agente público é algo que desvirtua a concorrência e viola as leis do mercado, atingindo os fundamentos do regime capitalista. Não se tratou, pois, apenas de questão ética ou postura moral, mas, sobretudo, de manter o sistema saudável e impedir práticas que turbavam o mercado. (PETRELLUZI; RIZEJ JUNIOR, 2014, p. 24).

Nesse contexto, os Estados Unidos editaram, em 1977, o primeiro ato normativo contra a corrupção, denominado *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, composto por 34 (trinta e quatro) artigos. Essa legislação comina sanções de natureza cível, administrativa e criminal, a pessoas físicas ou jurídicas, bem como administradores, diretores, empregados, agentes ou acionistas, no combate à corrupção internacional, o que implica dizer sancionar atos de corrupção praticados exclusivamente no exterior. Seu objeto de proteção é precipuamente a corrupção praticada por funcionários públicos ou pessoas jurídicas no exterior. A *corrupção interna*, diga-se de passagem, é regulada por diplomas específicos. Conforme assinala Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

O FCPA é estruturado ao redor de dois grupos de infrações autônomos: um traz disposições sobre atos de corrupção propriamente ditos (pagamentos), enquanto o segundo elenca obrigações contábeis impostas a empresas. Daí já se vê que o FCPA traz duas linhas independentes de medidas de prevenção e repressão à corrupção: além de criminalizar diversas condutas relacionadas à efetiva oferta ou realização de pagamentos a funcionários públicos estrangeiros, o diploma também pune as empresas que deixem de manter controles contábeis internos adequados e apresentem falhas na contabilização de entradas e saídas de valores. (CARVALHO, 2015, p. 41)

Após a entrada em vigor dessa norma, os Estados Unidos não conseguiram atingir todos os objetivos que almejavam. Viram-se enfraquecidos economicamente em detrimento das outras nações que não possuíam legislação anticorrupção. As empresas europeias e asiáticas entendiam que o pagamento destes “incentivos” aos funcionários estrangeiros não era ato de corrupção, e sim procedimento comum no mercado econômico. Isso fez com que o comércio fora dos Estados Unidos se tornasse atraente para as empresas transnacionais. A Alemanha, por exemplo, permitia que tais custos fossem, inclusive, contabilizados para dedução de impostos.

A partir da década de 1990, a corrupção definitivamente se aflorou tal qual uma epidemia, um problema de extrema complexidade, sem limites territoriais.

Surgiu naquele momento a necessidade de um alinhamento mundial a favor da lisura e transparência nas relações comerciais, sendo imprescindível a criação de uma política mundial de combate à corrupção.

2.4.1 Compromissos internacionais de combate a corrupção assumidos pelo Brasil

A adoção de normas de combate à corrupção pelo Brasil não veio voluntariamente, pois foram resultado de vinculação de compromissos internacionais anteriormente assumidos.

Flávio Rezende Dematté diz que a dimensão global do fenômeno da corrupção levou os países a buscarem cooperação, cada qual adaptando o seu ordenamento jurídico com a edição de várias normas de cunho sancionador, de Direito Administrativo ou Penal, para responsabilizar pessoas físicas ou jurídicas (DEMATTE, 2015, p. 24-25).

O primeiro compromisso internacional assumido pelo Brasil foi a Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 29 de março de 1996, assinada em Caracas, Venezuela. Sua integração ao ordenamento jurídico brasileiro se deu após aprovação do Decreto Legislativo n. 152, de 25 de junho de 2002 e do Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002.

Vicente Greco Filho (GRECO FILHO, 2015, p. 34) afirma que foi o primeiro instrumento de combate à corrupção adotado, o qual se esforçava, notadamente, em cunhar a importância de se criar normas de conduta que previssessem uso adequado dos recursos públicos.

Em suma, a Convenção Interamericana contra a Corrupção preconizava a adoção de medidas preventivas (normas de conduta para desempenho das funções públicas, fortalecimento da participação da sociedade civil, sistemas de arrecadação fiscal que inviabilizem a sonegação, criação de sistemas para proteção de servidores públicos e cidadãos que denunciarem atos de corrupção, criação de sistemas de contratação de funcionários públicos e aquisição de bens e serviços baseados na transparência, equidade e eficiência e punição pela prática de atos de corrupção (solicitação ou aceitação de vantagens por funcionário público, realização de ato público mediante recebimento de vantagem indevida, entre outros).

A mencionada Convenção Interamericana também reconheceu dois delitos: o suborno transnacional e o enriquecimento ilícito.³²

Vicente Greco Filho (GRECO FILHO, 2015, p. 36-37) ensina que essa Convenção Interamericana, no plano processual, prevê assistência recíproca na investigação de produção de provas, incluindo a quebra de sigilo bancário, desde que respeitado o direito interno, assim como medidas sobre os bens provenientes da prática dos atos de corrupção.

Posteriormente – e talvez esse tenha sido o mais relevante compromisso internacional já realizado sobre corrupção – foi editada a Convenção sobre o Combate a Corrupção de

³² Artigo VIII e IX, da Convenção Interamericana contra a Corrupção.

Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico). Concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, foi incorporada no ordenamento jurídico por meio do Decreto Legislativo n. 125, de 14 de junho de 2000 e do Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Este diploma buscou tratar, especificamente, da corrupção praticada por funcionário público. Foi muito impulsionada e motivada pelo FCPA norte-americano.³³ Observa-se essa influência porque ela busca a transparência das relações comerciais, registros contábeis escorreitos, divulgação das informações fiscais, bem como auditoria, na mesma trilha daquele diploma.

No Brasil, a influência desse normativo foi tremenda, tanto que culminou na edição de muitas normas acerca do assunto, em especial na Lei n. 10.467, de 11 de junho de 2002, que incluiu no Código Penal alguns tipos relacionados à prática de corrupção internacional, sob o título “Dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública Estrangeira”, quais sejam, os crimes de corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B), o crime de tráfico de influência em transação comercial internacional (art. 337-C), bem como alargou o conceito de funcionário público estrangeiro (art. 337-D)³⁴ (GRECO FILHO, 2015, p. 33).

Vicente Greco Filho ensina que essa Convenção é mais específica do que a Convenção Interamericana no tratamento da corrupção, notadamente sobre funcionário público estrangeiro na sua modalidade ativa nas transações internacionais. O documento pugna pela necessidade de se assegurar por parte dos agentes privados a manutenção de livros e registros contábeis, divulgação de declarações financeiras e sistemas de contabilidade de auditoria para vedar “caixa dois”, além de vários outros (GRECO FILHO, 2015, p. 28-29).

Também foi realizada a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, denominada Convenção

³³ O FCPA, embora concebido em 1977, passou por várias revisões em 1998, em função da Convenção da OCDE.

³⁴ “Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro. Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro. Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais”. (BRASIL, 2017d).

de Palermo, que teve seu texto aprovado, no Brasil, pelo Decreto Legislativo n. 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 5.015, de 12 março de 2004.

Felipe Eduardo Hideo Hayachi disserta que o objetivo da Convenção de Palermo foi promover a cooperação para prevenir e combater, de forma eficaz, a criminalidade organizada transnacional, seja tipificando condutas de corrupção como crime, adotando medidas outras para prevenir, detectar e punir agentes públicos com o uso de medidas de integridade ou estabelecer medidas repressivas de investigação, instrução e julgamento destes delitos, tais como cooperação internacional para efeito de confisco, investigações conjuntas e técnicas especiais de investigação (HAYASHI, 2015, p. 108).

Em seguida, foi realizada a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), em 31 de outubro de 2003, ratificada pelo Decreto Legislativo n. 348, de 18 de maio de 2005 e promulgada pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. O referido documento busca, de forma mais abrangente do que a Convenção da OCDE, traçar comportamentos e condutas anticorrupção aplicáveis também aos particulares, sem olvidar dos agentes públicos, expressamente ressaltando a necessidade da transparência na administração pública, o combate à lavagem de valores e medidas contra a obstrução de justiça (GRECO FILHO, 2015, p. 41). É a primeira Convenção a tratar da questão de repatriamento de bens e recursos obtidos por meio de atos corruptos e remetidos para outro país, por meio da cooperação internacional (GRECO FILHO, 2015, p. 41).

Essa Convenção foi elaborada em um contexto em que outras Convenções sobre corrupção já estavam em vigor, sendo uma das que obteve maior adesão (ratificação de 171 países até 2 de abril de 2014) (DEMATTE, 2015, p. 76-77).

A base normativa da Convenção da UNCAC, como ensina Flávio Rezende Dematté (DEMATTE, 2015, p. 77-78), é composta por quatro pilares temáticos, sendo que: (i) o primeiro trata de um capítulo que elenca as medidas preventivas voltadas à integridade, transparência e boa governança nos setores público e privado, relacionadas à carreira no serviço público, licitações e contratações públicas, gestão dos bens públicos etc.; (ii) o segundo pilar consiste nas recomendações para criação de determinados tipos penais relacionados à corrupção e mecanismos que assegurem sua efetividade, o que envolverá a discussão de vários institutos jurídicos, tais como obstrução de justiça, participação e tentativa, prescrição, proteção de testemunhas, peritos e denunciante e a cooperação entre órgãos nacionais. Neste pilar, o artigo

26³⁵ impõe expressa criação de normas que determinem a responsabilização administrativa, civil e criminal às pessoas jurídicas que praticarem os atos de corrupção previstos na Convenção; (iii) o terceiro eixo é uma gama de disposições a respeito da cooperação internacional em casos de ato de corrupção, abarcando normas relacionadas à extradição, traslados de pessoas condenadas a cumprir pena, à assistência judicial recíproca, ao cumprimento da lei e a investigações conjuntas; (iv) o quarto pilar consubstancia-se na sistematização acerca da recuperação de ativos resultantes dos atos de corrupção, estabelecendo-se a necessidade de empenho na prevenção e detecção de transferências de produtos de delito, a recuperação direta de bens, a cooperação internacional para fins de confisco e a criação de unidades de inteligência financeira encarregadas de monitorar transações suspeitas.

Um ponto de extrema importância que se aplica a todas essas Convenções é a realização de monitoramento pelas entidades internacionais, no intuito de averiguar se estão sendo cumpridas as obrigações assumidas de forma efetiva e eficiente. O trabalho é realizado por meio de *softwares* e *check-lists*, baseados em processos de autoavaliação e visitas de especialistas internacionais (GRECO FILHO, 2015, p. 42).

As Convenções internacionais, sem sombra de dúvidas, constituem importante instrumento na luta contra a corrupção e contra o crime organizado, uma vez que não se pode tratar um problema global de maneira local.³⁶

Evidentemente, cada país, antes de assumir os compromissos, deve estar ciente das eventuais limitações do seu direito interno, em especial se tais medidas atentarão contra os direitos e garantias fundamentais.

Ocorre que mesmo após o Brasil ter tipificado várias condutas em decorrência desses compromissos internacionais, o enfrentamento a esse tipo de criminalidade, por intermédio do Poder Judiciário e com aplicação de sanções de natureza penal, não se mostrou eficaz. Por isso,

³⁵ Assim dispõe o artigo 26, que trata da 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. 2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa. 3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos. 4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo”. (BRASIL, 2017k).

³⁶ Flávio Rezende Dematté, parafraseando Matti Jousen, diz que a UNCAC aperfeiçoou o combate à corrupção em “pelo menos, três aspectos: primeiro por ser uma convenção global, ela expandiu consideravelmente o escopo geográfico de cooperação; segundo, forneceu definições comuns acerca de determinados ilícitos-chave e exigiu que os Estados-Parte os criminalizassem internamente; e, terceiro, padronizou o desenvolvimento de formas processuais de cooperação.” (DEMATTÉ, 2015, p. 78).

Marcelo de Aguiar Ribeiro ensina que o enfrentamento dos desvios existentes deve ser realizado por instrumentos de cunho administrativo. Tanto é assim, que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art. 26)³⁷ e a Convenção da OCDE sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (art. 3, item 2)³⁸ dispõem no sentido de se desenvolver efetiva atividade sancionadora também na seara não criminal (RIBEIRO, 2017, p. 185)

2.5. Alertas de corrupção nas contratações públicas segundo a Transparency International

Não é demais repetir que a corrupção, quase sempre, elege a coisa pública como vítima predileta, seja porque os atos corruptivos são praticados na clandestinidade (sem testemunhas ou lesados específicos para buscar a representação e apuração) ou pela vultuosidade dos recursos envolvidos.

Diogo Moreira de Figueiredo Neto e Rafael Vêras de Freitas atestam que:

A corrupção tem o deletério efeito de propiciar a apropriação privada de recursos públicos que poderiam ser investidos na realização de inúmeras políticas funcionalizadoras de direito fundamentais de que o País tanto carece – como, fundamentalmente, na prestação dos serviços de saúde, educação, segurança, transporte, alimentação e moradia. Em suma, contraria os objetivos de uma sociedade independente, justa, livre e solidária, que persegue o seu desenvolvimento. (MOREIRA NETO; FREITAS, 2017, p. 1).

Embora já se aluda à corrupção privada e a imprescindibilidade da ética nos tratos negociais, reforça-se que é no âmbito público, notadamente nas fraudes às contratações públicas, que acontecem as maiores práticas corruptivas.

³⁷ “Art. 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. 2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa. 3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos. 4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo”. (BRASIL, 2017k).

³⁸ “Caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras.” (BRASIL, 2017i).

O cerne deste trabalho consiste em discutir a responsabilização administrativa e criminal no que toca às fraudes às licitações. Por isso, antes de prosseguir, é imprescindível estabelecer o conceito de fraude.

Jefferson Aparecido Dias e Pedro Antônio de Oliveira Machado (DIAS; MACHADO, 2016, p. 93) lembram que embora o procedimento licitatório possua caráter instrumental, é uma ferramenta que busca criar condições para que os negócios administrativos sejam efetivados em ambiente de segurança jurídica, vez que os recursos públicos pertencem à sociedade, aos cidadãos.

Franklin Brasil Santos e Kleberson Roberto de Souza ensinam que a fraude é caracterizada pela vontade consciente de causar dano, resultando do planejamento, da organização e da execução do ilícito, que é reprovado pelas leis, pela moral e pela ética, com o fim de obter vantagem ilegal ou ilegítima, praticada por meio da mentira e da dissimulação. Fraude não é erro e, em licitações, ocorre sempre que se frustra o caráter competitivo do processo licitatório (SANTOS; DE SOUZA, 2016, p. 21).

Os autores ensinam que existe um “triângulo da fraude”, criado por Cressey Well, que explicaria quais os fatores necessários para seu cometimento. O primeiro vértice é a racionalização, que é o discernimento do indivíduo para saber o que é certo ou errado e o que ele justifica para si mesmo para realizar a ação (é temporário, sempre foi feito dessa forma, eu desconhecia as regras, eu mereço). O segundo vértice é a pressão que o fraudador sofre, ou seja, seu desejo de manter ou melhorar seu padrão de vida, atingir metas, bônus ou outra recompensa. O terceiro e último vértice é a oportunidade, que se consubstancia na ausência de fiscalização, regulamentação, punição, segregação de funções e/ou funções incompatíveis com as responsabilidades dos cargos (SANTOS; DE SOUZA, 2016, p. 22-23).

As fraudes, ainda segundo os autores, podem ser comprovadas tanto por um conjunto de indícios (convergentes, acumulativos e concordantes entre si) – prova indireta –, como por prova direta. Segundo afirmam, o Tribunal de Contas da União tem fundamentado condenações em prova indiciária (SANTOS; DE SOUZA, 2016, p. 22-23).³⁹

Isso porque seria extremamente difícil buscar condenações de fraudes às licitações baseando-se apenas em prova direta. Por isso os indícios, expressamente previsto no Código de Processo Penal (art. 239)⁴⁰ são meio de prova, porque deles pode-se extrair, por conclusão lógica, uma conclusão do fato que se pretende provar (SANTOS; DE SOUZA, 2016, p. 26-27).

³⁹BRASIL, 2012.

⁴⁰ “Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.” (BRASIL, 2017r).

Cristiana Fortini e Fabrício Motta (FORTINI; MOTTA, 2016, p. 95) ensinam que, segundo a Transparência Internacional, há que se analisar as fragilidades das licitações e contratações públicas a partir do exame de cinco fases.

A primeira fase é relacionada à definição do objeto da demanda, a qual englobaria as condições de execução e das regras de execução, pelo que já é possível definir quem pode sair vitorioso na futura licitação, bem como a impossibilidade de sua realização. Essa fase, conforme os autores, é chamada de fase interna, geralmente ocorre dentro dos muros da Administração, sendo publicizada apenas com a divulgação do edital. A *Transparency International* sugere a prática de corrupção quando houver: (i) ausência de transparência no processo e na tomada de decisões; (ii) acesso inadequado à informação; (iii) ausência de oportunidades para discussões públicas (FORTINI; MOTTA, 2016, p. 96).

A segunda fase, que consiste na preparação do processo e da documentação, também de âmbito interno, é susceptível à prática de corrupção e merecem atenção os seguintes aspectos: (i) especificações fracas que não permitam a avaliação da performance do contratado; (ii) desvio do padrão usual da contratação; (iii) publicidade limitada; (iv) pré-qualificações pouco claras ou vagas; (v) tempo inadequado para a preparação das propostas; (vi) exclusão de licitantes com expertise técnica; (vii) não esclarecimento das dúvidas; (viii) dúvidas não direcionadas aos outros licitantes; (ix) propostas não abertas publicamente (FORTINI; MOTTA, 2016, p. 97-98). Essa fase de elaboração exerce grande influência na execução e fiscalização do contrato, porquanto não há como atestar deficiências do comportamento do contratado se não há delimitações seguras que permitam inferir isso (FORTINI; MOTTA, 2016, p. 98).

Na terceira fase, que consiste na seleção do futuro contratado, evidenciam-se os seguintes sinais de perigo: (i) condução do processo por uma só pessoa; (ii) ausência de expertise dos membros da comissão; (iii) desistência do certame por empresas qualificadas; (iv) atrasos injustificáveis na seleção do licitante vencedor; (v) similitude das propostas, inclusive dos erros (FORTINI; MOTTA, 2016, p. 100-101). É importante diluir o poder decisório nas instituições, preferindo delegar a um grupo de membros do que a apenas uma pessoa. Também, sobreleva realçar a importância da rotatividade dos membros da comissão, com limitação temporal dada pela própria Lei n. 8.666/1993, no artigo 51, §4º (FORTINI; MOTTA, 2016, p. 101-102).⁴¹

⁴¹ “Art. 51. [...] § 4º A investidura dos membros das Comissões permanentes não excederá a 1 (um) ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente.” (BRASIL, 2017c).

A quarta fase classificada pela *Transparency International* como suscetível de prática de corrupção consiste na implementação do contrato, relacionando-se com a sua execução. Cristiana Fortini e Fabrício Motta apresentam os seguintes sinais: (i) produto comprado utilizado com finalidade diversa da adquirida; (ii) ausência de instruções escritas ao contratado; (iii) inexistência de registro formal das avaliações da performance; (iv) custos que ultrapassam a expectativa e não são justificados; (v) ausência ou baixa fiscalização para trabalhos físicos (FORTINI; MOTTA, 2016, p. 102). Nessa fase, por não existir mais a presença dos outros concorrentes, a situação pode ocasionar ambiente mais propício às práticas corruptivas, dada a maior “intimidade” entre tais partes. Por isso, recomenda-se que além do fiscal do contrato haja o gestor do contrato, medida que, segundo os autores, é adotada pelo município de Belo Horizonte, em razão da edição do Decreto n. 15.113/2013 (FORTINI; MOTTA, 2016, p. 103).

A quinta fase, segundo a *Transparency International*, está relacionada às denúncias, auditorias e outras formas de controle, sendo sinais de corrupção: (i) ausência ou inexistência de controle; (ii) ausência de controle parlamentar; (iii) inexistência de interesse em investigar denúncias anônimas; (iv) não encorajamento das denúncias; (v) ausência do sistema de proteção aos denunciadores; (vi) auditorias superficiais ou “atrasadas”; (vii) não publicação ou publicação tardia do resultado das auditorias (FORTINI; MOTTA, 2016, p. 105).

A corrupção é problema cujo enfrentamento não está reservado apenas à esfera estatal, de forma que os particulares, através de mecanismos de integridade, denominados *compliance*, devem também buscar combater o desvio de verbas públicas e de condutas ilícitas.

Dessa feita, um dos instrumentos do *compliance* é justamente um canal de denúncias independente associado a órgão também independente que irá apurar a veracidade das comunicações recebidas.

É justamente nesse sentido que reluzem os sinais apontados pela *Transparency International*. Uma instituição deve possuir órgão competente e independente para buscar a apuração dos ilícitos praticados no seu âmbito e atuação, não apenas por imposição legal, mas como forma de promover a ética nos tratos negociais.

Nesse sentido, Fortini e Motta asseveram que nos Estados Unidos qualquer cidadão pode denunciar fraudes de recursos públicos e ser beneficiado com parte do valor recuperado, sendo que no Brasil a ação popular, mecanismo mais próximo disso, não possui sistemática parecida, já que, segundo os diplomas nacionais, o denunciante não recebe qualquer incentivo financeiro (FORTINI; MOTTA, 2016, p. 106-107).

Seja no procedimento licitatório ou nas dispensas de licitação, importante destaque deve ser dado às advocacias públicas, as quais possuem previsão nos artigos 131 e 132 da Constituição, e na sua atuação, podem prevenir práticas corruptivas.

Antonio Flávio de Oliveira ensina que o agir estatal deve estar relacionado ao princípio da legalidade, mesmo antes da atuação dos órgãos de controle externo (OLIVEIRA, 2016a, p. 10). Não por outro motivo que a Lei n. 8.666/1993 exige, no seu artigo 38, VI, que deve constar de todo procedimento licitatório, de dispensa de licitação ou de inexigibilidade, “pareceres técnicos ou jurídicos”, além de que “minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”, conforme se vê no art. 38, Parágrafo Único, da Lei Geral de Licitações.

O trabalho da assessoria jurídica, na ocasião da análise de tais minutas, pode evitar muitas fraudes nos procedimentos de contratações públicas. Helton Kramer Lustoza assevera que o Procurador Público tem como sua principal função a atuação preventiva, por meio da realização de pareceres jurídicos, que orientará a atividade administrativa segundo entendimento legal e constitucional da matéria (LUSTOZA, 2015, p. 33).

Angélica Moreira Dresch da Silveira assinala que as assessorias jurídicas podem evitar fraudes, tais como: (i) o direcionamento à licitação, que se caracteriza, por exemplo, quando o administrador estabelece exigências de qualificação técnica e econômico-financeira que só determinada empresa possui, fazendo uma *reserva de mercado*, o que pode ser evitado se verificado na minuta do edital que foi concedido amplo arbítrio ao agente público; (ii) superfaturamento, o qual consiste na previsão de preços significativamente superiores aos praticados no mercado, que se efetiva pela ausência de ampla e prévia pesquisa de preços que determinaria, não sendo o caso de dispensa, da modalidade licitatória adequada, circunstância essa que pode ser apontada pelo núcleo jurídico, exigindo-se comprovantes / orçamentos das referidas pesquisas; (iii) fracionamento de despesas como forma de manipulação da licitação, prática na qual se divide a despesa visando a utilização de modalidade licitatória menos rigorosa do que a prevista, o que pode ser alertado pelo Jurídico, pugnando pelo planejamento prévio de todas as compras (SILVEIRA, 2009, p. 4-17).

Cabe ressaltar, no que tange aos contratos administrativos, que de igual forma devem ser previamente validados pela assessoria jurídica, uma vez que grande parte das fraudes são cometidas na execução da contratação. Angélica Moreira Dresch da Silveira prossegue para dizer que duas situações devem ser acompanhadas de perto pelas assessorias jurídicas: (i) a

subcontratação, que pela lei só é admitida se for parcial, tendo, portanto, limites, os quais devem estar previstos no contrato, uma vez que a figura da subcontratação pode vir a mascarar a inidoneidade da empresa vencedora; (ii) fiscalização do contrato, que deve ser realizada à contento para se evitar alteração das quantidades, das especificações técnicas etc., sendo recomendado que se designe, também, um gestor do contrato (SILVEIRA, 2009, p. 18-20).

Franklin Brasil Santos e Kleberson Roberto de Souza ensinam que as principais categorias de fraudes às licitações são o projeto “mágico”, edital restritivo, publicidade precária, julgamento negligente, conivente ou deficiente, contratação direta indevida e cartelização (SANTOS; DE SOUZA, 2016, p. 29).

Estudado o histórico, conceito, normatização e a prática da corrupção no âmbito das contratações públicas, passa-se ao exame do direito punitivo do Estado, avaliando o regime jurídico punitivo e criminal para combater a corrupção no campo da fraude à licitação.

3 O PODER PUNITIVO ESTATAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO: DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS ÀS SANÇÕES PENAIS

O Estado, detentor do *ius puniendi*, é incumbido de aplicar sanções sempre que houver prática de ato ilícito, ou seja, o descumprimento de uma norma que comine penalidade. O ilícito seria uma incongruência qualificada pela ordem jurídica e objeto de sua tutela (MOTTA; ANYFANTIS, 2017, p. 83). O ato ilícito também poderá ensejar a atuação de vários órgãos julgadores (administrativo ou judicial), bem como representar violação de normas de naturezas distintas (administrativa, civil e criminal por exemplo).

Diogo Moreira de Figueiredo Neto e Flávio Amaral Garcia (MOREIRA NETO; GARCIA, 2012, p. 1) ensinam que o *ius puniendi* se funda sobre um conjunto de princípios e regras garantidoras de direitos dos administrados e dos cidadãos e que a inobservância de tais normas conduziria esta atividade punitiva, inexoravelmente, à ilegitimidade e arbitrariedade.

Rafael Munhoz de Mello diz que há grande aceitabilidade da existência de um poder punitivo estatal uno (MELLO, 2007, p. 45). Fábio Medina Osório, em sentido contrário, diz que isso é uma profunda incoerência, já que não há unidade de princípios jurídicos de um direito público estatal ou constitucional na regulação das formas de expressão do *ius puniendi* (OSÓRIO, 2015, p. 121).

Fabrizio Motta e Spiridon Nicofotis Anyfantis atestam que a tese da unidade do *ius puniendi* é aceita atualmente, e pregam a impossibilidade de distinguir ontologicamente entre delitos e penas, de um lado, e infrações e sanções administrativas, de outro.

Franciso Zardo, por sua vez, defende que os princípios e regras de Direito Penal devem ser aplicadas sobre o Direito Administrativo Sancionador, por se tratarem de normas comuns ao Direito Punitivo do Estado, que se manifesta sob essas duas formas (ZARDO, 2014, p. 38-39).

Embora haja proximidade no tratamento jurídico entre as responsabilizações administrativa e criminal, há que se reconhecer que possuem diferenças significativas em razão do regime jurídico e normas processuais a que estão submetidas.

Não está a dizer que se devesse conceder mais garantias em um processo baseado em normas administrativas do que num processo penal, ou vice e versa. Trata-se de, inicialmente, delimitar que a violação de normas de Direito Administrativo demandará a atuação do Direito Administrativo Sancionador, enquanto a violação de normas penais demandará atuação do Direito Penal, esse último reconhecido por ser instrumento severo, que afeta a dignidade da

pessoa e pode colocar o sujeito apenado em situação de estigmatização perante à sociedade. Contudo, a aplicação da sanção penal só é realizada após a observância de enormes e substanciais garantias, a maioria delas derivadas da Constituição, tal como o devido processo, legalidade estrita e a presunção de inocência, embora atualmente o processo penal esteja caminhando para o cenário de flexibilização.⁴²

Fábio André Guaragni, apoiado em Bauman, afirma que hoje vivemos em uma modernidade líquida, que produz um direito líquido, no sentido de as fronteiras deste Direito não serem sólidas a ponto de podermos sequer catalogar Direito Público ou Direito Privado (GUARAGNI, 2016, p. 6-7).⁴³

O autor tem razão no que afirma. Hoje é muito difícil distinguir a natureza jurídica de algumas normas, tais como a da LAC (Lei n. 12.846/2013), que embora seja de natureza civil-administrativa (ao menos é o que se extrai de sua interpretação literal) é de conteúdo nitidamente penal, já que suas condutas são tipificadas no CP (Decreto Lei n. 2.848/1940) ou na LGL (Lei n. 8.666/1993). E o mesmo se diga com relação à LIA (Lei n. 8.429/92), apesar de ser de natureza cível-administrativa (ou cível-política), possui sanções tão severas quanto às normas de cunho penal.

Apesar da concordância sobre a existência de um “direito líquido”, ressalta-se a posição de que há substanciais diferenças entre as duas esferas de responsabilização, e, tratando-se de aplicação de punição, há sempre que se conceder garantias decorrentes do Estado Democrático de Direito, embora não se possa desprezar a necessidade de punição quando praticado um fato configurado como ilícito.

3.1 O tratamento criminal dispensado à corrupção

Felipe Eduardo Hideo Hayashi defende que os atos de corrupção, tal qual entendidos pelas Convenções internacionais, devem ser criminalizados, caso estejam disciplinados como medidas de prevenção e repressão à corrupção nestas normas (HAYASHI, 2015, p. 19)

Flávio Rezende Dematté leciona que a Convenção da UNCAC e da OCDE possuem um ponto comum: ambas estabelecem a necessidade de criminalizar atos de corrupção nela

⁴² O Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica no HC 126.292/SP, entendeu ser possível a prisão em segunda instância, não se caracterizando, no entendimento dos ministros, ofensa ao princípio da presunção de inocência. Fonte: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>).

⁴³ Lembra-se o que dissemos sobre o Estado Social, no qual houve um fenômeno denominado por Maria João Estorninho como *fuga para o Direito Privado*.

tipificados, inclusive às pessoas jurídicas, sem prejuízo da responsabilização das pessoas físicas que participaram do ilícito (DEMATTE, 2015, p. 78). O eixo de normas penais de combate à corrupção no Brasil, portanto voltado às pessoas físicas, estaria constituído por quatro leis principais, quais sejam: (i) Código Penal, que dedica um título aos crimes praticados contra a Administração Pública, entre os quais peculato (artigo 312), desvio de verbas públicas (artigo 315), concussão (artigo 316), corrupção passiva (artigo 317), prevaricação (artigo 319), advocacia administrativa (artigo 321), corrupção ativa (artigo 333), corrupção ativa em transação comercial internacional (artigo 337-B) e tráfico de influência em transação comercial internacional (artigo 337-C); (ii) Lei de Licitações cujos artigos 89 a 99 tipificam crimes atinentes às fraudes às licitações ou aos contratos administrativos, tais como dispensa indevida de licitação (artigo 89), fraude ao caráter competitivo das licitações (artigo 90), bem como afastar licitante por meio de violência ou fraude (artigo 91);⁴⁴ (iii) Lei de Lavagem de Dinheiro, Lei n. 9.613/1998, que foi reformulada pela Lei n. 12.683/2012, a qual tipifica como crime o ato de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração

⁴⁴ “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público. Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais. Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa. Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida. Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração. Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”. (BRASIL, 2017c).

penal.”; (iv) Lei n. 12.850/2013, denominada Lei das Organizações Criminosas, que prevê aspectos tanto materiais e processuais acerca deste fenômeno, inovando no ordenamento jurídico ao prever novos meios de obtenção de provas (em especial a colaboração premiada) e infiltração de agentes, além de prever penas mais severas (DEMATTÉ, 2015, p. 83-84).

Ainda nesse contexto de política criminal, é de bom alvitre lembrar que, não obstante os compromissos assumidos, muitos fatos poderão não ser tipificados como crime ou ter suas penas aumentadas, porque o Parlamento brasileiro não tem empreendido esforços em recrudescer essa responsabilização. Tanto é assim que as figuras típicas incriminadoras de corrupção ativa e passiva permanecem com pena mínima de reclusão de dois anos, a mesma pena de quem furta uma bicicleta, com a diferença de que neste último caso o agente pode seguir para o regime fechado, mas o corrupto não (NUCCI, 2015, p. 6-7).

Guilherme de Souza Nucci indaga como alguém que lesa milhões de pessoas (e muitas vezes desvia até bilhões de reais) pode ter um tratamento penal até mais favorável do que aquele que lesa apenas uma pessoa, e muitas vezes em valores muito pequenos (NUCCI, 2015, p. 7).⁴⁵ Ele prossegue para dizer que uma das maiores contradições do Direito é o falso entendimento de que o crime violento massacra a classe pobre enquanto os delitos não violentos (como corrupção) afetaria somente os ricos, já que os pobres são muito mais vítimas da corrupção do que os ricos, por serem desprovidos de alimentação, ensino, saúde, moradia etc. (NUCCI, 2015, p. 11)

O autor narra que os atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção, caracterizados como condutas *corruptas*, podem ser concretizados por uma pessoa física, ainda que em nome da pessoa jurídica. Isso estabelece um conflito aparente de normas, já que pode haver dupla apenação, ou seja, tanto o funcionário da pessoa jurídica responderá pelo crime praticado (muitas vezes corrupção ativa) e a pessoa jurídica pelo mesmo “tipo”, porém, com base no artigo 5º da LAC, sem possibilidade de avaliar o dolo (já que não há responsabilidade penal da pessoa jurídica neste caso) (NUCCI, 2015, p. 89).

3.2 Direito Administrativo Sancionador

O Direito Administrativo Sancionador, segundo escólio de Ana Carolina Carlos de Oliveira, surgiu na Alemanha como reação à hipertrofia do Direito Penal acessório, e na

⁴⁵ Guilherme de Souza Nucci afirma que a situação carcerária na Espanha é a mesma do Brasil, pois os condenados são originários de uma classe marginalizada da sociedade, ficando o corrupto excluído do cárcere na grande maioria dos casos (NUCCI, 2015, p. 11).

Espanha com a passagem para o Estado Social, que implicou o reforço das sanções administrativas conjuntamente à ampliação das normas penais (CARLOS DE OLIVEIRA, 2011, p. 91).

Fabício Motta e Spiridon Nicofotis Anyfantis, na esteira do que ensina o jurista espanhol Juan Afonso Santamaria Pastor, lembram que a atividade sancionadora da Administração:

[...] tem sua origem ligada a três fatores fundamentais: a) o regime de confusão de poderes característico do Estado absoluto, no qual determinadas autoridades administrativas ostentavam simultaneamente poderes judiciais de ordem penal; b) o fortalecimento que a Administração experimenta durante o século XIX, que influenciou muitos Estados a dotá-la de poderes repressivos como instrumentos de governo; e c) a ampliação das funções da Administração nos últimos anos que superou por completo a capacidade de atuação do aparato judicial, originalmente concebido para reprimir um número limitado de condutas. (MOTTA; ANYFANTIS, 2017, p. 82).

Nesse mesmo sentido, ensina Ana Carolina Carlos de Oliveira, que há um cenário de sobreposição, no qual há transferência, senão um reforço, da conduta descrita como tipo penal para o Direito Administrativo Sancionador. Outrossim, há incorporação de proibições administrativas ao catálogo de sanções penais (CARLOS DE OLIVEIRA, 2011, p. 91).

Também é o comentário de Fabício Motta e Spiridon Nicofotis Anyfantis, que parafraseando Alejandro Huergo Lora, afirma que a “atividade sancionadora administrativa nunca vai sozinha”, cada vez usando mais o Direito Penal como garantia do Direito Administrativo em certos casos (delitos fiscais, ambientais), o que relativizaria o entendimento de que o Direito Penal tutelaria *apenas* os bens mais importantes, enquanto o Direito Administrativo resguardaria apenas os interesses da Administração (MOTTA; ANYFANTIS, 2017, p. 84).

Ainda hoje, como observa Fábio André Guaragni, o Direito Penal é chamado a reforçar e apoiar o Direito Administrativo Sancionador, prevendo uma série de crimes com a intenção de proteger as atividades administrativas mais do que propriamente outros bens jurídicos, ou seja, revelam uma face da administrativização do Direito Penal. Ele conclui que tal circunstância promove uma ruptura do clássico princípio da intervenção mínima, pois o Direito Penal deixa de ser a *ultima ratio* (GUARAGNI, 2016, p. 7).⁴⁶

⁴⁶ O autor cita, como exemplo, a Lei de Crimes Ambientais, que reprime várias condutas de um ou outro comportamento do particular que funciona sem autorização estatal, regulamento etc, a ponto de se questionar se realmente esta a proteger o meio ambiente ou a administração estatal (GUARAGNI, 2016, p. 7).

Francisco Zardo diz que a inspiração do Direito Administrativo Sancionador no Direito Penal se dá por ser área de conhecimento jurídico muito mais antiga e evoluída (ZARDO, 2014, p. 39).

A diferença entre essas esferas de punição é que quando o ilícito a ser sancionado pelo Estado possuir natureza penal, o acusado poderá se defender em um processo penal que, historicamente, lhe assegura inúmeras garantias de defesa, fruto de uma evolução legal e jurisprudencial já bem sedimentada. Contudo, o processo administrativo realizado para a aplicação das sanções administrativas não possui o mesmo espectro de garantias do Direito Penal, a começar pela inexistência de normas constitucionais e infralegais específicas a reger tal atividade.

Não existe um diploma de caráter nacional, à exemplo do Código Penal ou Código de Processo Penal, que materializa e consubstancia garantias mínimas do acusado em processo administrativo. A Lei n. 9.784/1999, embora trate de processo administrativo, possui espectro mais amplo não direcionado a regulamentar especificamente o Direito Público Punitivo.

Rafael Munhoz de Mello atribui a ausência de respeito às garantias constitucionais dos administrados a esta circunstância, e concluiu que, no Brasil, a atividade punitiva estatal é tratada de modo assintomático por várias diplomas, ao contrário do que acontece na Espanha, Itália e Alemanha, países que possuem normas específicas, respectivamente reguladas pela Lei n. 30/1992 (*Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*), Lei n. 689/1981 (*Modifíche al Sistema Penale*) e *Gesetz über Ordnungswodrigkeiten, de 19.2.1987* (MELLO, 2007, p. 16).

Fábio Medina Osório, expõe a dificuldade em se elaborar uma teoria abordando todos os aspectos das normas administrativas sancionadoras. Segundo ele, porém, já é possível elaborar uma *teorização* do Direito Administrativo Sancionatório, buscando visualizar os limites impostos à Administração Pública nos seus poderes sancionadores e as garantias e direitos conferidos aos acusados, com uma vertente constitucional (OSÓRIO, 2015, p. 51-52).

Tudo que se observa hoje sobre a atuação excessiva do Estado no sancionamento dos cidadãos é decorrência do que aconteceu com o próprio surgimento do Direito Administrativo no período liberal, que, enquanto segmento do direito responsável por regular a função administrativa do Estado, estava dotado de muitas prerrogativas. Tais prerrogativas permitiam o cometimento de arbitrariedades no exercício do seu poder disciplinador.

Como modificar esse panorama e demonstrar ao Estado-Legislador a necessidade de se passar à completa revisão desses processos? É buscar no “[...] conceito de Estado Democrático

de Direito e no de legitimidade da ação estatal que o Direito Administrativo Sancionador encontra seu núcleo fundamental, com a necessária e indispensável preocupação de contenção do poder aplicado pelo Estado”. (MOREIRA NETO; GARCIA, 2012, p. 1).

Por isso, quando se está a falar de *punição*, deve-se conceder interpretação extensiva aos direitos e garantias individuais, no sentido de privilegiar, ao máximo, o Estado Democrático de Direito.

Diogo Moreira de Figueiredo Neto e Flávio Amaral Garcia ensinam que, com o Estado de Direito, as normas de Direito Público passaram a ter duas funções: limitar e controlar o poder do Estado e coibir excessos e desvios. E que apesar do aumento de atividade sancionatória por parte do Estado, a partir do Século XIX, tanto no campo do Direito Penal quanto no do Direito Administrativo, há que se proteger os direitos dos cidadãos com base no conjunto de princípios garantísticos de contenção do poder punitivo estatal, independentemente de a sanção ser aplicada pelo Estado Administração ou Estado Juiz (MOREIRA NETO; GARCIA, 2012, p. 2-3).

Fabrizio Motta e Spiridon Nicofotis Anyfantis pontificam:

No tocante ao ordenamento jurídico brasileiro, duas questões merecem realce. Em primeiro lugar, o constitucionalismo moderno ocidental é pautado pela *centralidade da Constituição* e de sua *irresistível força normativa*, notadamente no que se refere aos direitos fundamentais. Na concepção atual, os direitos fundamentais deixam de ser meros limites negativos ao exercício do poder político para direcionarem e condicionarem as ações positivas do Estado, passando a incidir, inclusive, nas relações entre particulares. Passam a ser vistos, então, em uma dupla dimensão: no plano jurídico-objetivo, constituindo normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; e no plano jurídico subjetivo, consistindo no poder de exercer positivamente direitos (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas a direitos por parte deles (liberdade negativa).” (MOTTA; ANYFANTIS, 2017, p. 85. Grifos no original).

Quando se tratar de aplicação de uma sanção administrativa, o Estado deverá, no bojo do processo, assegurar ao acusado toda a possibilidade de exercer seu contraditório e ampla defesa, exatamente nos termos do que dispõe o art. 5º, inciso LIV e LV.⁴⁷

Diogo Moreira de Figueiredo Neto e Flávio Amaral Garcia prosseguem para dizer que há princípios que devem reger e orientar toda e qualquer expressão de poder estatal sancionador,

⁴⁷ “Art. 5º. [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL, 2017a).

sob pena de se regredir às indesejáveis práticas do arbítrio que antecederam o próprio Estado Democrático de Direito, notadamente quando se fala na Lei Anticorrupção. Veja-se:

[...] não se admite a existência de crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (princípio da legalidade – art. 5º, XXXIX); estabelece-se a previsão de que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (princípio da irretroatividade – art. 5º, XL); prevê-se a vedação de que a pena não passará da pessoa do condenado (princípio da intranscendência da pena – art. 5º, XLV) e de que qualquer indivíduo seja privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo (princípio do devido processo legal – art. 5º, LIV) e se afirma o direito, assegurado a todo e qualquer litigante, em processo judicial ou administrativo, de ampla defesa (princípio da ampla defesa e do contraditório – art. 5º, LV). (MOREIRA NETO; GARCIA, 2012, p. 3-4).

Jorge Munhós de Souza, no mesmo sentido, afirma que o Constitucionalismo Democrático persegue o objetivo de equilibrar as legítimas pretensões punitivas estatais com os direitos e garantias fundamentais dos acusados em geral, os quais estão previstos não apenas nas normas nacionais, mas também em tratados internacionais e nas constituições em forma de princípios, tais como a legalidade, tipicidade, irretroatividade, contraditório, ampla defesa, vedação do *bis in idem*, duplo grau de jurisdição, entre outros (SOUZA, 2016, p. 190). É dentro dessa perspectiva que o Direito Administrativo Sancionador deve ser visto. Por ser responsável por reger e aplicar as penalidades aplicadas, deve possuir tratamento similar ao do Direito Penal quando se trata de garantias aos cidadãos, obedecendo-se, além dos princípios acima mencionados, o da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, tipicidade, entre outros.

Hoje, porém, se alude ao Direito Penal que trata dos crimes praticados no âmbito econômico e empresarial como Direito Penal Econômico,⁴⁸ o qual é utilizado para se fazer paralelo com o Direito Administrativo Sancionador.

⁴⁸ Acerca da definição de Direito Penal Econômico, traz-se lições à baila: “Assim considerado, o Direito Penal Econômico visa à proteção da atividade econômica presente e desenvolvida na economia de livre mercado. Integra o Direito Penal como um todo, não tendo nenhuma autonomia científica, mas tão somente metodológica ou didático-pedagógica, em razão da especificidade de seu objeto de tutela e da natureza da intervenção penal. Encontra-se, portanto, informado e submetido, como toda construção jurídico-penal, a seus princípios e categorias dogmáticas. O caráter fundamentalmente supraindividual e o conteúdo econômico-empresarial dos bens jurídicos protegidos não são questionados. Em certos pontos, aparecem fortes componentes de índole individual, ainda que em estreita relação com os interesses econômicos, genericamente considerados.

A específica problemática derivada da matéria objeto deste estudo lógico-sistemático vai desde os delitos contra a ordem econômica (Leis 8.137/90 e 8.176/91), perpassando os delitos contra as relações de consumo (Leis 8.078/90 e 8.137/90), contra o sistema financeiro nacional, sigilo das operações de instituições financeiras e contra as finanças públicas (Lei 7.492/86, Lei Complementar 105/2001 e Código Penal), contra a ordem tributária, e de contrabando e descaminho (Lei 8.137/90 e Código Penal), até, finalmente, terminar com o exame dos delitos contra o sistema previdenciário (Código Penal).” (PRADO, 2016).

Marcelo de Aguiar Ribeiro afirma que Direito Penal Econômico e o Direito Administrativo são estruturalmente similares, razão pela qual é indispensável dizer que o segundo ramo recepciona fortes influências dogmáticas do primeiro, mas não de forma integral, notadamente no que tange à responsabilidade das pessoas jurídicas (RIBEIRO, 2017, p. 32).

É no contexto desta nova criminalidade que o Brasil, em razão de compromissos internacionais assumidos, conforme se verá no item 3.4.1, tem passado por diversas mudanças no seu cenário jurídico, pois começou a ser *compelido* a produzir normas de natureza cível, administrativa e criminal para combater a corrupção, seja reprimindo novas condutas, criando estruturas de inteligência ou modificando institutos jurídicos.

Sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica, traz-se à baila lições de Flávio Rezende Dematté, o qual lembra sobre a impossibilidade de responsabilizar criminalmente pessoas jurídicas por corrupção, pois, consoante se extrai das normas do artigo 173, §5^o⁴⁹ e artigo 5^o, inciso XLV,⁵⁰ da Constituição, a sanção penal irá recair apenas sobre os autores materiais do crime, as pessoas físicas (DEMATTE, 2015, p. 82).

A possibilidade de penalização da pessoa jurídica é, portanto, questão controversa não só em termos dogmáticos, como também no campo político, já que é matéria afeta à política criminal desenvolvida por cada país. O autor afirma que, a exemplo do Brasil, Itália e Alemanha ainda permanecem não admitindo a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, ao passo que a Espanha, a partir de 2010, passou a admitir tal responsabilização, mediante a inclusão do artigo 31-bis no seu Código Penal (DEMATTE, 2015, p. 82).⁵¹

Guilherme de Souza Nucci assevera que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é admitida pela Constituição no que se refere aos crimes ambientais e aceita pelos Tribunais com relação aos crimes econômico-financeiros e contra a economia popular, recebendo sanções que são compatíveis com sua natureza, de forma que deve ser perfeitamente estendida aos casos de

⁴⁹ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.” (BRASIL, 2017a).

⁵⁰ “Art. 5º [...] XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;”(BRASIL, 2017a).

⁵¹ O Projeto de Lei do Senado n. 236/2012, que trata da reforma do Código de Processo Penal brasileiro, possui disposição para admitir a responsabilização penal de pessoa jurídica, inclusive no caso de prática de crime contra a administração pública (DEMATTE, 2015, p. 82).

corrupção, que constituem ofensa à ordem econômica e financeira do país (NUCCI, 2015, p. 88).

No que tange ao Direito Administrativo Sancionador e ao Direito Penal Econômico, há que se entender quais seriam as nuances que aproximam e distanciam um segmento do outro. Ana Carolina Carlos de Oliveira também defende que se deve incorporar princípios gerais do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador (CARLOS DE OLIVEIRA, 2011, p. 123).

Carlos Roberto Gonçalves atesta que não se discute hoje se os princípios penais devem ser aplicados ao procedimento administrativo sancionador, mas quais e em qual amplitude. Considerando que a Constituição prima pela dignidade da pessoa humana e elenca os princípios da igualdade, presunção de inocência, devido processo legal, legalidade, ampla defesa e outros princípios imprescindíveis à manutenção das liberdades individuais, como direitos e garantias fundamentais, há que observá-los no âmbito administrativo (GONÇALVES, 2017, p. 172-173).

Guilherme de Souza Nucci ensina que defender o Direito Administrativo Sancionador com base na fragmentação e subsidiariedade do Direito Penal pode nos levar à resultados perigosos. O Direito Penal – *ultima ratio* – está cada vez mais dando espaço às sanções administrativas. Parte-se do pressuposto de que o Direito Administrativo Sancionador está preparado para dar conta dos ilícitos mais perturbadores da sociedade, sem se esquecer de que ele não possui as garantias mínimas desenvolvidas ao longo de séculos pelas ciências criminais (NUCCI, 2015, p. 87).

Carla Rahal Benedetti defende que o uso excessivo de legislação penal é equivocado, e que hoje não é incomum o Direito Penal atuando como *prima ratio*, *sola ratio* ou, ainda, como *nulla ratio*, sob argumento de critérios de necessidade e eficiência (BENEDETTI, 2014, p. 21-22).

Ana Carolina Carlos de Oliveira diz que as doutrinas penal e administrativa buscaram delimitar as diferenças a partir de critérios quantitativos e qualitativos. Ela exemplifica que uma pena restritiva de liberdade de larga duração é mais severa que uma pena de multa, mas pode haver penas de natureza administrativa tão intensas como, por exemplo, a das restritivas de direito que afetam o patrimônio (CARLOS DE OLIVEIRA, 2011, p. 110).

Uma acusação criminal, porém, é qualitativamente diferente, porque possui consequências acessórias que inexistem em qualquer outro ramo do direito (estigma moral, reprovação social, processo como pena etc.) (CARLOS DE OLIVEIRA, 2011, p. 112).

Ocorre que a pena privativa de liberdade será sempre mais incisiva sobre os direitos do acusado.

Por fim, defende-se a atuação do Direito Administrativo Sancionador pautado num sistema de garantias, repulsando a possibilidade de flexibilização dos direitos adquiridos, à exemplo do que se verifica atualmente no Direito Penal (GONÇALVES, 2017, p. 174-175).

Apesar das dificuldades de se mencionar um regime jurídico consolidado acerca das punições administrativas aplicadas pelo Estado, buscar-se-á nos tópicos seguintes aclarar o conceito de ilícito e sanção administrativa, no intuito de, posteriormente, propor tratamento harmonizado com a esfera criminal no que tange à fraude e à licitação.

3.2.1 Ilícito e sanção administrativa

Grande parte dos indivíduos passa uma vida inteira sem receber qualquer punição de natureza criminal. Contudo, o mesmo não se pode dizer em relação as punições administrativas. Nos dizeres de Fábio Medina Osório, o Direito Administrativo Sancionador pode incidir em “[...] campos distintos, v.g., ilícitos fiscais, tributários, econômicos, de polícia, de trânsito, atentatórios à saúde pública, urbanismo, ordem pública, e qualquer campo que comporte uma atuação fiscalizadora e repressiva do Estado” (OSÓRIO, 2015, p. 49).

Jorge Munhós de Souza ensina que “[...] o ilícito nada mais é do que a inobservância de uma prescrição (permissão, proibição ou obrigação) contida na norma de conduta, em seu preceito primário” (SOUZA, 2016, p. 189). Ele continua para dizer que o ilícito não é categoria exclusiva de qualquer ramo do Direito e que o limite será a criatividade do teórico para criar ramos didaticamente autônomos no ordenamento jurídico. O ilícito, portanto, decorreria da noção de soberania de seu consectário lógico, o *ius puniendi*, o qual garante ampla margem na edição de regras e sanções, processo e garantia dos acusados (SOUZA, 2016, p. 189-190).

Rafael Munhoz de Melo diz que o Direito é uma ordem normativa, composto por um conjunto de normas – normas jurídicas – que regulam condutas. Essas normas distinguem-se de todas as outras por fazerem parte de um ordenamento jurídico e poderem ser subdivididas em normas de estrutura, as quais disciplinam a produção de normas jurídicas, e normas de conduta, que disciplinam as condutas que as pessoas devem adotar, consideradas aceitáveis ou não pela sociedade (MELLO, 2007, p. 34).

As normas de conduta podem ser divididas, ainda, em norma primária (que prescreve uma conduta, tornando um comportamento proibido, obrigatório ou permitido) e norma secundária (sendo nada mais do que o ilícito, prevendo sanção pelo descumprimento da norma

primária), de forma que a sanção, portanto, é o comportamento contrário ao prescrito na norma (MELLO, 2007, p. 36-37).

No mesmo sentido, Marcelo de Aguiar Ribeiro ensina que as normas são compostas por dois elementos básicos: o preceito (que constitui o modelo de comportamento a ser observado) e a sanção (tratamento punitivo que o ordenamento dispensa aos comportamentos violadores do preceito) (RIBEIRO, 2017, p. 184).

É através das normas que o Direito impõe comportamentos, permitidos ou vedados pelo ordenamento jurídico.

Conforme assinala Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 28), a análise da natureza das infrações administrativas deve se iniciar partindo-se do reconhecimento das três funções estatais, quais sejam, legislativa, jurisdicional e administrativa.

Para Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2015, p. 101-102) a expressão “função” se refere a poderes jurídicos cuja finalidade é o desempenho de certas atividades visando à satisfação de fins protegidos pela ordem jurídica. A função compreende não apenas poderes jurídicos, mas a vinculação desses poderes ao atendimento de certas necessidades alheias ao sujeito que exerce a função no intuito da satisfação dos interesses da sociedade.

Mello (2013, p. 32) ensina que os critérios podem ser reduzidos, fundamentalmente, em dois, sendo: (i) um orgânico ou subjetivo, que considera a função de quem a produz; e o outro (ii) critério objetivo, que toma em conta a atividade, sendo subdividido em critério objetivo formal e critério objetivo material.

Rafael Munhoz de Mello, parafraseando Celso Antônio Bandeira de Mello, explica que o primeiro critério, o orgânico, diferencia o exercício da função (legislativa, jurisdicional e administrativa) com base no órgão que a exerce. Assim, a função legislativa é exercida unicamente pelo Poder Legislativo, a jurisdicional pelo Poder Judiciário e a administrativa pelo Poder Executivo (MELLO, 2007, p. 25).

O mencionado critério, nos dizeres do autor, recebe muitas críticas, pois não permite que se diferencie e que sejam segregadas as atividades exercidas por cada Poder. Ele menciona, como exemplo, que tanto a edição de lei ordinária como a nomeação de funcionário na estrutura do Poder Legislativo teria natureza de função legislativa (MELLO, 2007, p. 25).

De fato, as críticas procedem, pois não há como defender que as contratações públicas realizadas pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Judiciário representem, respectivamente, função legislativa e jurisdicional. Ou seja, o instituto jurídico das contratações públicas não

pode ser diferente, uma vez que o seu regramento advém de norma constitucional que não faz qualquer distinção entre os Poderes.

O critério objetivo material, ao contrário do orgânico, não leva em conta o órgão que realiza a atividade, mas sim a natureza da atividade desenvolvida. Rafael Munhoz de Mello ensina que, nesse critério, a função legislativa seria caracterizada quando houvesse criação de lei; a função jurisdicional pela solução das lides, por meio da aplicação do Direito no caso concreto; e a administrativa quando o Estado resolvesse problemas concretos de acordo com as leis (MELLO, 2007, p. 26).

O autor também apresenta críticas ao critério objetivo material, dizendo que ele trata de maneira idêntica atividades que se submetem a regimes jurídicos distintos. Na opinião do mencionado autor, seria exercício da função jurisdicional tanto a imposição de pena por um juiz quanto a aplicação de pena administrativa por um órgão administrativo (MELLO, 2007, p. 27).

Por fim, o critério formal não leva em conta para caracterizar a função nem o órgão que a exerce nem o conteúdo da atividade desenvolvida, mas sim o regime jurídico aplicável. Rafael Munhoz de Mello ensina que, por esse critério, será função legislativa todo ato que consista na inovação do ordenamento jurídico de modo primário, respeitando-se as disposições constitucionais; função jurisdicional aquela exercida em um processo judicial; e função administrativa aquela que tem por fito a concretização da lei formal, decorrente da vontade geral (MELLO, 2007, p. 29).⁵²

O critério formal realmente é o que se apresenta mais coerente, já que a atividade exercida deve ser avaliada concretamente para se perquirir sua função.

Sanção sempre será a consequência de um ato ilícito (inobservância de uma norma de conduta), seja nas esferas do Direito Civil, Administrativo ou Penal, embora o regime jurídico atribuído à sanção penal possa ser diverso do regime jurídico da sanção administrativa.

Fábio Medina Osório ensina que as sanções administrativas ostentam aspectos materiais e processuais, sendo que boa parte delas são diretamente aplicadas pela Administração Pública (direta ou indireta e centralizada ou descentralizada), podendo atingir agentes públicos ou particulares. Ele diz que há entidades reguladas pelo Direito Público, não componentes da Administração Pública, que são aptas a aplicar sanções administrativas às pessoas integrantes dos seus quadros, como ocorre com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e os Conselhos

⁵² A função administrativa tal como concebida no Estado Liberal, caracterizava-se por ser uma atividade infralegal subordinada à legislativa, decorrente do princípio da legalidade, de forma que só podia haver ação válida da Administração amparada por lei formal (*secundum legem*).

profissionais de profissões regulamentadas, tais como o de medicina, engenharia etc., reguladas por uma espécie de Direito Institucional (OSÓRIO, 2015, p. 47).

Tal consideração é relevante na medida em que o operador jurídico não pode olvidar dos critérios definidores do Direito Administrativo Sancionador ao avaliar a sanção administrativa. Sanção administrativa nem sempre corresponde à norma de Direito Administrativo ou Administração Pública.

Exatamente por isso, Fábio Medina Osório ressalta que a análise da sanção administrativa deve ser realizada em compasso no âmbito geral do poder punitivo estatal, logo, no espaço do Direito Público Punitivo, a fim de reconhecer seu regime jurídico próprio. Ele diz que a teoria da sanção administrativa engloba duas outras categorias, quais sejam, sanções penais e administrativas, daí a relevância de se incluí-la no universo do Direito Punitivo que, quando incidente no campo do Direito Administrativo, transforma-se em Direito Administrativo Sancionador (OSÓRIO, 2015, p. 86-87).

O autor prossegue para dizer que propõe um alcance mais ambicioso das sanções tratadas na seara administrativa, muito embora grande parte da doutrina admita o limite da aplicabilidade da sanção administrativa ao campo da função pública *strictu sensu*, a partir, portanto, de um critério formal.⁵³

A proposta da teoria de sanção administrativa exposta por Fábio Medina Osório se caracteriza por quatro elementos fundamentais, a saber:

a) autoridade administrativa (elemento subjetivo); b) efeito afliitivo da medida em que se exterioriza (elemento objetivo), subdividindo-se, nesse tópico, em b1) privação de direitos preexistentes e b2) imposição de novos deveres; c) finalidade repressora (elemento teleológico) consistente na repressão de uma conduta e no restabelecimento da ordem jurídica; d) natureza administrativa do procedimento (elemento formal). (OSÓRIO, 2015, p. 89).⁵⁴

⁵³ Fábio Medina Osório faz referência aos seguintes juristas: “RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, Infrações e sanções administrativas; CARLOS ARI SUNDFELD, A defesa nas sanções administrativas, *Revista Forense*, v. 298, p. 99-106; DANIEL FERREIRA, op. cit.; EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR, Sanções administrativas e princípios de direito penal, *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, n. 219. Numa perspectiva mais focada no campo disciplinar, consultem-se os trabalhos de ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, e, até pela anterioridade, JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ, *O controle jurisdicional do processo disciplinar*” (OSÓRIO, 2015, p. 88-89).

⁵⁴ Embora o autor se balize no cenário europeu, ele destaca que o conceito europeu de sanção administrativa não se aplica integralmente no Brasil, tendo em vista não existir aqui a jurisdição dual, de forma que ele não objetiva, unicamente, o fim exclusivo de configurar Estatuto da Administração Pública. O nosso conceito de sanção administrativa pode ser perquirido sem que se busque todas as respostas na literatura estrangeira (OSÓRIO, 2015, p. 90).

Quanto ao elemento subjetivo, ou seja, a quem compete aplicar sanções administrativas, o autor afirma ser este um ponto extremamente controverso, porque há resistência em se admitir que o Poder Judiciário possa aplicá-las. Ele diz, porém, ser óbvia a circunstância de o Direito Administrativo tipificar e sancionar comportamentos ilícitos, entregando ao Judiciário a tarefa de aplicar tais sanções. Ademais, historicamente, deve-se lembrar que o Poder Executivo detinha também a tarefa de julgar os desatendimentos aos seus comandos, na Europa ou nos Estados Unidos (OSÓRIO, 2015, p. 90-91).⁵⁵

A segunda característica da sanção é o efeito aflitivo que, para Fábio Medina Osório, é elemento objetivo da sanção administrativa, por representar o mal imposto ao infrator, consubstanciado na privação de direitos, imposição de deveres ou restrição de liberdades (OSÓRIO, 2015, p. 101). O autor diz que embora as sanções penais tenham íntima semelhança com a sanção administrativa, nem sempre é assim, pois a multa administrativa, a título de exemplo, é mais parecida com o Direito Civil do que com o Direito Penal. Ademais, nem sempre é o real infrator que sofre os efeitos da punição, razão pela qual diz-se que o efeito aflitivo pode ser observado pelo ângulo subjetivo ou objetivo, devendo prevalecer este último (OSÓRIO, 2015, p. 102).

O efeito aflitivo, por seu turno, também está presente em outros segmentos do Direito, tais como o Direito Constitucional ou Civil. Veja-se, como exemplo, a sanção de restrição de direitos políticos, perda de função pública ou de contratar com a Administração Pública. Tal circunstância não significa dizer, como entende Fábio Medina Osório, que há quebra do regime jurídico aplicável, porque graus variados de intensidade na sanção é normal e inerente ao Estado de Direito (OSÓRIO, 2015, p. 103).

A terceira característica é a finalidade punitiva (elemento teleológico) que nos dizeres de Osório constitui o elemento central da sanção administrativa, uma vez que há necessidade de se obter finalidades ressocializantes do sujeito, sem se olvidar da segregação daquelas pessoas incapazes de conter seus impulsos. Porém, o Direito Administrativo Sancionador não se preocupa tanto com o aspecto atinente à recuperação do indivíduo (OSÓRIO, 2015, p. 104).

A quarta característica é a existência de um procedimento administrativo no qual sejam assegurados aos acusados todas as garantias constitucionais.

Novamente Osório faz um recorte importante para dizer que a análise da sanção administrativa possui dimensão processual relevante, a qual deve ser utilizada para

⁵⁵ Veja-se, a título de exemplo, o PAR (Processo Administrativo de Responsabilização) previsto na LAC. As sanções aplicáveis por meio deste procedimento também podem ser objeto de ação judicial, razão porque a via utilizada (administrativa ou judicial) não é determinante para a natureza da sanção.

identificação de seu elemento subjetivo obrigatório, sem se esquecer, obviamente, da dimensão material, as quais sofreram modificações decorrentes do processo de constitucionalização a partir de 1988 (OSÓRIO, 2015, p. 93).

O autor ressalta outro ponto importante. A Administração Pública pode ser vítima de ataques a bens jurídicos por ela protegidos e que, por uma questão de deliberação legislativa, não disponha da titularidade para determinado processo punitivo, situação na qual vale frisar que a tutela é do Direito Administrativo, embora sua operacionalização possa ocorrer no Poder Judiciário e em instituições como o Ministério Público. Ou seja, o legislador outorga a juízes e tribunais poderes sancionadores de Direito Administrativo, tendo em conta o princípio da livre configuração legislativa de ilícitos e sanções (OSÓRIO, 2015, p. 94).

Há entidades que, apesar de não integrarem a Administração Pública, como entidades paraestatais e de colaboração, são dotadas de poderes sancionatórios, de cunho administrativo. Essas pessoas jurídicas são denominadas por Fábio Medina Osório como “corporativas” e geralmente se caracterizam por atuar no âmbito de fiscalização de algumas atividades profissionais (critério da função materialmente pública). Esses poderes sancionatórios advêm da necessidade de se tutelar interesse público, com base em normas de Direito Administrativo. Frise-se que o poder sancionatório se restringe àqueles que estejam vinculados juridicamente a esses órgãos fiscalizadores de atividades profissionais (OSÓRIO, 2015, p. 98).

Fábio Medina Osório destaca as várias situações (de difícil definição) em que o Direito Administrativo é chamado a intervir. Vejam-se, na visão desse autor, os critérios mais razoáveis:

- a) presença formal, direta ou indireta, da Administração Pública *lato sensu* na relação jurídica, ainda que essa relação venha a ser tutelada originariamente pelo Judiciário;
- b) presença de uma atividade administrativa, permeada por aparente interesse público que a justifique aprioristicamente, vale dizer, de um serviço de interesse geral ou público, de polícia, de regulação ou de fomento, não importa a entidade originariamente competente para tutelar essa relação;
- c) previsão de regime jurídico publicista a essa relação, dotando a Administração Pública de poderes públicos, direta ou indiretamente, na tutela dos valores em jogo, e o Poder Judiciário de prerrogativas públicas de controle das relações e, em decorrência desse conjunto de fatores, aplicação das normas de Direito Administrativo. (OSÓRIO, 2015, p. 83).

O autor afirma que o Direito Administrativo pode incidir nos chamados espaços públicos não estatais, se tais entidades forem enquadradas num setor detentor de prerrogativas públicas estatais, delegadas, outorgadas ou transferidas. No regime publicista, haveria de estar presente a previsão legal de poderes públicos à Administração, porque do contrário não se teria uma relação regulada pelo Direito Administrativo. Mas afirma a possibilidade da atuação da

Administração Pública sob o influxo de normas de Direito Privado, dependendo do caso, das peculiaridades e dos temas envolvidos, caso em que o regime imperativo do Direito Administrativo vigora em sua plenitude, configurando-se o âmbito formal e material de incidência desse ramo jurídico (OSÓRIO, 2015, p. 83).

Pode-se afirmar, por fim, que o Direito Administrativo é constituído por normas de organização e comportamento que se aplicam às Administrações Públicas, ao Poder Executivo, em todas as esferas, regulando suas relações entre si com os demais Poderes, órgãos estatais e com os administrados, bem como incidindo sobre a função materialmente administrativa de qualquer entidade pública ou privada, não se esquecendo das funções administrativas dos outros Poderes e instituições da República, igualmente enquadráveis neste conceito (OSÓRIO, 2015, p. 84).

Conforme lições acima, a demarcação do âmbito de atuação do Direito Administrativo é de difícil compreensão, devendo ser analisada caso a caso. Não se pode fixar uma regra, imutável, relacionando a função administrativa ao órgão que a exerce, tampouco à atividade. Deve-se buscar a resposta no regime jurídico aplicável, mas sempre avaliando a existência de qualquer dessas circunstâncias.

Tanto isso é verdade, que Fábio Medina Osório destaca a existência de casos em que, mesmo em um processo judicial, “[...] as normas e o regime jurídico aplicáveis são tipicamente de Direito Administrativo Sancionador, como ocorre precisamente com a incidência da Lei n. 8.429/1992” (OSÓRIO, 2015, p. 84).

Com a edição da Lei Anticorrupção, se as sanções *administrativas* previstas não forem aplicadas por meio do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR),⁵⁶ poderão ser requeridas em processo judicial.⁵⁷ Será que as sanções administrativas previstas na Lei Anticorrupção serão *administrativas* apenas porque são aplicadas no bojo de um processo administrativo? As mesmas sanções, porque aplicadas na via judicial, teriam natureza distinta se fossem aplicadas administrativamente? Parece que não.

Por isso, o que irá reger a natureza do ilícito e da sanção é o regime jurídico aplicável. Haverá atuação do Direito Administrativo Sancionador sempre que a Administração Pública

⁵⁶ “Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem 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. [...]” (BRASIL, 2017b).

⁵⁷ “Art. 20. Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa. [...]” (BRASIL, 2017b).

estiver em algum dos polos da relação jurídica; estiver diante da existência de alguma atividade administrativa (interesse geral, poder de polícia, fomento, regulação etc.), e ainda houver a presença de algum regime publicista.

Dessarte o campo de atuação do Direito Administrativo Sancionador ser por demais amplo, essa constatação é muito relevante, pois, a partir dessa identificação há que se reconhecer, no caso concreto, a incidência de todo um plexo de garantias e princípios, que serão adiante analisados.

Certo é que, no que tange à LAC, há presença do Direito Administrativo Sancionador, independentemente se as sanções forem aplicadas na via judicial ou na via administrativa. A definição da natureza da norma, nessa senda, não está atrelada ao *procedimento*, e sim ao *regime jurídico* em que está inserida.

Após todas estas considerações, traz-se uma conceituação *lato sensu* de sanção administrativa, nas palavras de Fábio Medina Osório:

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. (OSÓRIO, 2015, p. 106-107)

Cabe distinguir, ainda nos dizeres de Fábio Medina Osório, que sanção administrativa não se confunde com tantas outras medidas restritivas existentes no ordenamento jurídico, quais sejam, medidas de polícia (notadamente as adotadas em caráter cautelar, casos de urgência, casos de sério risco à segurança ou saúde pública e de infração instantânea),⁵⁸ medidas rescisórias (tais como a sustação dos efeitos de um ato ou contrato administrativo decorrente de uma prática ilegal),⁵⁹ medidas de ressarcimento ao erário (com natureza cível, já que se preocupa apenas com a reparação),⁶⁰ medidas coativas e preventivas (objetivam impedir que se consuma a violação da ordem jurídica, a partir de presunções cautelares, de um comportamento

⁵⁸ O poder de polícia guarda íntima relação com o poder de fiscalização. O objetivo acautelatório possui uma dimensão processual direcionada à tutela urgente de direitos difusos ou coletivos, por meio da atuação do Poder Público (OSÓRIO, 2015, p. 110-111).

⁵⁹ Essas medidas encontram-se caracterizadas no direito como poder-dever da Administração Pública.

⁶⁰ O fato de não possuir natureza de sanção administrativa faz com que o Estado lhe atribua garantias de defesas menores, notadamente na distribuição do ônus probatório, que se inclinará na proteção do interesse geral ou público (OSÓRIO, 2015, p. 115).

proibido) e as medidas na responsabilidade da gestão (responsabilidades e obrigações funcionais ligadas à condição de um gestor, tais como a ordenação de despesas e obrigações por resultados, bem como sua submissão aos órgãos de controle) (OSÓRIO, 2015, p. 107-120).

Por fim, quanto aos órgãos de controle, Fábio Medina diz que as responsabilidades dos gestores adentram domínios muito diversificados, de modo que afetam espaços com marcos regulatórios absolutamente distintos e repletos de espaços discricionários, tanto aos controladores, quanto aos controlados, o que retira essa espécie de transgressão do campo do Direito Administrativo Sancionador, posicionando-o noutra patamar (OSÓRIO, 2015, p. 119).

Conclui-se que a análise do elemento subjetivo da sanção é por demais penosa, mas deve se filiar ao entendimento de que incide regras de Direito Administrativo Sancionador ainda que o aplicador seja um órgão judiciário, ou entidade privada que exerça função materialmente pública, de forma que a sanção não terá natureza administrativa apenas quando a autoridade aplicadora for administrativa.

3.3. Evolução do Estado de Direito e as transformações do Direito Administrativo Sancionador⁶¹

A compreensão do Direito Administrativo Sancionador e os limites constitucionais das sanções administrativas aplicáveis pelo Estado exige estudo prévio, ainda que superficial, sobre o Estado de Direito.

É que apenas com o surgimento de alguns princípios, concebidos na modernidade, mas que se desenvolveram ao longo do tempo, é que foi possível ao particular exigir do Estado a observância de todo um espectro de garantias quando este atua no *ius puniendi*, mormente porque a aplicação dessas normas punitivas não pode ser desacompanhada de processo, judicial ou administrativo.

Ademais, o próprio surgimento do Direito Administrativo e, conseqüentemente do Direito Administrativo Sancionador, só foi possível em decorrência do Estado de Direito.

Antes da Modernidade, sequer era possível falar em normas administrativas, porquanto, nesse período, o Direito Administrativo não encontrou ambiente propício para seu desenvolvimento, já que sua essência é totalmente antagônica à ideia do direito ilimitado para administrar, existente no absolutismo e na Idade Média (DI PIETRO, 2014, p. 1).

⁶¹ Parte deste tópico foi apresentado pelo mestrando como trabalho de conclusão de curso na pós-graduação *lato sensu* que concluiu em Direito Público, na Pontifícia Universidade Católica (PUC MINAS), cujo título foi *A evolução do constitucionalismo a partir da Idade Média na Europa*.

Neste tópico teceremos breves considerações acerca do Estado da Antiguidade até a Modernidade, apenas para demonstrar como o surgimento de normas que pudessem regular o poder sancionatório do Estado foram tardias.

3.3.1 Pré-modernidade

Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2015, p. 27-28) ensina que nos primórdios da civilização a força se sobressaía e que surgiram primeiro as leis morais, depois as jurídicas, sendo basicamente regras de conduta que visavam reprimir os instintos primitivos dos homens, conter a barbárie, disciplinar as relações interpessoais e proteger a propriedade. As primeiras civilizações noticiadas são Egito, Pérsia e Babilônia, sendo que, nesta última, inúmeras coleções de leis foram encontradas, anteriores ao próprio Código de Hamurabi, de 1700 a.C.

Em Atenas emergiu o primeiro governo de leis (e não de homens) na nossa civilização, já que se estabeleceu o exercício dos poderes estatais por órgãos diversos, a separação entre religião e poder secular, existência de um sistema judicial e supremacia da lei devidamente criada por um processo formal e adequado (BARROSO, 2015, p.30).⁶²

Também em Roma⁶³ (529 a.C.), conforme ensina Barroso, houve a existência de regras com conteúdo constitucional (embora o grande legado dos romanos fosse o direito civil). Havia separação e temor recíproco entre os seus órgãos. A estrutura jurídica romana era composta pela Assembleia⁶⁴ (poder de elaboração de leis), Cônsules (principais agentes executivos) e o Senado (aparentemente órgão consultivo, mas com participação efetiva no poder). Com o passar dos tempos, seu poderio militar se tornou muito grande e poderoso em comparação com as estruturas políticas, propiciando a queda da República e a coroação do imperador (BARROSO, 2015, p. 32).

⁶² Luís Roberto Barroso (2015, p. 30) defende que Atenas deixou um legado perene do ideal constitucionalista e democrático, mantendo-se vários institutos até os dias atuais, embora essas características não fossem necessárias para afirmar que lá havia democracia ou constitucionalismo, pelo menos no sentido mais estrito desses termos.

⁶³ “A história da civilização romana compreende um período aproximado de doze séculos e é normalmente dividida pelos historiadores em três fases: (i) a *realeza*, que vai da fundação de Roma, em 753 a.C. até a deposição do rei etrusco Tarquínio; (ii) a *república*, que começa em 529 a.C., com eleição dos dois cônsules; e (iii) o *império*, iniciado com a sagração de Otávio Augusto como imperador, em 27 a.C. até 476 da nossa era.” (BARROSO, 2015, p. 31).

⁶⁴ Estima-se que de uma população de quatrocentas mil pessoas nem 10% delas participariam de uma assembleia, o que já é determinante para entender que não havia representação política em Roma.

O término da Idade Média se dá com a queda do Império Romano ocidental em 476 a.C, culminando com a pulverização de uma grande multiplicidade de principados locais autônomos.

Na virada do século XVI tem início a Idade Moderna, marcada pela queda do Império Bizantino, em 1453. Fatores diversos como o ressurgimento do comércio e a aproximação da burguesia provocam, novamente, a concentração do poder no soberano.

Frise-se que Idade Moderna e modernidade são conceitos distintos. A Idade Moderna (marco histórico) teve início em 1453, com a queda do Império Romano Oriental. Já modernidade (marco filosófico) se refere a um contexto sócio-histórico preciso da cultura ocidental, que se inicia no século XVII até meados do século XX, fundando-se na autocompreensão prático moralista da sociedade como um todo e constituída nos valores do individualismo, singularidade, autonomia e liberdade, conforme retrata Maria Tereza Fonseca Dias, (DIAS, 2003, p. 28-29).

Para Marçal Justen Filho modernidade designa um período que abrange do século XVI até parte do século XX, caracterizado por propostas filosóficas e científicas que envolvem a racionalidade e a sistematicidade do conhecimento, bem como a capacidade de o ser humano controlar sua natureza (JUSTEN FILHO, 2015, p. 95).

A modernidade, de fato, foi o período no qual a civilização sofreu as maiores transformações no viés filosófico e jurídico. Estas rupturas, a despeito de possuírem marcos históricos, não vieram de forma natural ou aleatória.

Ao pátio da liberdade, igualdade e fraternidade, a Revolução Francesa derruba a bastilha em 14 de julho de 1789 e junto com ela o regime absolutista, os privilégios da nobreza e do clero, bem como as relações feudais no campo, inserindo os burgueses no poder como membros do Parlamento, além de culminar na promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e de uma nova Constituição (1791), conforme assevera Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2015, p. 51).⁶⁵

⁶⁵ “Registre-se que uma das peculiaridades do desenvolvimento constitucional francês, especialmente quando confrontado com o norte-americano, reside nas características do Poder Constituinte. Contrariamente do que sucedeu nos Estados Unidos, a Assembleia Nacional Constituinte na França significava uma ruptura com o passado, no sentido não apenas da fundação de um Estado, mas de uma nova ordem estatal e social, afetando profundamente até o âmbito mais elementar da sociedade. Nesse sentido, a declaração de direitos fundamentais não objetivava apenas a limitação do poder do Estado, mas também, e, sobretudo, a extinção do direito feudal e dos privilégios da aristocracia.” (SARLET, 2012, p. 48).

A Revolução Francesa representa o fim do absolutismo e a consagração do Estado de Direito, no qual são fixadas as premissas de um novo sistema, alicerçado na separação dos Poderes e proteção de direitos fundamentais.

Tem-se, assim, na passagem do século XVIII para o XIX a ruptura do sistema absolutista e o surgimento de um novo paradigma,⁶⁶ o paradigma do Estado de Direito.

3.3.2 Estado liberal e o surgimento do Direito Administrativo

A consagração do Estado de Direito é um marco não apenas importante, mas imprescindível para o estudo de qualquer matéria afeta ao Direito Público, mormente do Direito Administrativo.

Como o objetivo deste trabalho perpassa essencialmente pela compreensão do Direito Administrativo Sancionador, haja vista a natureza das sanções aplicáveis com base na Lei Anticorrupção (LAC) e na Lei Geral de Licitações (LGL), far-se-á, agora, uma análise das principais características e histórico da evolução do Estado de Direito, importante por centralizar a proteção aos direitos fundamentais.

O termo *Estado de Direito* é de difícil conceituação e delimitação, por se tratar de um instituto jurídico que evoluiu em cada parte do mundo de maneira peculiar, a depender do sistema jurídico e cultura de cada Estado.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (OLIVEIRA, 2010, p. 7-8), na sua obra *Constitucionalização do Direito Administrativo*, afirma que a evolução da Administração Pública pode ser compreendida em vários momentos históricos, mas que o ponto de partida deve ser o Estado de Direito, porque em momento anterior o Estado se caracterizava pela centralização do poder ilimitado nas mãos do monarca.

Marçal Justen Filho ensina que antes da consolidação do Estado de Direito “a atividade estatal era alheia ao direito. Os atos do governante não comportavam controle, sob o postulado de que o rei não podia errar ou que o conteúdo do direito se identificava com a vontade do príncipe” (JUSTEN FILHO, 2015, p. 89).

Rafael Munhoz de Mello certifica que os princípios constitucionais que norteiam a atividade punitiva do Estado decorrem diretamente do Estado de Direito, princípio fundamental

⁶⁶ Maria Tereza Fonseca Dias, citando Khun, leciona que paradigma tem como objetivo demonstrar as rupturas que se processam no conhecimento jurídico (DIAS, 2003, p. 133-136). Um novo paradigma, dessa forma, é capaz de romper com o pensamento hegemônico anterior mediante a criação de um novo horizonte de conceitos e percepções consensualmente aceitas no âmbito da sociedade.

disposto no artigo 1º da Constituição, pelo qual surgem como corolários a legalidade, segurança jurídica, proibição do excesso, tipicidade, devido processo entre outros (MELLO, 2007, p. 18).

Jacques Chevallier afirma, com propriedade, que o Estado de Direito é uma construção doutrinária de explicação global e sistematizada do Direito Público, possuindo várias concepções, podendo ser como colocado como “Estado que age por meio do direito, na forma jurídica, ora como o Estado que está submetido ao direito, ora, ainda, como o Estado cujo direito comporta certos atributos intrínsecos; essas três versões (formal, material, substancial)” (CHEVALLIER, 2013, p. 13).

Estado de Direito, na concepção de Odete Medauar, possui uma conotação mais ampla e não se resume apenas na existência de uma constituição e um conjunto de normas, ligando-se, em verdade, na sujeição do poder público à lei e ao direito; declaração e garantia dos direitos fundamentais; funcionamento dos juízos e tribunais em favor dos direitos dos indivíduos e um ordenamento destinado à justiça e à paz social (MEDAUAR, 2016).

Uma melhor análise do Estado de Direito permite dividi-lo em 3 (três) paradigmas, como retrata Maria Tereza Fonseca Dias em sua obra *Direito Administrativo Pós-Moderno*, visando explicar suas peculiaridades em cada momento histórico.

Para essa autora, são três os paradigmas do direito: (i) o direito formal burguês (ou modelo liberal do direito); (ii) o direito materializado do Estado Social; (iii) o Estado Democrático do Direito (DIAS, 2003, p. 135).

O entendimento dos paradigmas “estatais” é de extrema relevância quando se busca analisar o poder punitivo estatal. A conotação dos direitos dos cidadãos sofreu muitas modificações durante esse período de mais ou menos 200 anos.

Fabrcio Motta nos ensina que é a partir do Estado Liberal⁶⁷ que se tem a principal manifestação normativa da Administração Pública: o poder regulamentar (MOTTA, 2007, p. 21).

Nesse período, era função do Estado defender principalmente a liberdade, a igualdade formal e a propriedade dos indivíduos. Buscava-se, baseando-se em ideais iluministas, limitar a interferência estatal no âmbito dos direitos individuais e positivar o mínimo irreduzível do direito (MOTTA, 2007, p. 22-23).

⁶⁷ Odete Medauar ensina que o Estado Liberal, ou Estado do século XIX era também conhecido como “Estado censitário, Estado burguês, Estado nacional-burguês, État *gendarme*, Estado legislativo, Estado guarda-noturno, Estado neutro, Estado-máquina, Estado-aparato, Estado mecanismo, Estado da potência e da razão, Estado garantista, Estado autoridade, Estado abstencionista” (MEDAUAR, 2003, p. 78).

Entende-se que Estado Liberal, ou o paradigma do direito formal burguês, é conquista da civilização em face do absolutismo monárquico dos reis, e nos dizeres de Maria Tereza Fonseca Dias, possui três características marcantes, quais sejam, a submissão ao império da lei, divisão dos poderes (legislativo, executivo e judiciário) e um enunciado de garantia dos direitos individuais (DIAS, 2003, p. 137).

No mesmo sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira diz que o Estado de Direito nesse período se caracterizou pelas seguintes conquistas históricas:

- a) princípio da legalidade: submissão do Estado à lei (Estado de Direito), deixando de lado a liberdade absoluta e arbitrária do Antigo regime, substituindo-se o governo dos homens pelo governo das leis;
- b) princípio da separação de poderes: mecanismo de limitação do exercício do poder estatal, uma vez que evitava a concentração de poderes nas mãos de um mesmo órgão;
- c) Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: consagra direitos fundamentais que são oponíveis ao Estado. (OLIVEIRA, 2016, p. 1-2)

Dimas Fonseca assenta que o Estado Liberal é a primeira forma de Estado fundamentado em relações econômicas e concebido como uma organização de poderes separados, objetivando com isso proteger a sociedade contra os rigores do absolutismo então destituído (FONSECA, 2010, p. 48).

Os direitos fundamentais no paradigma do direito formal burguês possuíam um *status negativus*, ou seja, o seu respeito seria uma “não ingerência” do Estado, de modo que ele só atuasse para garantir os limites estritos da esfera de autonomia privada, sem esquecer da noção de igualdade dos indivíduos perante a lei (DIAS, 2003, p. 138).

Não por outro motivo que se concebe como vigas mestras do Estado Liberal a separação dos poderes, a legalidade administrativa e, por fim, a consagração de direitos fundamentais mínimos.

Estes postulados, em resumo, condensariam todos os ideais revolucionários, submetendo o Estado à lei e criando mecanismos de freios e contrapesos para que não houvesse preponderância de um Poder sobre o outro.

O princípio da separação dos poderes, nos dizeres de Fabrício Motta, foi o arrimo do Estado Liberal e sua formulação teórica objeto de estudos de Aristóteles, Locke, Rousseau, Kant e Montesquieu, quando então ganhou sua feição definitiva. Serviu como inspiração e paradigma a todos os textos de Lei Fundamental como garantia às invasões do arbítrio nas esferas e liberdade política. A separação de funções assegura a liberdade dos cidadãos mediante

a contenção do poder estatal, por intermédio da segmentação de suas funções, sua principal e transparente finalidade (MOTTA, 2007, p. 28-30).

A legalidade administrativa, ainda nas lições de Fabrício Motta (MOTTA, 2007, p. 29-34), é decorrência lógica do Estado Liberal e liga-se diretamente na separação de poderes, por meio do qual consagra a ideia de que apenas o povo pode impor mandamentos aos homens, por meio da lei feita. O objetivo principal, que era a proteção da liberdade, só podia ser obtido após a submissão do Estado, notadamente, à Administração, ao Direito.

A legalidade “clássica”, advinda na concepção liberal, possuía dois aspectos centrais,

- a) a lei, expressão de vontade geral, é editada pelos representantes do povo, alojados no Poder Legislativo. É a forma soberana de manifestação da vontade popular, razão pela qual não lhe podem ser opostos limites materiais;
- b) não possui sólido fundamento a distinção entre Constituição e lei, sendo os poderes constituinte e legislativo manifestações de um único poder soberano. Essa razão, aliada à ausência de rigidez constitucional, permite afirmar o descabimento do controle de constitucionalidade das leis. (MOTTA, 2007, p. 39-40).

Já os “direitos fundamentais”, que foram concebidos na França (*droits fondamentaux*), com a célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, possuía dimensão individual, quase exclusivamente ligada à liberdade individual (inclusive às relações entre indivíduos) e não às exigências sociais, que caracterizariam, posteriormente, os chamados direitos de segunda geração (PÉREZ LUÑO *apud* MOTTA, 2007, p. 25).

No seio de todos esses debates surge o Direito Administrativo, criado pela lei do 28 *pluviose* do ano VIII de 1800, estabelecendo, de forma pioneira, mecanismos de contenção do poder estatal, normas de organização da estrutura do Estado e normas de solução de litígios contra a Administração Pública.⁶⁸

Fábio Medina Osório ensina que o Direito Administrativo nasce na França como conjunto de regras especiais que excepcionam o Direito Civil, nas quais a Administração Pública se faça presente, dentro de um processo de racionalização do Poder Político (OSÓRIO, 2015, p. 70-75).

⁶⁸ Maria Sylvia Di Pietro, de igual forma, leciona que “Costuma-se indicar, como termo inicial do nascimento do Direito Administrativo, a Lei de 28 *pluviose* do Ano VIII (1800), que organizou juridicamente a Administração Pública na França. Mas foi graças principalmente à elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês que se construiu o Direito Administrativo. O apego ao princípio da separação de poderes e a desconfiança”. (DI PIETRO, 2014, p. 4). Já Odete Medauar entende que apenas uma lei não seria capaz de criar o Direito Administrativo, certificando que: “O direito administrativo começou a se formar nas primeiras décadas do século XIX. É muito comum apontar uma lei francesa de 1800 como seu ato de nascimento: essa lei disciplinou, de modo sistemático, a organização administrativa francesa, com base na hierarquia e na centralização. Evidente que o direito administrativo não se formaria, de imediato, só pela edição de uma lei. Outros fatores deram também sua contribuição”. (MEDAUAR, 2016).

Não se pode deixar de citar, que o terreno político dessa época na Europa, principalmente na França, era extremamente fértil e receptivo para a criação obras e manuais sobre o Direito Administrativo. Odete Medaur ensina que:

Começaram a surgir manuais sobre a matéria. Em 1814 Romagnosi edita a obra *Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*. Em Milão cria-se a cátedra denominada "Alta legislação em referência à Administração Pública", regida por Romagnosi.

Foram, no entanto, as obras de autores franceses que tiveram mais repercussão: formaram o núcleo original da doutrina do direito administrativo e tiveram papel relevante na formação desse direito. São as obras de Macarel, de 1818, *Les éléments de jurisprudence administrative*; de De Gerando, 1830, *Institutes du droit administratif français*; de Cormenin, 1840, *Traité du droit administratif*. Em 1819 criou-se, em Paris, a cátedra de "direito público e administrativo", regida por De Gerando.

Além dos autores franceses, sobretudo, muito contribuiu para a elaboração original do direito administrativo a jurisprudência do Conselho de Estado francês. Essa instituição, na época, tinha a tarefa de emitir pareceres sobre litígios referentes à Administração, pareceres esses em geral acatados pelo chefe do Executivo francês.

A partir de 1872 o Conselho de Estado passou a decidir tais litígios de modo independente, por si só, com caráter de coisa julgada. A elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado impunha-se à Administração francesa e, assim, norteou a construção do núcleo de muitos institutos e princípios do direito administrativo. (MEDAUAR, 2016; grifos no original).

Diferentemente do que se acreditou, a criação do Direito Administrativo e o surgimento do Estado de Direito não visava atender a real necessidade do povo, tampouco garantir sua proteção em face do Estado.⁶⁹

Franciso Zardo, parafresando Prosper Weil, afirma que a existência de um Direito Administrativo é fruto de um milagre. A submissão dos particulares a um direito imposto é compreensível, mas causa admiração o Estado se vincular a este Direito (WEIL *apud* ZARDO, 2014, p. 33).

Quanto à separação de poderes, Gustavo Binenbojm leciona que o nascimento do Direito Administrativo, associado ao Estado de Direito, representou mais uma forma de manutenção das práticas administrativas do Antigo Regime do que sua superação. O Estado não era submisso à vontade heterônoma do legislador, e sim da vinculação insubmissa e ativista do *Conseil d'Etat* ao Parlamento, com formulação de novos princípios e regras jurídicas

⁶⁹ Fabrício Motta diz que o “Direito Administrativo se converteu, essencialmente, em direito positivo do Estado, consagrando um poder normatizado que, de acordo com a doutrina liberal, intentava criar normas que concediam um mínimo de *segurança jurídica* e *certeza* às relações jurídicas entre os cidadãos e entre estes e o Estado. Contudo, esta operação se realizou contra a supremacia da Constituição que, para os liberais, significava, sobretudo, supremacia da política e, por isso, fonte de instabilidade e insegurança – o Estado era visto, nesta concepção, em um patamar além da Constituição.” (MOTTA, 2007, p. 33. Grifos do autor.).

(BINENBOJM, 2008, p. 11). O fato de o Conselho de Estado (órgão do Poder Executivo) possuir atribuição de legislar sobre Direito Administrativo não se coadunaria com a ideia de submissão à vontade geral expressa na lei (BINENBOJM, 2008, p. 12).

Franciso Zardo ensina que o Direito Administrativo não observou o postulado da separação dos poderes em nenhuma de suas formulações (a de Montesquieu no sentido de que *o poder deve deter o poder* e a de Rousseau de que *o povo deve ser submisso apenas às leis de que é autor*), porque o Judiciário era um poder nulo, que deveria pronunciar as palavras da lei, adstrito a segui-las, sem interpretá-la (ZARDO, 2014, p. 33-34).

O Estado de direito no paradigma formal burguês sofre pesadas críticas, pois além de possuir os postulados do princípio da separação dos poderes e da legalidade administrativa bem fragilizados, tornou-se num “Estado legal”, confundindo-se com o mero enunciado da lei, conforme pontifica Maria Tereza Fonseca Dias (2003, p. 141).

Não se deve desprezar, contudo, a importância do Estado Liberal no cenário histórico e jurídico pelas profundas transformações que ele iniciou. Fabrício Motta lista algumas de suas características, sem pretensão de exaurimento:

a) edição das declarações de direito, com especial destaque à proclamação da igualdade jurídica de todos os homens; b) ênfase nos valores fundamentais da liberdade, propriedade e segurança; c) afirmação do princípio da separação de poderes; d) entendimento da lei como expressão de vontade geral; consagração do princípio da legalidade e da subordinação do Estado às leis; e) celebração da separação entre Estado e sociedade, concebidos como sistemas distintos, conexos por um número limitado de relações e regidos por diferentes princípios e regimes jurídicos; f) elaboração de Constituições que reconheçam a existência de direitos do homem, anteriores e superiores ao Estado, reforçando as garantias individuais em face deste. A Constituição, contudo, era vista como um *fin em si mesma* – sua simples existência seria suficiente para realizar as missões do discurso constitucional. (MOTTA, 2007, p. 28; grifo nosso).

Conclui-se, portanto, que o Estado Liberal foi um paradigma extremamente importante pelo nascimento do Direito Administrativo, que contribuiu para sedimentar o postulado da separação dos poderes, da legalidade administrativa e de um suporte mínimo de direitos fundamentais.

Não obstante hajam discussões doutrinárias sobre a data do real nascimento do Direito Administrativo, certo é que foi nas primeiras décadas do século XIX que se concebeu a ideia de um direito que regulasse a atividade estatal, muito embora a intenção tenha sido muito mais de instrumentalizar a Administração Pública do que de proteger direitos individuais.

Fabrício Motta (2007, p. 58-60) diz que as Constituições, nesse período, possuíam valor muito mais político e filosófico do que normativo. Elas eram concisas e disciplinavam,

sobretudo, o exercício do poder estatal e os direitos individuais em um panorama de antagonismo entre Estado e sociedade. A Constituição encontrou obstáculo na centralidade da lei enquanto norma garantidora da liberdade ao cidadão frente às intervenções do Estado. A submissão do Estado era à *lei* e não ao *Direito*, daí a nomenclatura *Estado Legal*. Prossegue o autor, com base nas lições de Carrè Melberg, dizendo que a supremacia da constituição foi neutralizada pela primazia da lei, eficaz no cumprimento da legalidade, mas pouco afeto à supremacia constitucional.⁷⁰

No século XX, sobretudo pós II Guerra Mundial, o Estado é chamado a intervir mais fortemente nas relações sociais e econômicas. O paradigma do direito formal burguês Estado Liberal dá lugar ao paradigma do direito materializado do Estado Social.

3.3.3. O Estado Social e o alargamento das atribuições da Administração Pública

Maria Tereza Fonseca Dias leciona que a atuação negativa do Estado permitiu a exploração do homem, o acúmulo do capital e a revolução industrial, dando início à configuração do direito materializado do Estado Social⁷¹ (DIAS, 2003, p. 142).

Segundo a autora, nesse paradigma, os direitos fundamentais são vistos com um *status positivus*, visando conciliar o capitalismo e o desenvolvimento do bem-estar social geral, principalmente com a realização dos direitos sociais, provocando um alargamento das funções da administração pública (uma atuação mais dirigente) (DIAS, 2003, p. 143).

Wallace Paiva Martins Junior diz que, no Brasil, o Estado Social instaurou-se a partir da Constituição de 1934, caracterizado como prestador de serviços e interventor nas áreas econômicas e social, conhecido por robustecer o seu Poder Executivo (MARTINS JUNIOR, 2014).

Lucas Rocha Furtado (FURTADO, 2015, p. 33) diz que a maior contribuição dada pelo Estado Social consiste na necessidade de conformação dos textos constitucionais aos direitos fundamentais, sendo esses direitos não apenas a fundamentação do Estado, mas sim sua razão

⁷⁰ No Estado Liberal a corrente vigente era o positivismo, uma corrente que entendia que o direito posto era a lei, decorrente do poder soberano do Estado. A análise de juízos de valor era incompatível com o positivismo.

⁷¹ Odete Medauar refere-se ao Estado Social como Estado da segunda metade do século XX e nos ensina que ele também é conhecido como “Estado intervencionista, Estado-providência, Estado de bem-estar, Estado assistencial, Estado pluriclasse, Estado social, Estado social-democrata, Estado de associações, Estado distribuidor, Estado nutriz, Estado empresário, *Welfare state*, Estado *manager*, Estado de prestações, Estado de organizações, Estado neocorporativo, Estado neocapitalista, Estado promocional, Estado responsável, Estado protetor, Estado pós-liberal, Estado telocrático.” (MEDAUAR, 2003, p. 84).

de existir. O Estado, portanto, deve se preocupar com a dignidade da pessoa humana e com segurança jurídica, e não apenas com a harmonização dos direitos individuais.

Busca-se com o *Welfare State* a valorização e reconhecimento do indivíduo, na esfera pública e privada. Nesse momento não se objetiva a liberdade e igualdade, mas sim o direito ao lazer, cultura, à boa qualidade de vida. Odete Medauar (MEDAUAR, 2003, p. 87) ensina que estes direitos são vistos como *direito-exigência*.

O princípio da separação de poderes existe, em termos jurídicos, entre o Judiciário e os outros poderes e, em termos políticos, entre o Executivo e sua maioria parlamentar e a minoritária oposição. Paulo Otero afirma que os poderes pareciam estar cada dia menos harmônicos e independentes (OTERO, 2003, p. 146).

Franciso Zardo afirma que no Estado Social o Direito Administrativo se aproxima dos cidadãos, sujeitando o Estado às suas regras muito mais do que no Estado Liberal, tendo em vista a necessidade de satisfação do bem comum (ZARDO, 2014, p. 36-37).

A Administração Pública se amplia e assume novos papéis, tornando-se presente e fundamental para a coletividade. A expansão da Administração Pública ocorre tanto do ponto de vista da sua estrutura (multiplicação dos órgãos centrais, criação de entes com personalidade jurídica) como das atividades (funções assumidas pela Administração e tecnicização das atividades) (MEDAUAR, 2003, p. 126-128).

Se as funções da Administração Pública se alargam no Estado Social, o mesmo acontece com o princípio da legalidade, que agora é interpretado para abranger, também, atos normativos expedidos pelo Poder Executivo, com força de lei, estendendo-se a todo o âmbito de atuação administrativa (MARTINS JUNIOR, 2014).

Essa tendência de participação do Executivo no processo de edição de atos normativos surge em razão da necessidade de regulação social da vida socioeconômica da sociedade (MOTTA, 2007, p. 49).

Há um traço importante do Estado Social, que é a substituição do autoritarismo pelo consensualismo. Essa tendência provoca uma ofuscação do Direito Público com o Privado, (DIAS, 2003, p. 145).

Esse fenômeno também é retratado por Maria João Estorninho, quando afirma que a Administração Pública no Estado Social passou a utilizar o instrumento mais típico do Direito Privado, o contrato, pelo que havia agora uma nova forma de administração, uma administração “negociada” no lugar dos atos unilaterais autoritários (ESTORNINHO *apud* OLIVEIRA, 2010, p. 11-12).

No âmbito econômico, o Estado atuou em espaços que antes eram reservados apenas à iniciativa privada, e no âmbito social, atuou de forma mais ampla, buscando atender à necessidade de sua população (MEDAUAR, 2003, p. 88-89)

Há nesse momento a subsidiariedade, que se traduz na intervenção direta do Estado naquilo que é essencial, transferindo funções que podem ser realizadas com maior eficiência aos particulares, seja em regime de livre iniciativa ou direito público, sempre sob a forma de regulação estatal, como afirma Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO *apud* MOTTA, 2007, p. 51).

A Reforma do Estado, nos dizeres de Fabrício Motta (MOTTA, 2007, p. 51-52) consiste, portanto, na circunstância de o Estado direcionar seus recursos públicos às atividades essenciais, deixando os remanescentes para a iniciativa privada, apenas fiscalizando-os (regulação). Esse processo de descentralização normativa substitui o monismo típico do Estado Liberal, descentralizando as competências legislativas verticalmente (competências próprias ou concorrentes entre os entes federativos) e horizontalmente (estabelecimento de competências próprias a órgãos e entidades constitucionalmente delineados).

Rafael Munhoz de Mello diz que é interessante destacar que o intervencionismo estatal foi acompanhado do correlato aumento da atividade punitiva estatal, já que esta intervenção se fazia presente quer através da lei quer através da Administração nos mais variados domínios, inclusive no controle. Nesse período houve na França e na Itália um processo de despenalização de determinados comportamentos e sua previsão como infrações administrativas, o que aumentou a eficácia da atividade punitiva estatal (MELLO, 2007, p. 47-48).

Tal modelo, apesar das conquistas, acabou por hipertrofiar o aparato estatal, tornando-o incapaz de realizar todas as tarefas. O Estado percebe que deve devolver essas tarefas à seara privada.

O Estado Social e o Direito Administrativo entram em crise⁷² na França quando o Conselho de Estado perde sua autonomia frente à atuação do Conselho Constitucional, que emprega nas questões administrativas uma dimensão parajurisdicional, definindo o melhor equilíbrio entre os direitos sociais. Isso fez com que a Administração, além de instituir modos alternativos de solução de conflitos (mediação, conciliação, arbitragem, transação) e a função de regulação instituisse um paradigma procedimental do direito, visando tornar legítima a atuação estatal (DIAS, 2003, p. 149).

⁷² Rafael Carvalho Rezende Oliveira diz que a crise não é do Direito Administrativo, e sim do modelo de Estado que serviu de inspiração (OLIVEIRA, 2010, p. 32). Odete Medauar diz que o termo *crise* expressa a situação de passagem para um novo momento (MEDAUAR, 2003, p. 266).

Odete Medauar atribui como fatores relacionados à crise do Estado Social o crescimento de despesas sociais e o encolhimento das receitas, o que levou ao aumento de contribuições obrigatórias da população ativa, sobrecarregando, em termos fiscais, a população ativa (MEDAUAR, 2003, p. 90).

A crise do Estado Social, contudo, mostrou algumas tendências que deviam ser implementadas para a manutenção, senão para a sobrevivência da Administração Pública nos próximos anos, consoante ensina Odete Medauar:

a) maior proximidade com a população em geral; b) predomínio da publicidade sobre o segredo; c) privatização de entidades e da relação de emprego; d) maior uso do direito privado; e) redução das atuações com poder de império; f) aumento dos módulos convencionais ou de formas contratuais na solução de problemas; g) mais acentuada preocupação com o resultado; h) desregulamentação; i) atuação policêntrica. (MEDAUAR, 2003, p. 131).

Verifica-se que no Estado Social houve intervenção estatal mais presente nas relações sociais e econômicas, bem como a adaptação do Direito Administrativo para realizar essa atuação mais “alargada”.

De igual forma, o princípio da legalidade é também relativizado no sentido de se permitir que atos unilaterais da Administração tenham força de lei.

O constitucionalismo do Estado Social era programático para a consagração de direitos sociais, carecendo de força normativa.

O aumento de normatização de infrações administrativas no Estado Social, concedendo especial destaque ao Direito Administrativo Sancionador, é acontecimento importante que irradiará profundas modificações no Direito.

Contudo, por uma série de fatores, entre os quais a ineficiência do Estado em conseguir realizar tudo aquilo que buscou fazer, a concentração do espaço público, aumento da burocracia e corrupção, o Estado Social, eminentemente punitivo e interventor dá lugar ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

3.3.4 O Estado Democrático de Direito na pós-modernidade

Nos meados do século XX, o facismo foi um movimento político que, sob a bandeira do “bem comum” e do combate aos “inimigos do povo”, eliminou direitos fundamentais para implantação de uma nova ordem, seja ela compatível ou não com as minorias, utilizando-se da violência como um instrumento político institucionalizado. Para evitar esse retrocesso, Marçal

Justen Filho diz que no Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais ganham conotação ímpar (JUSTEN FILHO, 2015, p. 97).

E mais, conforme nos ensina Reis Friede, o fato de o Estado submeter-se à lei em seu sentido mais elástico pareceu não ser suficiente para a caracterização do regime democrático, porquanto o Estado não estava, ainda, submetido à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos (FRIEDE, 2011, p. 32).

Por isso, a base do conceito do Estado Democrático de Direito é a noção de governo pelo povo, participando na sua formação e atuação, sem olvidar da preservação da liberdade e igualdade (MEDAUAR, 2003, p. 99-100).

Para Maria Tereza Fonseca Dias, o Estado Democrático de Direito seria uma síntese dialética dos Estados anteriores, norteado pelo princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva do povo na coisa pública, agregando preceitos tanto do paradigma liberal quanto do social (DIAS, 2003, p. 151).

Rafael Carvalho Rezende Oliveira diz que no Brasil, a expressão “Estado Democrático de Direito”, consagrada no artigo 1º da Constituição, demanda mais do que respeito à lei (legalidade), demanda o respeito ao processo democrático (legitimidade), de forma que a legitimidade do Direito Administrativo deve ser revigorada pela participação do cidadão na Administração Pública e por instrumentos consensuais (OLIVEIRA, 2010, p. 16).

Esse paradigma de Estado surge no período denominado *pós-modernidade*, expressão utilizada para indicar as modificações surgidas após a segunda metade do século XX,⁷³ impactando o Estado tanto do seu ponto de vista estrutural como jurídico:

A pós-modernidade envolve crises em todas as instituições sociais. O Estado pós-moderno é um Estado em crise permanente. As propostas de alteração nem são implementadas e já estão sendo substituídas por outras. O mesmo se passa com o próprio direito. A expressão direito administrativo pós-moderno indica a necessidade de tomar em vista as alterações sociais, econômicas, culturais e políticas contemporâneas. Mais precisamente, trata-se de admitir a impossibilidade de compreender a realidade contemporânea a partir de conceitos e fórmulas elaborados para explicar e compreender o Estado e o Direito de cem anos atrás. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 96).

⁷³ Flávio Rezende Dematté, amparando-se nas lições de Hobsbawn, estudioso inglês, diz que o século XX pode ser dividido em três breves eras: a Era da Catástrofe (1914 a 1945), marcada pelas duas Grandes Guerras Mundiais; a Era de Ouro (1945 a 1973), marcada pelo início da globalização econômica, pela corrida armamentista entre EUA e URSS e pela conquista dos direitos civis por parte de diversos grupos sociais de excluídos; e a Era da Crise (1973 a 1991), marcada pela recessão econômica imposta aos EUA e Europa pela crise do petróleo e com o escândalo político em 1974, conhecido como caso “Watergate”, envolvendo o então presidente dos EUA, Richard Nixon (DEMATTE, 2015, p. 28-29).

No Estado Democrático de Direito, objetiva-se a centralidade dos direitos fundamentais, a participação do cidadão e a interpretação do Direito por meios dos valores de justiça e moral.

Esse novo “giro hermenêutico”, nas palavras de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, ocorre no chamado *neoconstitucionalismo* (*constitucionalismo contemporâneo* ou *constitucionalismo avançado*), que é uma abordagem não positivista do direito (OLIVEIRA, 2010, p. 17-18).⁷⁴

O mencionado autor, parafraseando Norberto Bobbio, afirma que o neoconstitucionalismo possui três espécies: a teórica (existência de uma constituição “invasora”, positividade de um catálogo de direitos fundamentais, consagração de princípios e regras no texto constitucional e adoção de métodos próprios de interpretação e aplicação das normas constitucionais), ideológica (garantir direitos fundamentais sem se preocupar tanto com a limitação do poder estatal, que está relegada ao segundo plano) e metodológica (aproximação entre Direito e moral através da consagração dos princípios constitucionais) (OLIVEIRA, 2010, p. 18).

Um dos traços mais importantes do Estado Democrático de Direito é a substituição da concepção clássica da lei pela Constituição dotada de força normativa, com dimensão instrumental para realização dos direitos fundamentais e o primado da separação de poderes ainda mais hígido (Executivo, Legislativo e Judiciário)⁷⁵ (MOTTA, 2007, p. 57).⁷⁶

Os princípios ganham notável importância nesse paradigma de Estado, em razão da força normativa que recebem da Constituição.

A Constituição no Estado Democrático de Direito é um sistema normativo aberto de princípios e regras, com uma estrutura dialógica e fluida, ocupando o ápice da pirâmide

⁷⁴ Nesse período já se fala em pós-positivismo, termo para o qual recorreremos aos ensinamentos de Luís Roberto Barroso: “O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.” (BARROSO, 2005, p. 6).

⁷⁵ No Estado Democrático de Direito, a separação de poderes também sofre transformações. No Estado Liberal, o Legislativo gozava de supremacia, notadamente para impedir que o Executivo voltasse a gozar de supremacia. Agora, como o Executivo depende de eleições, essa limitação não mais se justifica, pois assim haveria troca de representantes do povo por representantes do povo (MEDAUAR, 2016).

⁷⁶ Não é objeto deste trabalho, mas sobrepõe ressaltar que o Estado Democrático de Direito reclama o estabelecimento de uma garantia jurisdicional da Constituição (controle de constitucionalidade), como diz Rafael Carvalho Rezende Oliveira (OLIVEIRA, 2010, p. 26).

normativa, que pede obediência a todas as normas que lhe seguem (filtragem constitucional), como teoriza Fabrício Motta (MOTTA, 2007, p. 64-65).

Nessa concepção, é importante trazer à baila as considerações realizadas por Rafael Carvalho Rezende de Oliveira sobre as teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, que apresentaram, naquela época, uma conotação inovadora sobre princípios e regras:

Segundo Dworkin a diferença entre regras e princípios reside no modo de sua aplicação, especialmente na forma de resolução de conflitos normativos. Enquanto as regras são aplicáveis segundo o método lógico-formal da subsunção (tudo ou nada; *all or nothing*) e as eventuais antinomias são resolvidas no plano da validade, segundo os critérios de hierarquia, especialidade ou temporalidade; os princípios constitucionais apresentam uma “dimensão de peso ou importância” e a colisão entre princípios (*hard cases*) será resolvida pelo método da ponderação. [...]

O Estado de Direito, na visão de Dworkin, é caracterizado pelos princípios da igualdade e da integridade, este último considerado pela necessidade de se interpretar o sistema jurídico como um todo e de forma coerente.

Robert Alexy, da mesma forma que Dworkin, defende a normatividade dos princípios que não se confundiriam com as regras. A diferença (estrutural e qualitativa) reside na ideia de que os princípios são “mandatos de otimização”, enquanto as regras são entendidas como “mandatos definitivos”. Desta forma, ao contrário das regras, os princípios ordenam algo que pode ser realizado na maior medida possível, o que vai depender das possibilidades fáticas e jurídicas do contexto analisado. O eventual conflito entre princípios deve ser resolvido pela ponderação. (OLIVEIRA, 2010, p. 21-22).

O Estado Democrático de Direito, imbuído dessa nova roupagem, promove profunda mudança no Direito Administrativo, que deve adequar-se ao Estado Constitucional. Rafael Carvalho Rezende Oliveira diz que esse processo, mais do que a compatibilidade estática, promove a tendência de *constitucionalização do ordenamento jurídico*, processo dinâmico interpretativo da releitura (transformação) do ordenamento, que passa a ser impregnado por normas constitucionais (OLIVEIRA, 2010, p. 25). Fabrício Motta afirma que tal fenômeno aconteceu com intensidade inimaginável, sendo hoje a Constituição de 1988 a maior fonte do Direito Administrativo (MOTTA, 2007, p. 82).

Gustavo Binbenojm, atento às modificações que o Estado Democrático de Direito provocou no Direito Administrativo, expõe quatro paradigmas clássicos dessa nova concepção. O primeiro é a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que legitima o todo conjunto de privilégios de natureza material e processual em prol da administração pública.⁷⁷ O segundo é o da legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, de forma que só

⁷⁷ Fábio Medina Osório leciona que a base de toda a formação teórica do Direito Administrativo é o conceito de interesse público, o qual, porém, não pode subsistir de forma isolada para justificar a incidência do Direito Administrativo, muito embora não haja Direito Administrativo válido sem atendimento ao interesse público, considerado um dos seus pilares (OSÓRIO, 2015, p. 72-73).

seria lícito a administração agir subordinada a uma vontade já emanada pelo Poder Legislativo. O terceiro paradigma é da intangibilidade do mérito administrativo, que estabelecia a incontrolabilidade das escolhas discricionárias da Administração Pública, seja pelos órgãos do contencioso administrativo, seja pelo Poder Judiciário ou pelos cidadãos. Por fim, o quarto paradigma consiste na ideia de um Poder Executivo unitário, fundada em relações de subordinação hierárquica (formal ou política) entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo (como os Ministérios e a Presidência da República), o que está representado pelo art. 84, inciso II, da Constituição de 1988, que informa competir ao chefe do Executivo exercer a *direção superior* da Administração, com auxílio dos Ministros do Estado (BINENBOJM, 2008, p. 23-24).

Para além desses quatro paradigmas clássicos expostos por Gustavo Binjenbojm, que realiza análise mais crítica do Direito Administrativo, é possível observar outras transformações provocadas em decorrência do princípio democrático que modificaram o sistema.

Para encerrar, menciona-se as modificações impingidas no Direito Administrativo pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, nas lições de Fabrício Motta, que enumera, sistematicamente, algumas consequências pontuais decorrentes de tal circunstância, amparando-se em Luís Roberto Barroso:

- a) limite à liberdade do legislativo na elaboração das leis em geral, impondo-lhe deveres de atuação para a realização de direitos e programas constitucionais;
- b) limite à discricionariedade da Administração, em razão da normatividade dos princípios constitucionais, possibilitando, inclusive, o controle judicial do mérito do ato administrativo;
- c) imposição, à Administração, de deveres de atuação, notadamente voltados à realização dos direitos fundamentais e dos objetivos da República, determinando e orientando a realização de políticas públicas, assim como a prestação de serviços públicos;
- d) fornecimento de fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta da Constituição, independente de intermediação do legislador ordinário;
- e) fornecimento de parâmetro para o controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário e, ainda, com características peculiares, possibilitando o controle no âmbito da Administração Pública;
- f) relativização do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, impondo-se à Administração o dever de proporcionalidade no sopesamento dos interesses;
- g) condicionamento e direcionamento da interpretação de todas as normas do sistema, fazendo de qualquer interpretação jurídica uma interpretação constitucional. Ganha especial destaque a realização de interpretação conforme a Constituição, impondo leitura da norma inferior da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos dispositivos constitucionais. (MOTTA, 2007, p. 82-83).

Nessa apertada síntese foi possível ter uma compreensão dos vários impactos provocados pelo Estado Democrático de Direito no Direito Administrativo. O mais relevante

deles e que constitui a essência desse paradigma é a obrigatoriedade de o Estado satisfazer direitos fundamentais, pois estes constituem a razão de o Direito existir.

A substituição do princípio da legalidade pelo da juridicidade, vinculando a Administração Pública não apenas ao direito posto, mas também aos valores de justiça e moral, é fenômeno primordial para a satisfação dos direitos fundamentais e decorre da circunstância de se empregar força normativa à Constituição, vista como campo principiológico aberto.

A consagração do devido processo legal na Constituição e seu reflexo em todo o sistema normativo mudou e muito a concepção da Administração, fenômeno conhecido como *procedimentalização da Administração Pública*.

Feitas essas considerações acerca da evolução do Estado de Direito, com especial atenção às conquistas obtidas pelos cidadãos em face do arbítrio estatal, notadamente no campo dos direitos fundamentais, e ao contexto do surgimento do Direito Administrativo, prossegue-se com o estudo acerca das características principais da Lei Anticorrupção.

3.4 Lei Anticorrupção: principais aspectos

Em 1º de agosto de 2013, foi promulgada a Lei Federal n. 12.846, denominada Lei Anticorrupção (LAC), também chamada de *Lei de Improbidade Empresarial, Lei da Empresa Limpa, Lei da Integridade das Pessoas Jurídicas* ou *Legislação de Compliance*.

Maurício Zockun aborda que as disposições desta norma têm o propósito de preservar o patrimônio público nacional e estrangeiro de condutas que lhes esgarcem ilegítimamente, seja por atentar contra os princípios informadores da Administração Pública ou aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (ZOCKUN, 2017, p. 15).

Jefferson Aparecido de Souza e Pedro Antonio de Oliveira Machado ensinam que esta lei tem como objetivo garantir a ética administrativa e reprimir os atos de corrupção, mas sob uma ótica até então não explorada, atingindo quem age do lado de fora do balcão da Administração Pública (DIAS; MACHADO, 2016, p. 71).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas ensinam que esse novel diploma objetiva responsabilizar as corporações que financiam a corrupção, incorporando diretrizes de diplomas normativos internacionais, tais como o FCPA, *UK Bribery Act*, além de alguns dos compromissos internacionais já discutidos no item 3.4.1 deste trabalho, quais sejam, a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em

Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (MOREIRA NETO; FREITAS, 2017, p. 2).

Maurício Zockun ensina também que o objeto de tutela desta norma é consideravelmente mais amplo do que o crime de corrupção. A norma se assemelha ao ilícito penal, mas possui traços próprios (ZOCKUN, 2017, p. 15).

José Roberto Pimenta Oliveira disserta que a LAC dispõe a plena efetividade de todos os sistemas de responsabilização existentes e aplicáveis. Havendo ou não processo ou condenação da pessoa jurídica no âmbito da Lei n. 12.846/2013, estão preservados todos os mecanismos de atuação jurídicos de punição das pessoas naturais envolvidas na configuração fática dos atos lesivos (OLIVEIRA, 2017, p. 48).

A mencionada norma estaria fundamentada no princípio da moralidade administrativa, disposto no art. 37, da Constituição Federal de 1988. A circunstância de a lei atingir diretamente pessoas que não são agentes públicos, e que, portanto, estariam fora da abrangência das normas do art. 37 da Constituição, não se trata de empecilho para estar vinculada ao princípio da probidade, porque Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas afirmam que isso representa a *eficácia exógena* do princípio da moralidade administrativa, oponível também a particulares, umbilicalmente ligado ao princípio da juridicidade (MOREIRA NETO; FREITAS, 2017, p. 5).⁷⁸

Face ao exposto, as pessoas jurídicas de direito público, interno ou externo, estão, via de regra, excluídas das sanções previstas na Lei Anticorrupção, já que elas são, segundo disposições dessa norma, titulares da proteção.

Pretende a Lei de Improbidade Empresarial alcançar qualquer tipo ou espécie de pessoa jurídica de direito privado, nacional ou estrangeira que, de qualquer forma tenha relação com o Poder Público, ainda que esta pessoa jurídica não tenha fins econômicos. Petrelluzi e Rizek Junior confirmam esta assertiva ao concluir que

O fato de a associação não ter finalidade econômica, entretanto, não afasta a possibilidade de que ela tenha relação de natureza econômica com o Poder Público. Aliás, modernamente, a administração pública vem terceirizando muitos dos serviços sociais que patrocina, visando prestar melhores serviços, com o menor custo aos

⁷⁸ Maurício Zockun espousa entendimento parecido com o de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas, ao afirmar que “[...] a Lei Anticorrupção veicula uma forma qualificada de moralidade administrativa, a exemplo do que também se dá com a improbidade administrativa. Há, pois, um condomínio legislativo dos entes políticos para dispor sobre a moralidade e suas formas qualificadas. E, por esta razão, radica no art. 24, §1º, da Constituição da República, a competência da União para editar normas gerais sobre a *probidade administrativa empresarial*, sem embargo de isto não afetar a prerrogativa legislativa dos estados e municípios para editar normas especiais sobre este bem jurídico”. (ZOCKUN, 2017, p. 21).

cofres públicos, utilizando como parceria várias modalidades de associações. Assim, as sociedades de amigos de instituições culturais como museus, orquestras, parques etc., podem ser sujeitos ativos de atos lesivos à administração pública. [...] Os demais tipos de organização não governamentais também estão alcançados pela norma, incluídas aí as associações recreativas, agremiações esportivas, clubes de lazer, de serviços etc. (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 54-58).

Assim, a lei alcançará as organizações sociais (Lei n. 9.637/1998), as OSCIPs (Lei n° 9.790/1999), as entidades beneficentes de assistência social (Lei n° 12.101/2009), as OSCs (Lei n° 13.019/2014), entidades paraestatais e até mesmo sociedades que não estejam formalmente constituídas.

As pessoas jurídicas que integram a Administração estão, via de regra, excluídas da responsabilização da LAC. Contudo, há que se lembrar que empresas públicas e sociedades de economia mista poderão ser abrangidas por essa lei. Marco Vinicio Petrelluzzi e Rizek Junior lembram que tais pessoas jurídicas estão, conforme dispõe o artigo 173, da Constituição, sujeitas ao regime próprio das empresas privadas (obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias) (PETRELUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 55). Porém, com relação às referidas estatais, nem toda sanção prevista na LAC é passível de aplicação a elas, tais como a dissolução da pessoa jurídica, porquanto não podem ser extintas em razão de decisão judicial mas apenas por lei (RIBEIRO, 2017, p. 40).

Quanto às sanções⁷⁹ a serem aplicadas à pessoa jurídica, dispõe a Lei Anticorrupção que elas consistem: (i) na esfera administrativa, em multa e publicação da decisão condenatória em meios de grande circulação (art. 6°);⁸⁰ e (ii) na esfera judicial, no perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração; suspensão ou interdição parcial das atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica e

⁷⁹ Sirlene Arêdes identifica a existência de quatro modalidades de sanções: a penal, a administrativa oriunda do poder de polícia, a administrativa oriunda do poder disciplinar e a sanção política (ARÊDES, 2012, p. 58).

⁸⁰ “Art. 6° Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e II - publicação extraordinária da decisão condenatória. § 1° As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações. § 2° A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público. § 3° A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado. § 4° Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). § 5° A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores”. (BRASIL, 2017b).

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 (art. 19).⁸¹

A LAC ainda prevê a criação de um Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNEP), que armazenará, de forma pública, as sanções aplicadas às pessoas jurídicas, integrando todas as esferas do Governo.⁸²

A responsabilização da pessoa jurídica subsiste mesmo nos casos de operações societárias (fusão, aquisição, entre outras).⁸³

Consigna-se, conforme previsão do art. 3º, da LAC, que a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a responsabilização de seus dirigentes, administradores ou de qualquer

⁸¹ “Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. § 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado: I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. § 2º (VETADO). § 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa”. (BRASIL, 2017b).

⁸² “Art. 22. 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. § 1º Os órgãos e entidades referidos no caput deverão informar e manter atualizados, no Cnep, os dados relativos às sanções por eles aplicadas. § 2º O Cnep conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das sanções aplicadas: I - razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ; II - tipo de sanção; e III - data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso. § 3º As autoridades competentes, para celebrarem acordos de leniência previstos nesta Lei, também deverão prestar e manter atualizadas no Cnep, após a efetivação do respectivo acordo, as informações acerca do acordo de leniência celebrado, salvo se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo. § 4º Caso a pessoa jurídica não cumpra os termos do acordo de leniência, além das informações previstas no § 3º, deverá ser incluída no Cnep referência ao respectivo descumprimento. § 5º Os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora. Art. 23. Os órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo deverão informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo federal, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos arts. 87 e 88 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993”. (BRASIL, 2017b).

⁸³ “Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. § 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados. § 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado”. (BRASIL, 2017b).

pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. A responsabilidade dessas pessoas, porém, é subjetiva, exigindo-se demonstração de dolo ou culpa, nos termos do diploma aplicável ao caso. José Roberto Pimenta Oliveira comenta:

O art. 3º, *caput*, é a norma que desqualifica o prévio sancionamento da pessoa jurídica, na via administrativa e/ou judicial, como condição jurídica para deflagração de competências sancionatórias em face das pessoas naturais. Os termos da lei levam à conclusão de que não se deve exaurir a responsabilidade da PJ para que irrompa o exercício de dever-poder punitivo contra as pessoas naturais. O artigo igualmente não autoriza a sequer a suspensão de procedimentos e processos instaurados contra as pessoas naturais sob a alegação de que não houve decisão administrativa, não se reveste tal decisão de definitividade ou não houve propositura de ação civil pública cabível contra a PJ envolvida. [...]

O resultado é que o art. 3º não cria nenhuma ordem de preferência ou precedência de responsabilização, nem tampouco qualquer ordem de dependência ou prejudicialidade entre os sistemas de responsabilização. (OLIVEIRA, 2017, p. 48-49).

Poderá haver a desconsideração da personalidade jurídica, sempre que, conforme estabelece o artigo 14, da LAC, a pessoa jurídica for “[...] utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial” (BRASIL, 2017b).

Nos casos de desconsideração de personalidade jurídica, os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração observados o contraditório e a ampla defesa.

Na ocasião da aplicação da sanção, o artigo 7º da Lei Anticorrupção faz constar inúmeras circunstâncias que devem ser levadas em conta pelo julgador no intuito de avaliar a culpabilidade do infrator.⁸⁴

Jorge Munhós de Souza ensina que a LAC incorpora a tradicional divisão entre as esferas de responsabilização civil, administrativa e penal, assim como o princípio da independência das instâncias.⁸⁵

⁸⁴ Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - 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; IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e X - (VETADO). (BRASIL, 2017b).

⁸⁵ Os tribunais pátrios possuem entendimento consolidado de que as esferas administrativa, cível e criminal são independentes: "HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. AÇÃO PENAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO CONCLUÍDO. LANÇAMENTO DEFINITIVO DO CRÉDITO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA O ATO DE INTIMAÇÃO EDITALÍCIA DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES. SEGURANÇA DENEGADA. INTIMAÇÃO REGULAR. REITERADAS TENTATIVAS FRUSTRADAS DE INTIMAÇÃO DO PACIENTE, POR VIA POSTAL, NO ENDEREÇO FISCAL. OBEDIÊNCIA AO DISPOSTO NO ART. 23 DO DEC. 70.235/72.

É importante distinguir algumas características sobre as esferas de responsabilização civil e administrativa. Sirlene Arêdes ensina que a responsabilidade civil tem por objetivo no direito brasileiro a função reparatória, daí porque a imprescindibilidade do dano e decorrência direta da sua finalidade. A responsabilidade penal ou administrativa por não visarem objetivos reparatórios tornam o dano requisito desnecessário (ARÊDES, 2012, p. 26-27).

A autora prossegue que a evolução da sociedade tornou a teoria da responsabilidade subjetiva incapaz de resolver problemas com equidade, dada a dificuldade de se comprovar culpa *lato sensu*. Assim, sem abandonar o princípio da culpabilidade para a reparação do dano, consagrou-se a presunção de culpa, que inverte o ônus probatório (ARÊDES, 2012, p. 29). Porém, após novamente algum tempo, a responsabilidade civil deixou a culpa e passou a conhecer o risco, deslocando-se a preocupação jurídica do lesante para a vítima. Esse sistema, conhecido como responsabilidade objetiva, que dispensa o ato ilícito para configuração da responsabilidade civil, não prescinde de uma conduta voluntária, pois o exercício da atividade-dano é fruto de uma escolha livre do homem que assume os riscos (ARÊDES, 2012, p. 29-30).

Assim, como a responsabilidade civil tem por finalidade a reparação dos danos, a sanção é aplicada em função do efetivo prejuízo ou dano sofrido pela vítima, já que a responsabilidade não se constitui em meio apto para punir os agentes (ARÊDES, 2012, p. 31).

A punição, portanto, no Direito brasileiro, é feita por normas de cunho administrativo e criminal, as quais possuem os pressupostos de responsabilidade diferentes das normas que tratam de responsabilidade civil.

Sirlene Arêdes prossegue e atesta que as punições, dentro da esfera administrativa, não são passíveis de se dispensar a culpa no seu exame (exigibilidade de comportamento diverso, que servirá para determinar tanto a existência da infração como a penalidade a ser aplicada), além é claro de outras características próprias do seu regime, tais como anterioridade (prévia determinação de uma conduta como proibida), legalidade (tipicidade jurídica é a previsão normativa da conduta proibida), individualização da pena (um dos objetivos da pena é a prevenção, e a punição de quem atuou conforme o direito não se mostra adequada, o que veda a responsabilidade solidária e subsidiária em matéria punitiva) e a proibição do *bis in idem* (impossibilidade de dupla punição por um mesmo fato, embora alguém possa ser

ORDEM DENEGADA. (...) 3. Esta 5ª. Turma já decidiu que a pendência de discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário perante o Judiciário constitui óbice, tão-somente, à prática de atos tendentes à cobrança do crédito, não impossibilitando a instauração da ação penal cabível, dada a independência das esferas cível e criminal” (HC 53.622/PE, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 24.09.07).

responsabilizado por esferas de responsabilidade diversas e autônomas) (ARÊDES, 2012, p. 33-57).

Nucci apresenta, dentro deste contexto, situação bem interessante. Imagine que um corruptor, pessoa física, tenha sido absolvido na esfera criminal por ausência de prova. A pessoa jurídica poderia ser condenada na esfera extrapenal com base no mesmo fato, considerando que a esfera penal detém prevalência sobre o processo civil ou administrativo, os quais deveriam ficar suspensos até seu julgamento. E se o corruptor é condenado, a pessoa jurídica poderia ser absolvida? Prossegue o autor, para concluir, que a responsabilidade objetiva facilita o trabalho das autoridades, mas pode acarretar muitas injustiças (NUCCI, 2015, p. 88-90).

Faz-se um recorte para expor que, a depender do julgamento na esfera penal, poderá ou não haver responsabilização contra o infrator na esfera cível⁸⁶. Em suma, se a absolvição for por inexistência de provas, a esfera penal fará coisa julgada no cível. Veja-se escólio de Aury Lopes Júnior:

Quanto ao inciso III do art. 386, a absolvição penal por ser o fato atípico não impede que a vítima ajuíze a respectiva ação de indenização. Nem todo ato danoso atinge um bem jurídico-penal, pois são esferas distintas de proteção. Uma conduta penalmente atípica pode constituir um ato ilícito para o Direito Civil, nem que seja a título de dano moral. Essa é a previsão do art. 67, III, do CPP:

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

III – a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Quando o réu é absolvido com base no art. 386, IV (estar provado que o réu não concorreu para infração penal), estabelece-se uma situação similar àquela descrita anteriormente para o inciso I. Ou seja, a absolvição no processo penal por existir prova categórica de que o réu não concorreu para infração impede a ação civil de indenização, pois essa decisão faz coisa julgada na esfera cível, não permitindo mais a discussão sobre o caso.

Trata-se, entre outros, de um argumento de lógica jurídica e credibilidade das decisões judiciais: como alguém pode não ser – categoricamente – o autor de um fato para o juiz penal e, na esfera cível, ser considerado o autor (do mesmo fato)?

Diversa é a situação da absolvição com base no inciso V, em que o réu é absolvido porque não há prova de que ele tenha concorrido para a infração penal. A questão aqui é de prova insuficiente para o juízo penal condenatório. Logo, a absolvição penal decorre da fragilidade da prova da autoria ou participação, diante do nível de exigência probatória no processo penal. Daí por que essa decisão não impede a ação de indenização na esfera cível, pois o nível de exigência probatória no processo penal é muito maior do que aquele feito no processo civil.

No inciso VI, o réu foi absolvido porque existem circunstâncias que excluem o crime ou isentam o réu de pena, ou mesmo exista fundada dúvida sobre sua existência. Nesse caso, como regra geral, estará impedida a pretensão indenizatória na esfera cível. Nesse sentido, dispõe o art. 65 do CPP: Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em

⁸⁶ “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. (BRASIL, 2017l)

legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

A expressão faz coisa julgada no cível significa que não poderá ser novamente discutida, pois é imutável a decisão. Contudo, essa regra possui duas exceções relevantes (em que a absolvição na esfera criminal não impede a demanda cível): a) estado de necessidade agressivo (arts. 929 e 930 do CCB) [...] b) legítima defesa real e *aberratio ictus* (art. 73 do CP). [...].

Por fim, quando o réu for absolvido com base no art. 386, VII (não existir prova suficiente para a condenação), nenhum impedimento existirá para a ação de indenização. Isso porque, novamente, a questão se situa no maior nível de exigência probatória no processo penal, de modo que a mesma prova reputada insuficiente para a condenação criminal pode ser mais do que suficiente para a condenação cível. (LOPES JR, 2014, p. 304-306).

Sirlene Arêdes também ensina que haverá comunicabilidade entre as esferas nos casos de absolvição criminal por negativa de autoria ou inexistência do fato, a qual decorre dos pressupostos da sanção punitiva, que é a necessária existência de uma conduta cuja punição deve recair no seu autor (ARÊDES, 2012, p. 65).

Ainda com relação a este aspecto (integração de normas de Direito Administrativo Sancionador e de Direito Penal), Vicente Greco Filho diz que todas as condutas previstas como corrupção privada praticada pela pessoa jurídica apresentam um paralelo com outras normas penais e demais regras administrativas, sendo possível pensar na modulação de regras de processo penal para a condução dos processos investigatórios administrativos. E tratando-se de condutas idênticas praticadas pela pessoa jurídica e pelas pessoas físicas, contra os mesmos bens jurídicos, seria razoável pensar na uniformização, ainda que superficial, das regras para aplicação de sanções a dois grupos diferentes de autores, a pessoa física e jurídica (GRECO FILHO, 2015, p. 114-115).

O autor não demonstra preocupação apenas com o respeito às garantias processuais, mas também com a eficiência das investigações e dos processos, pois seria possível, caso se realizasse ambos os procedimentos perante um juiz togado, que as medidas de investigação (busca e apreensão, interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário) bem como institutos penais (regras de autoria e participação, consumação e tentativa, prescrição) fossem aplicados nos procedimentos investigatórios (GRECO FILHO, 2015, p. 115).

Na apuração administrativa dos ilícitos da LAC haverá essa dificuldade, já que as advocacias públicas ou as Controladorias não terão competência para conduzir uma investigação, já que existem medidas investigativas com reserva de jurisdição.⁸⁷

⁸⁷ “Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem 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. § 1º A competência para

Dessa feita, a prática de atos lesivos da LAC poderá impor tanto a aplicação das sanções administrativas (artigo 6º) ou judiciais (artigo 19), sem prejuízo dos processos de responsabilização previstos na Lei de Improbidade Administrativa e Lei de Licitações (SOUZA, 2016, p. 187-188). Além das sanções administrativas previstas nestes diplomas, há possibilidade de se impor sanções penais pelos mesmos fatos, caso estes sejam tipificados como crime. Porém, obviamente, a responsabilização não recairá sobre a pessoa jurídica, que no ordenamento jurídico brasileiro responde em casos excepcionais.

A natureza cível-administrativa⁸⁸ da punição não a torna mais branda, já que a pessoa jurídica, se condenada no PAR (Processo Administrativo de Responsabilização) movido pelo Poder Executivo poderá ser apenada justamente em seu patrimônio moral. Ter seu nome inscrito em meios de comunicação de grande circulação trará enormes prejuízos e consequências negativas à corporação, de ordem financeira e moral.

O caráter, a princípio, restritivo, do rol dos atos lesivos do art. 5º, não condiz com a generalidade das sanções ali estabelecidas.

Não é demais lembrar que os atos lesivos da Lei Anticorrupção estão todos dispostos no artigo 5º, entre os quais as fraudes às licitações, estes no inciso IV, alíneas “a” a “g”. Há quem entenda que o rol é *numerus clausulus*, como Marco Vinicio Petrelluzzi e Rubens Naman Rizek Júnior, quando destacam a expressão *assim definidos* utilizadas na LAC (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 62). Porém, há também entendimento de que o rol é exemplificativo, uma vez que conforme leciona Jefferson Aparecido Dias e Pedro Antonio de Oliveira Machado, são utilizadas expressões *qualquer outro expediente* ou *vantagem de qualquer tipo* etc. (DIAS; MACHADO, 2016, p. 87).

A grande inovação da LAC é também seu ponto mais controvertido, que é a previsão de responsabilidade objetiva. Maurício Zockun esclarece que a responsabilidade objetiva já é

a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação. § 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento. 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”. (BRASIL, 2017b).

⁸⁸ Sobre a diferença de responsabilidade civil e administrativa José Roberto Pimenta Oliveira ensina: que âmbito civil no artigo 2º, da Lei Anticorrupção diz respeito exclusivamente ao sistema de responsabilização civil, de caráter patrimonial e que âmbito administrativo tem relação com a responsabilização administrativa, prevista no artigo 6º e 19, da Lei Anticorrupção, sendo passíveis de aplicação judicial (OLIVEIRA, 2017, p. 37).

contemplada no ordenamento jurídico (art. 37, §6º, da Constituição,⁸⁹ e art. 931, do Código Civil⁹⁰) e que o limite para a sua aplicação na pessoa jurídica está relacionado à liberdade, uma vez que esta só pode ser tolhida na medida da culpabilidade dos agentes. Quanto ao direito de propriedade a responsabilização é tolerada (ZOCKUN, 2017, p. 18-19).

Martius Betoncini conceitua os atos lesivos do art. 5º, da LAC, como atos típicos (porque previamente previstos – princípio da legalidade), antijurídicos (porque corruptos, segundo decorre dos compromissos internacionais) e objetivamente imputáveis à pessoa jurídica (porque basta a demonstração do nexo de causalidade, ou seja, a configuração do comportamento tipificado na norma e o resultado material) (SANTOS *et al*; 2015).

Juliano Heinen (HEINEN, 2015, p. 113) adverte que o rol de condutas da lesivas da LAC respeita os princípios da legalidade e da especificação, porque os atos estão dispostos em lei e bem delimitados. Contudo, não atendem o postulado da culpabilidade, já que a responsabilidade objetiva despreza existência de dolo ou culpa.

Mateus Bertoncini, sobre a responsabilidade objetiva, diz que para a configuração dos atos lesivos na LAC deve-se demonstrar:

- 1.º o cometimento de atos de corrupção “*lato sensu*”, tipificados nos incisos do art. 5.º;
- 2.º o benefício direto ou potencial da pessoa jurídica em razão da prática do(s) ato(s) lesivo(s) à administração pública, nacional ou estrangeira;
- 3.º o nexo de causalidade entre a prática de alguma ou algumas das infrações definidas na Lei 12.846/2013 e a vantagem ou benefício auferido ou potencialmente desejado pela pessoa jurídica, caracterizando a sua responsabilidade objetiva. (SANTOS *et al*; 2015)

José Roberto Pimenta Oliveira ensina que para a configuração da responsabilização administrativa e judicial devem ser preenchidas as seguintes condições:

- a) sujeito de direito passível de responsabilização, à luz do art. 1º;
- b) ato lesivo praticado no campo territorial ou extraterritorial do domínio punitivo;

⁸⁹ “Art. 37. [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (BRASIL, 2017a).

⁹⁰ “Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.” (BRASIL, 2017l).

- c) configuração de condutas comissivas e/ou omissivas lesivas que se enquadrem na tipologia taxativa do art. 5º, e respectivo nexo de causalidade;
 - d) identificação das pessoas físicas, autores, coautores e partícipes – e respectiva conduta ilícita – na ocorrência do ato lesivo;
 - e) configuração do critério legal de imputação do ilícito à pessoa jurídica, conforme o critério estabelecido no art. 2º
- (OLIVEIRA, 2017, p. 36).

Deve-se ter prudência com a previsão genérica de ilícitos, sob pena de violar o princípio da legalidade e tipicidade, principalmente em caso de não haver, por parte do aplicador, cautela na análise do eventual ilícito. Acerca da tipicidade, Francisco Zardo lembra que a tipificação é um dos assuntos mais controvertidos em matéria de infração administrativa. Veja-se:

O art. 5º, XXXIX, da CF dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Como ensina José Roberto Pimenta Oliveira, esse dispositivo consagra “o princípio da tipicidade, o qual embora literalmente atrelado à esfera criminal, tem sua força normativa extensível a toda forma de *jus puniendi*, inclusive ao sancionamento administrativo”.

Mesmo que se entendesse que o aludido preceito não se aplica às infrações administrativas, o princípio da tipicidade derivaria do art. 37, caput, da CF, pelo qual a Administração Pública “obedecerá” ao princípio da legalidade, e, ainda, do art. 5º, II, da mesma norma, que preceitua: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Com efeito, o princípio da legalidade se desenvolve, segundo o magistério de Alejandro Nieto, “em duas vertentes: uma formal, que geralmente se denomina exigência de reserva legal, e outra material conhecida de ordinário como mandato de tipificação legal”.

Como bem observa Marçal Justen Filho, “tipificar legislativamente a ilicitude e sua sanção equivale a atribuir ao particular a possibilidade de escolha entre o lícito e o ilícito”. Aí reside a principal função do tipo: conferir ao cidadão a possibilidade de escolher entre o certo e o errado, bem como informá-lo sobre as consequências de suas opções. Assim, somente poderão ser consideradas infrações aqueles comportamentos anteriormente previstos na norma como tais. Trata-se da exigência de *lex previa*. Outra decorrência do princípio da tipicidade é a obrigação de *definir* ou descrever de forma satisfatória a conduta infracional e a sanção respectiva. Trata-se da exigência de *lex certa*, a qual, entretanto, não é observada integralmente pela Lei 8.666/1993. (ZARDO, 2014, p. 73-74).

É certo que não há como exigir que o legislador preveja todos os comportamentos humanos em lei, embora tal procedimento fosse o mais adequado, considerando que a lei é expressão do povo e apenas ela pode criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações.

A tipificação está ligada ao princípio da reserva da legalidade. Gustavo Binbenjoni, ao lecionar sobre tal princípio, diferencia reserva absoluta de lei (quando a Constituição exige que a matéria seja tratada por lei, principalmente quando se referir à restrição de direitos e garantias fundamentais) e reserva relativa de lei (quando a Constituição contenta apenas com estabelecimento de parâmetros gerais pela lei e concede à Administração Pública margem de liberdade maior para aplicação do direito no caso concreto) (BINENBOJN, 2008, p. 150-151).

Porém, tratando de infrações administrativas, Francisco Zardo lembra que o Superior Tribunal de Justiça, no RESP 1.102.578/MG considerou legal a aplicação de sanções com base em normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, ao fundamento de que tais penalidades estariam embasadas por lei (ZARDO, 2014, p. 84). Entre estes dois extremos, quais sejam, de um lado a impossibilidade de prever em minúcias todas as condutas na lei, sob pena de inutilidade, e de outra o perigo de se conceder ampla margem de discricionariedade ao administrador, adere-se ao ensinamento de Francisco Zardo, para quem o legislador não pode se desonerar de criar *standards* ou paradigmas, prevendo um conteúdo material mínimo que sirva de controle e orientação ao exercício do poder regulamentar (ZARDO, 2014, p. 85).

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda defendem que o art. 37 da Constituição, que estabelece os princípios regentes da Administração Pública (notadamente a legalidade), não é suficiente para atender a previsão de *lei* ou ato regulamentar com um texto qualquer, um conteúdo qualquer. É preciso haver norma prévia, mas também completa, considerada esta como aquela que cumpre o dever de especificação, ou seja, capaz de antecipar, em abstrato, para os sujeitos envolvidos (regulados, usuários, interessados, reguladores) tanto a qualificação jurídica dos fatos futuros, quanto o conteúdo dos atos administrativos possíveis, atendendo aos requisitos da abrangência, profundidade e consciência (SUNDFELD; CÂMARA, 2000, p. 33-34).

Extrai-se do *caput* do art. 5º, da LAC, que a mera exposição do patrimônio público atrai as disposições da lei, não estando correlacionado ao prejuízo econômico. O autor lembra, ainda, que a norma visa proteger um direito difuso, indivisível, mas também o mercado interno, visando manter concorrência justa e leal (HEINEN, 2015, p. 114).

Juliano Heinen também lembra que muitas das condutas lesivas são puníveis por outros diplomas, tais como o Código Penal e Lei de Licitações, já que a Lei Anticorrupção se direciona, basicamente, a dois temas: combate à corrupção e combate às fraudes cometidas em processos licitatórios (HEINEN, 2015, p. 113).

Ainda nesse cenário, convém mencionar que no Direito Penal moderno tem-se admitido condenações por provas indiretas, diante da natureza e engenhosidade dos crimes praticados mediante corrupção. Na responsabilização administrativa da LAC não será diferente. Muitas vezes dificilmente haverá a comprovação nítida da prática desses ajustes. E se na esfera penal o encargo probatório tem sido *relativizado*, com menor dificuldade acontecerá na esfera administrativa.

Sobre o tema, Daltan Dellagnol lembra que na Ação Penal 470, popularmente denominada Mensalão, o objeto de discussão central eram crimes de lavagem de dinheiro e corrupção praticados por organização criminosa. A ministra Rosa Weber afirmou que a prova indireta, muitas vezes, é a única disponível, e que não aceitá-la contrariaria o ordenamento jurídico, deixando sem respostas graves atentados criminais contra a ordem jurídica (DALLAGNOL, 2016, p. 107). O autor prossegue para dizer que o GAFI (Grupo de Ação Financeira), que é a principal organização internacional de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao terrorismo, entendem que a prova do dolo na lavagem do dinheiro possa ser inferida por *circunstâncias factuais objetivas*, o que está em harmonia com a Convenção das Nações Unidas contra o Narcotráfico Internacional e com a Convenção contra a Corrupção e contra o Crime Organizado Transnacional (DALLAGNOL, 2016, p. 108).

Feito esse recorte inicial acerca da LAC, tratando de seus objetivos, fundamentos e as sanções previstas, passa-se ao exame do cerne deste estudo, que é o de avaliar a extensão da responsabilidade administrativa e criminal do particular que pratica fraudes às licitações.

Muitas dificuldades serão enfrentadas na aplicação conjunta destas normas (LAC e LGL), já que são dois regimes distintos visando punir condutas idênticas.⁹¹

Diante do exposto, pode-se concluir que o combate e enfrentamento à corrupção é realizado com edição de normas penais e administrativas, e que se deve tratar com severidade os atos corruptos, seja implementando novos mecanismos de investigação ou permitindo sua utilização na seara do Direito Administrativo Sancionador.

O cenário legal brasileiro, segundo se verifica pelas normas que foram editadas, notadamente a partir de 2012, é bem diferente de outrora. Há normas propiciando tratamento criminal e administrativo de vários atos corruptos albergados nos compromissos internacionais, tais como a lavagem de dinheiro e a criminalidade organizada.

A confluência de responsabilização administrativa e criminal é uma tendência, senão uma imposição global para enfrentamento da corrupção, à qual o Brasil está aderindo.

⁹¹ Vicente Greco Filho cita, a título de exemplo, um ato lesivo praticado por meio de um funcionário público, o qual possui conotação distinta na lei penal, ou seja, muito mais abrangente do que perante o Direito Administrativo (GRECO FILHO, 2015, p. 115).

3.4.1 Responsabilização objetiva da Lei Anticorrupção: características, críticas e exclusão

O estudo sobre a forma que se dá a responsabilização do particular no âmbito da Lei Anticorrupção só pode ser feito após (re)leitura crítica dos *tipos administrativos* e da responsabilidade objetiva prevista nesta lei.

José Roberto Pimenta Oliveira explica que muitos atos lesivos previstos na LAC, no tocante às pessoas jurídicas, já eram colhidos pelo ordenamento jurídico pátrio no plano da responsabilização civil, responsabilização administrativa, responsabilização por irregularidade de contas e responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, ocasionando as sanções estabelecidas em cada diploma normativo. A responsabilização, portanto, poderá ser civil⁹² (tal como a de ressarcir o erário dos valores quando há danos materiais)⁹³ ou administrativa (quando há violação de normas que essencialmente visam à proteção da Administração Pública)⁹⁴ (OLIVEIRA, 2017, p. 24).

Como será visto no item 4.2, muitos atos previstos na LAC são, de igual forma, tipificados como crime no ordenamento jurídico brasileiro. Isso provoca uma dificuldade de cunho interpretativo, pois se tratando de determinado crime, a pessoa física acusada irá defender-se com todas as garantias de um processo penal, com a carga probatória nos ombros da acusação, que deverá provar dolo, ou culpa se assim previsto. A pessoa jurídica, ao contrário, navegará no tormentoso oceano do Direito Administrativo Sancionador municiado pela responsabilização objetiva, a qual “não tem na culpabilidade o seu elemento central”. (MOTTA; ANYFANTIS, 2017, p. 91).

⁹² “Cumpra ainda salientar que a responsabilidade objetiva traçada no bojo da Lei Anticorrupção Empresarial possui contornos próprios que não devem ser confundidos com os pressupostos clássicos e tradicionais da responsabilidade objetiva definida no Direito Civilista. Consoante disposições do Código Civil, a imputação de responsabilidade objetiva dependa da demonstração da ação ou omissão, do dano potencial ou concreto e do nexo de causalidade que deve existir entre a conduta (ação ou omissão) e o dano. Diferentemente, sob a luz do novo diploma legal, o dano não se apresenta como elemento indispensável à configuração da responsabilização, uma vez que a ocorrência efetiva do dano se apresenta como mero exaurimento da infração administrativa, componente esse a ser avaliado quando da dosimetria da pena, nos termos dos incisos II, III e IV, do art. 7º, da Lei n. 12.846/2013.” (RIBEIRO, 2017, p. 53-54).

⁹³ Arts. 186 e 927, da Lei n. 10.406/2002; Art. 11, da Lei n. 4.717/1965; Art. 5º, Lei n. 8.429/92; Art. 6º, §3º; 13 16, §3º e 21, parágrafo único da Lei n. 12.846/2013. (OLIVEIRA, 2017, p. 24)

⁹⁴ Infração a normas de licitações e contratos (Lei n. 8.666/93, n. 10.520/2002, n. 12.462/2011 e n. 13.303/2016); Infração a normas da ordem econômica (Lei n. 12.52/2011); Infração à ordem tributária (Lei n. 5.172/1966); Infração às normas do mercado de valores mobiliários (Lei n. 6.385/1976); Infração por lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/98); Infração às normas do Banco Central do Brasil (Lei n. 4.595/1964); Infração às normas de exercício irregular de profissão, conforme lei federal; Infração por irregularidade de contas (art. 70 e 71, da Constituição) (OLIVEIRA, 2017, P. 25).

Pois bem, essa é a principal característica da LAC, a possibilidade de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas envolvidas em práticas nocivas ao patrimônio público, sem, portanto, a necessidade de comprovar o dolo por parte dos dirigentes ou proprietários. Fato é que a responsabilidade objetiva da LAC está diretamente relacionada, sob o ponto de vista de *evolução jurídica*, ao reconhecimento de um novo modelo de criminalidade sofisticada, própria dos dias atuais.

José Roberto Pimenta Oliveira, acerca da responsabilidade objetiva, explica que é um fenômeno através do qual a imputação não depende da prévia demonstração e comprovação do elemento subjetivo, produzindo-se independentemente de dolo ou culpa. O que irá perquirir nos casos concretos é a demonstração e comprovação da hipótese legal (a conduta ilícita descrita na norma legal, em termos formais e materiais) com demonstração da aplicabilidade do critério legal de imputação. Não terá qualquer relevância os elementos circunstanciais de índole subjetiva que presidiram a conduta de pessoas físicas envolvidas nos fatos (OLIVEIRA, 2017, p. 27).

Francisco Zardo observa que a responsabilidade objetiva é um mecanismo para se esquivar das garantias fundamentais asseguradas aos acusados. O Estado prefere o atalho da responsabilização administrativa, ignorando garantias para proporcionar respostas rápidas à sociedade, mesmo que em descompasso com os valores éticos, haja vista que a possível punição de quem não concorreu para o ilícito, além de revelar-se injusta, esvazia a utilidade da sanção (ZARDO, 2014, p. 58).

Fabrizio Motta e Spiridon Nicofotis Anyfantis avaliam que as normas da LAC se baseiam na teoria do risco, a qual considera que constitui infração a conduta que simplesmente colocar em risco os bens jurídicos protegidos. Esse critério despreza a culpabilidade para caracterização do ilícito, pois importa ao ordenamento jurídico o mero descumprimento de uma norma talhada para prevenção de perigo abstrato, independentemente do proveito ou do resultado alcançado (MOTTA; ANYFANTIS, 2017, p. 92).

José Roberto Pimenta Oliveira fundamenta que a opção pela teoria do risco consiste na circunstância de a pessoa jurídica, em razão de benefícios econômicos relacionados com sua atividade, estar propensa a voltar-se para o campo da ilicitude por visar obter vantagens espúrias mediante práticas corruptas. Outra circunstância que fundamentaria essa responsabilidade está atrelada à ideia do reconhecimento do risco da corrupção, que exige mudanças estruturais de comportamentos na pessoa jurídica na busca de satisfação de seus interesses (OLIVEIRA, 2017, p. 30).

Juliano Heinen ensina que sempre que o patrimônio público estiver exposto a uma mínima lesividade poderá existir violação da LAC, porque a lei utiliza as expressões *atentar, por em perigo e colocar em risco* o patrimônio público (HEINEN, 2015, p 114).

Os critérios, conforme destaca José Roberto Pimenta Oliveira, são dois: o objetivo-funcional, baseado no *interesse*, ou seja, o resultado objetivo (e não psicológico) e o critério objetivo-material, que leva em conta o *benefício*, ou seja, o efeito benéfico pretendido com a atuação ilícita enquadrada na lei. Nesse diapasão, a pessoa jurídica será responsabilizada se a atuação das pessoas naturais que configurarem ato lesivo se reverter em benefício para ela (OLIVEIRA, 2017, p. 31-32).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas ensinam que a *ratio* da norma é fomentar a implantação de mecanismos e sistema de controle nas pessoas jurídicas, com o intuito de evitar que seus colaboradores pratiquem atos violadores da moral administrativa, já que não há possibilidade de se isentarem de eventual responsabilização, alegando ausência de *culpa in vigilando* (MOREIRA NETO; FREITAS, 2017, p. 6-7).

Os autores afirmam que a responsabilidade objetiva não é novidade da LAC, uma vez que tem sido adotada no âmbito da legislação ambiental^{95 96} e no Código Civil⁹⁷ (MOREIRA NETO; FREITAS, 2017, p. 7).⁹⁸

⁹⁵ “Art. 14. [...] §1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”. (BRASIL, 2017m).

⁹⁶ “Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”. (BRASIL, 2017n).

⁹⁷ “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. (BRASIL, 2017l)

⁹⁸ Há que se diferenciar responsabilidade objetiva de responsabilidade pelo risco integral: “Como já afirmado, o risco integral acolhe a ideia de que a mera comprovação da relação de causa e efeito (nexo causal) entre o evento danoso e a participação do Agente Público enseja a obrigação de reparação pelo Estado. Realmente, a evolução constitucional e doutrinária culminou por desenvolver o que hoje denominamos, no gênero, a Teoria do Risco, que acolhe duas espécies: a Teoria do Risco Integral e a Teoria do Risco Administrativo. Ambas adotam o princípio da responsabilização objetiva. A primeira consagra a responsabilização objetiva de modo integral, isto é, sem qualquer abrandamento e sem acolher qualquer tipo de excludente. A segunda, mais consentânea com a razoabilidade, é submissa à objetividade na responsabilização, mas aceita certas excludentes (culpa da vítima, força maior, caso fortuito). Assim sendo, é fácil depreender que o traço distintivo entre ambas as teorias se concentra no desprezo dedicado pela Teoria do Risco Integral a fatores circunstanciais (força maior e caso fortuito) e a um personagem cuja atuação pode ter sido nenhuma ou decisiva para a configuração do evento danoso: a vítima.” (BACELLAR FILHO, 2000, p. 11-47).

Já Guilherme de Souza Nucci afirma que a LAC não passa de um engodo, sob vários prismas, pois a impunidade que existe hoje no Brasil, seja em razão do foro privilegiado ou pela prescrição, não deixará que a responsabilização objetiva desta lei (mascarando a aplicação do Direito Penal) atribuída à pessoa jurídica seja efetiva. Outro fator que contribui para a impunidade são as baixas penas de corrupção estabelecidas às pessoas físicas (NUCCI, 2015, p. 12-13).

Uma parcela da comunidade jurídica⁹⁹ não tem aceito a ideia de responsabilidade objetiva da LAC no que se refere às sanções aplicadas, uma vez que esse tipo de responsabilização estaria adequada apenas à reparação do dano, tanto é que figura como objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal pela Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Social Liberal.¹⁰⁰

A pessoa jurídica, quando acusada de algum ato lesivo previsto na LAC, só conseguirá se eximir de penalidade de comprovar que não houve violação à ordem jurídica ou de que o evento não decorreu de conduta de seus colaboradores. Caso se faça prova de que o ato foi praticado em benefício de seu funcionário, de que seja fora das suas funções laborais (MOREIRA NETO; FREITAS, 2017, p. 8).

Márcio de Aguiar Ribeiro ensina que a responsabilidade objetiva estaria fundamentada em algumas principais teorias, que explicam a culpabilidade nos crimes empresariais:

A noção de culpabilidade empresarial ganhou contornos mais definidos através do professor Klaus Tiedemann, em diversos de seus trabalhos sobre criminalidade econômica, em especial com a construção do conceito de “culpabilidade por defeito de organização”, a qual se aparta completamente de qualquer reprovação de caráter pessoal, para reconhecer como fonte material da responsabilidade a falha da organização da pessoa jurídica que permitiu a atuação de pessoas físicas na prática criminosa. A culpabilidade derivaria então da omissão em tomar medidas prévias que assegurassem um funcionamento empresarial isento de delito.
[...] o professor Carlos Góme-Jara-Díez sustenta o cabimento da imputabilidade empresarial, sob a ótica do *conceito construtivista de culpabilidade* ou *culpabilidade por cultura empresarial de descumprimento de legalidade*.

⁹⁹ Sendo assim, como conclui Heinen, o regime de responsabilidade em casos de aplicação de penalidades administrativas é, em regra, de natureza subjetiva, verdade essa que não pode ser transportada ao sistema de reparação de prejuízos, em que há casos em que se dispensa a prova do dolo ou da culpa. É importante destacar que esses dois regimes devem ser bem diferenciados, porque o sistema de reparação de prejuízos não se confunde com o sistema de direito administrativo sancionador (HEINEN, 2015, p. 83).

¹⁰⁰ Tramita perante o Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.261/DF que visa discutir a responsabilização objetiva prevista na Lei Anticorrupção, ajuizada pelo Partido Social Liberal. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 5.261/DF. Petição inicial. Reqte.: Partido Social Liberal (PSL). Intdos: Presidente da República, Congresso Nacional, CONACI (Conselho Nacional de Controle Interno). 11 mar. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8006839&ad=s#2%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%201>>. Acesso em: 08 abr 2017).

Para o conceito construtivista, a intenção de realizar a prática de determinado ato ilícito é cada vez menos determinante, devido, principalmente, à dificuldade para a comprovação do dolo, sendo suficiente para a responsabilização do ente empresarial que seja evidenciado o conhecimento de que o comportamento possa causar prejuízo ou colocar em risco o bem jurídico penal.

[...] o jurista argentino Enrique Bacigalupo defende a tese de que a *culpabilidade de organização* ou *culpabilidade corporativa* deve ser considerada como pressuposto geral da responsabilidade das pessoas jurídicas. Nesse modelo, a existência de sistemas de controle interno e prevenção assim como a infração de deveres de supervisão e controle devem ser consideradas como um elemento da estrutura organizativa da pessoa jurídica, que será objeto de exame para fins de responsabilização do ente e legitimação da pena aplicada (RIBEIRO, 2017, p. 34-35).

Com base em tais teorias, pode-se concluir que cada vez mais despreza-se elementos subjetivos para aferição de culpa, depositando na pessoa jurídica a total responsabilidade pelo cometimento do ilícito, a qual só irá se desincumbir se demonstrar que efetivamente possuía mecanismos íntegros e efetivos de controle, além da propagação de uma cultura corporativa ética.

Há quem sustente que a irrestrita, senão irresponsável responsabilização objetiva na seara administrativa nem sempre guarda compatibilidade com os princípios constitucionais que regem o direito punitivo, notadamente devido ao processo legal¹⁰¹, contraditório e ampla defesa, proporcionalidade,¹⁰² entre outros, respeitando aqueles que possuem posicionamento diverso.¹⁰³

¹⁰¹ “Em qualquer caso, sempre se revele necessário o respeito ao princípio ou à cláusula constitucional do devido processo legal, assegurado aos acusados, em geral, norma da qual, já veremos, derivam regras e princípios, direta e indiretamente, para a produção do conjunto de garantias e direitos fundamentais inerentes a todo e qualquer processo punitivo, seja ele judicial, seja administrativo. O devido processo legal pode desempenhar funções de articulação e organização de outras normas e valores constitucionais e infraconstitucionais, na produção e embasamento das garantias e direitos fundamentais aos acusados em geral, a partir de contribuições oriundas de experiências nos cenários de Direito Comparado.” (OSÓRIO, 2015, p. 50).

¹⁰² “A proporcionalidade se associa ao Estado de Direito, mas é um postulado normativo aplicativo que perpassa todo o ordenamento jurídico. Já o princípio de interdição à arbitrariedade – que está expressamente consagrado na Constituição espanhola (art. 9.º .1) – decorre, no Direito brasileiro, do princípio do devido processo legal substancial. É que esse último princípio foi “importado” do Direito norte-americano e nesse sistema jurídico tal princípio significa um conjunto de conteúdos associados à interdição à arbitrariedade, seja do legislador, do juiz ou do administrador público. Parece-nos razoável supor que também no Direito brasileiro se interdite, desde um ângulo constitucional, a arbitrariedade dos Poderes Públicos, com uma enorme série de consequências jurídicas diretas e indiretas, no universo pós-positivista que predomina nos cenários pós-modernos”. (OSÓRIO, 2015, p. 103).

¹⁰³ Vicente Greco Filho defende que a escolha legislativa de incluir a responsabilidade da pessoa jurídica dentro do Direito Administrativo Sancionador foi extremamente proveitosa, uma vez que a previsão penal, nesse caso, traria resultados muito pouco diferentes do que alcançará o Direito Administrativo (GRECO FILHO, 2015, p. 103). Mesmo assim, o autor enfatiza a importância de debate entre as fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, porque este último, no Brasil, possui uma insuficiente formulação teórica e prática.

O problema da responsabilização administrativa é a inexistência da necessidade de *lei* para previsão da sanção administrativa (inexistência da legalidade estrita) e a relativização do princípio da tipicidade (que permite tratar o ilícito de maneira superficial e aberta).

Nessa toada, Luiz Alberto Blanchet e Emerson Gabardo afirmam que é necessária a discriminação precisa em lei tanto dos tipos quanto das penas no Direito Administrativo Sancionador, não bastando que seja uma tipicidade formal, mas também material (BLANCHET; GABARDO, 2003, p. 134). No Supremo Tribunal Federal, no acórdão (HC n. 94.439) relatado pelo ministro Menezes Direito, são instituídos critérios de uma atipicidade material (sendo eles: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social na ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade da ação; d) inexpressividade da lesão jurídica em face ao sistema), elementos os quais poderem ser aplicados à teoria do Direito Administrativo Sancionador (BLANCHET; GABARDO, 2003, p. 135).

Ocorre que a responsabilização administrativa da LAC se utiliza de preceitos cominatórios amplos e de conceitos jurídicos indeterminados que permitem que um sem número de atos praticados pelo particular se enquadrem como ilícito. No âmbito das fraudes atinentes às licitações e contratos, o cenário para responsabilização é por demais sensível, porquanto não se exige a demonstração do elemento subjetivo, bastando que haja a tipicidade formal para a imputação da responsabilidade. O envolvimento de qualquer colaborador da pessoa jurídica, com ou sem o conhecimento desta, não a eximirá do ato ilícito.

Por isso, a pessoa jurídica que quiser se eximir das sanções da LAC deverá possuir um eficiente programa de integridade (art. 7º, inciso VIII), conhecido também como *compliance*, porque é ela que deve evitar o resultado negativo previsto na LAC, que se baseia na teoria do risco.

Feitas estas considerações, atesta-se que a responsabilização objetiva prevista na LAC assemelha-se com a responsabilidade penal tendenciada pelo Direito Penal moderno, *concebido* para combater os crimes *sofisticados*, tais como aqueles praticados contra o sistema financeiro, ordem econômica, etc., que envolve também os casos de corrupção.

Este Direito Penal Moderno, que possui o Direito Administrativo Sancionador como reforço, é caracterizado pela prevenção como paradigma dominante e com sentido finalístico orientado por suas consequências (não mais pela retribuição do injusto), de forma que, nas palavras de Winfried Hassemer, o Direito Penal passa a ser eminentemente simbólico (DEMATTE, 2015, p. 88).

O mesmo fenômeno é observado na LAC. Esta lei está balizada na teoria do risco, justamente pela reconhecida dificuldade do Estado em monitorar, prevenir e reprimir as práticas corruptas nela previstas.¹⁰⁴ O Estado já seu deu conta de que não consegue atuar preventivamente, por isso deposita nos próprios ombros da pessoa jurídica a responsabilidade de prevenção do ilícito, seja premiando-a pelo êxito em tal tarefa, seja punindo-a com severas ferramentas sancionatórias.

Carlos Eduardo Gonçalves (GONÇALVES, 2017, p. 170-172) nos ensina que, no que tange aos crimes econômicos, a pena privativa de liberdade tem se mostrado ineficaz. A prática de um crime econômico é sempre precedida de um juízo de custo x benefício, no qual, muitas das vezes, o longo tempo de apuração e julgamento é revertido em bons investimentos a longo prazo pelo infrator. O lucro é um bem muito mais valioso do que a liberdade. Soma-se que o princípio da subsidiariedade é norteador do Direito Penal, o que justifica a existência das vias administrativas em tais casos. Assim, no âmbito preventivo-administrativo, algumas medidas seriam mais eficazes (reestruturação empresarial, agentes fiscalizados dentro das empresas, auditorias, política de sanidade empresarial, TACs e ações civis mediante atuação do Ministério Público, comissões de trabalhadores etc). O Direito Administrativo emerge como ferramenta mais efetiva do que o próprio Direito Penal. O autor adverte, porém, que o uso ilimitado do Direito Administrativo pode ser até mais prejudicial do que o Direito Penal ao Estado de Direito, pois, na seara judicial, há maior respeito a garantias processuais constitucionais e a direitos individuais.¹⁰⁵

Tudo isso para dizer que o Direito Administrativo Sancionador não pode constituir em instância repressiva e arcaica, que recorre desmedidamente a grosseiras técnicas de responsabilidade objetiva, a previsão de sanções que não estejam legalmente delimitadas, presunções e inversões ao ônus da prova (GONÇALVES, 2017, p. 172).

Márcio de Aguiar Ribeiro diz que a partir do momento em que se permitiu a responsabilização penal da pessoa jurídica,¹⁰⁶ houve necessidade imediata de estabelecer novas

¹⁰⁴ Daltan Dallagnol lembra que na atualidade, a complexidade, a profissionalização e a internacionalização torna estes crimes (lavagem de dinheiro, corrupção, criminalidade organizada) muito mais difícil de serem descobertos e comprovados (DALLAGNOL, 2016, p. 106).

¹⁰⁵ A corrupção, segundo nossa legislação, não é um ilícito qualquer, é crime, e grave, motivo pelo qual Guilherme de Souza Nucci assevera que é preciso ter cuidado com o uso do Direito Administrativo Sancionador, porque usá-lo em uma norma de responsabilidade penal objetiva camuflada pode ser perigoso, mormente se pretender obter decisões céleres e eficazes. Este instrumento dará azo a punições abusivas, desmedidas e injustas (NUCCI, 2015, p. 85-86).

¹⁰⁶ José Roberto Pimenta Oliveira ensina que: “No direito penal, prevalece a tese da responsabilização subjetiva de pessoas físicas, conforme o art. 18 do Código Penal, com fundamento em diversos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.” (OLIVEIRA, 2017, p. 27).

teorias acerca da culpabilidade dos entes empresariais, uma releitura dos princípios da pessoalidade da pena e da culpabilidade (RIBEIRO, 2017, p. 33-34).

Da mesma forma que aconteceu na seara penal, está acontecendo na seara administrativa. Ou seja, se a própria seara penalista, fortemente arraigada à tese da responsabilidade subjetiva, passa a inclinar-se em direção à objetivação do seu sistema de responsabilidade, com muito mais aptidão em sede do Direito Administrativo Sancionador (RIBEIRO, 2017, p. 34)

Por isso que José Roberto Pimenta Oliveira atesta que a responsabilização subjetiva é decorrência do devido processo legal, cabendo ao Direito Administrativo Sancionador não se escorar no Direito Civil ou no Direito Penal, mas sim buscar seus critérios e conceitos próprios.¹⁰⁷

3.5 Distinção de sanções administrativas e sanções penais

O ordenamento jurídico brasileiro é permissivo no que tange à possibilidade de admitir múltiplas sanções em razão de um mesmo fato ilícito.

Vicente Greco Filho afirma que a querela sobre princípios diferenciadores do Direito Penal e Administrativo é antiga e tem sido reacendida em razão da ampliação do Direito Penal para tipificar condutas reguladas pelo Direito Administrativo e pela intensificação da gravidade das sanções administrativas (GRECO FILHO, 2015, p. 105). Segundo o autor, duas teses podem explicar essa diferenciação, quais sejam: a tese unitária, normativa ou quantitativa e a tese diferenciadora, ontológica ou qualitativa.

A tese diferenciadora entende que Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador possuiriam diferença essencial, *ontológica*, decorrente do fundamento das sanções das duas áreas, de forma que a sanção penal seria reprovável eticamente e a sanção administrativa seria mera contrariedade às ordenações do Estado (GRECO FILHO, 2015, p. 106). Para a teoria unitária, a eleição entre uma ou outra área seria livre escolha do legislador, baseada no princípio

¹⁰⁷ José Roberto Pimenta Oliveira ensina: “No direito administrativo sancionador, também predomina a tese da responsabilidade subjetiva de pessoas jurídicas. As controvérsias sobre a admissibilidade da responsabilização objetiva na produção de sanções administrativas contra estes sujeitos de direito também estão presentes, sendo certo que a maioria da doutrina se posiciona pela regra geral da responsabilização subjetiva, havendo forte vertente doutrinária que admite o princípio da exigência de voluntariedade para incursão na infração no tema das sanções administrativas. Caberá sempre a indagação se o direito administrativo deve utilizar os conceitos desenvolvidos em outros campos científicos (direito civil e direito penal), ou deve encontrar critérios próprios para articulação da responsabilização subjetiva e objetiva no seu próprio domínio normativo.” (OLIVEIRA, 2017, p. 29)

da proporcionalidade e em estratégias de política criminal, não havendo, entre as sanções, distinção essencial ou ontológica (GRECO FILHO, 2015, p. 109).

Francisco Zardo, ao analisar ambas as teorias, propugna que as distinções entre as duas correntes (qualitativa e quantitativa) são úteis para descriminalizar as condutas de menor gravidade, recebendo tratamento de infração administrativa. A intervenção penal deve ser aquela necessária e imprescindível para a afirmação do valor violado e sua proteção. Mas estas distinções se prestam a indicar a criminalização de condutas gravíssimas sancionadas administrativamente (ZARDO, 2014, p. 57).

Sirlene Arêdes ensina que a sanção penal é imposta pelo Judiciário a quem comete um crime, com a finalidade de proteger, por meio da prevenção geral e especial, valores que uma sociedade normativamente elegeu como necessários. A aplicação da sanção é realizada sempre se baseando em uma conduta, sem a qual não há infração. A sanção administrativa se baseia na proteção de uma relação especial, a qual também exige uma conduta (ARÊDES, 2012, p. 62-65).

Fábio Medina Osório entende que tanto as sanções penais quanto as administrativas decorrem de um mesmo poder punitivo estatal, regido pelo Direito Público Punitivo, de modo que a teoria da sanção administrativa englobaria duas outras categorias, quais sejam, sanções penais e administrativas. Porém, o autor diz que os critérios utilizados pelo legislador para diferenciar esses regimes jurídicos tão distintos revelaram-se falhos, lacunosos, sempre se esbarrando na vontade soberana do legislador que, amparado em sua discricionariedade democrática, está apto a suprimir garantias a seu bel prazer.¹⁰⁸ O autor afirma que, geralmente, nas normas administrativas estar-se-ia a buscar a proteção dos interesses e valores da própria administração, ao passo que o Direito Penal seria global, tendo a incumbência de proteção do ordenamento externo ou social. Na visão dele, contudo, essa afirmação não se justifica, porque não há diferenças substanciais e qualitativas entre medidas penais e administrativas,¹⁰⁹ pois ambas tutelam os valores e a moral, na medida em que se verifica que o Direito Penal atual está

¹⁰⁸ Francisco Zardo adverte que os princípios e regras de direito punitivo não atuam de forma idêntica nas searas penal e administrativa. As garantias de Direito Penal se aplicam ao Direito Administrativo Sancionador com matizes. Ele exemplifica que o princípio da legalidade não será aplicado da mesma forma nos dois segmentos, contudo, isso não compromete a existência da unidade do *ius puniendi* (ZARDO, 2014, p. 39).

¹⁰⁹ O autor faz um recorte e afirma que o Tribunal Supremo espanhol, embora diante das críticas doutrinárias, assentou a existência de um poder punitivo estatal unitário, não distinguindo as sanções ilícitas penais e administrativas. Entretanto, Fábio Medina Osório diz que há uma contradição na teoria deste Tribunal porque, nos seus julgados, os princípios penais são aplicados ao Direito Administrativo Sancionador com “matizes”. Conclui-se, assim, que o *ius puniendi* enquanto unidade esbarra em dificuldades de ordem prática, já que os regimes jurídicos do Direito Administrativo e Direito Penal são distintos (OSÓRIO, 2016, p. 125-127).

“[...] pragmático, tutelando interesses difusos e coletivos, muito mais centrado na defesa de direitos constitucionais do que propriamente na justificação moral de seus preceitos proibitivos” (OSÓRIO, 2016, p. 123).

Porém, mesmo afirmando a inexistência de diferença ontológica entre sanções penais e administrativas, Fábio Medina Osório diz que o Direito Penal e o Administrativo são divididos em dois grandes ramos jurídicos,¹¹⁰ com nuances, reservas, peculiaridades históricas e culturais.

A primeira diferença apontada pelo autor consiste na responsabilização de pessoas jurídicas por parte do Direito Administrativo. No Direito Penal, o tema é bastante controverso, pois esse ramo tem como ponto de partida a manutenção dos direitos e garantias individuais – por influência do Iluminismo – e da responsabilidade subjetiva.¹¹¹ O Direito Administrativo parte da ideia de interesse público, por isso não vê problema na responsabilização de tais pessoas (OSÓRIO, 2016, p. 134-135).¹¹²

Outra diferença, no que tange às sanções administrativas, é que elas podem ser aplicadas tanto por autoridades administrativas quanto judiciais, ao passo que as sanções penais somente podem ser aplicadas por juízes com jurisdição penal. Sobre isso, Fábio Medina Osório expõe que, originariamente, a interpretação penal (proteção dos direitos individuais) é distinta da interpretação administrativa (proteção do interesse público). Contudo, a tendência atual está aproximando esses segmentos, já que o Direito Penal está ganhando contornos mais funcionais e o Direito Administrativo Sancionador aproximando-se do ideário humanista. Tais segmentos, portanto, possuem identidades próprias, distintas, mas não se pode desprezar a existência de “núcleos duros” (OSÓRIO, 2016, p. 138).

A criação de ilícitos penais ou administrativos é uma questão de política legislativa. A sanção administrativa, tal como a penal, é utilizada para assegurar determinados valores e reestabelecer a ordem jurídica violada. E, apesar de possuírem técnicas e regimes diversos, produzem, na prática, a mesma consequência: a intromissão nos direitos e garantias fundamentais dos acusados.

O tema é dissonante na doutrina.

¹¹⁰ O autor alerta que outros ramos do Direito (Civil, Trabalhista e Processual) lidam também com noções de pena e sanção, porém, estes não integram a mesma categoria unitária que se submete às sanções penais e administrativas, porque o objeto não é o poder punitivo (OSÓRIO, 2016, p. 133).

¹¹¹ Importante destacar que vários países têm modificado sua legislação para permitir a responsabilização criminal de pessoas jurídicas, a exemplo da Espanha.

¹¹² Fabrício Motta e Spiridon Nicofotis Anyfantis ensinam que no Direito Administrativo há menor resistência para responsabilização de pessoa jurídicas, o que é bem controverso no Direito Penal (MOTTA; ANYFANTIS, 2017, p. 85).

Fabrcio Motta e Spiridon Nicofotis Anyfantis observam que a tendncia é a *despenalizao*, reservando a tutela criminal apenas para as condutas de maior gravidade, que realmente necessitam de maior represso. Eles defendem que o Direito Penal atual aproxima seu *modus operandi* do Direito Administrativo, para atuar antes do dano e proibir condutas que não geram resultados, tais como crimes de perigo abstrato ou incriminaoes que evitam condutas que apenas cumulativamente poderiam tornar-se arriscadas (MOTTA; ANYFANTIS, 2017, p. 84).

Conclui-se que o Direito Administrativo Sancionador   segmento do Direito Administrativo responsável pela aplicaçao de penalidades, o qual é espécie que decorre do Direito Público punitivo, que englobaria também o Direito Penal.

Esse Direito Administrativo Sancionador foi concebido no Século XIX, no Estado Social, como uma reaao  hipertrofia do Direito Penal acessório e, desde essa época, conservou os atributos de arbitrariedade estatal, já que o próprio Direito Administrativo, infelizmente, foi concebido mais como instrumento de atuaao estatal para manutenao dos privilégios do que como salvaguarda dos direitos dos cidadoes.

Por decorrer do *ius puniendi*, ou seja, por compor, ao lado do Direito Penal, o Direito Punitivo, possui inúmeras semelhanças com este segmento do Direito. Entretanto, não se pode desprezar a existência de substanciais diferenças entre elas, razão pela qual há que se reconhecer a existência de núcleos específicos da sanao administrativa e da sanao penal que agasalham suas características principais, tais como a possibilidade de responsabilizar pessoas jurídicas, a desnecessidade de detalhada tipicidade, bem como sua aplicaçao por autoridades administrativas.

Sugere-se que, dentro do possível, aplique-se toda a penologia criminal  sanoes administrativas, concedendo máxima interpretaao ao princípio democrático disposto na Constituiao de 1988, garantindo-se, ao acusado, todos os direitos e garantias fundamentais, notadamente a legalidade, devido processo legal, presunao de inocência, proporcionalidade, razoabilidade, segurança jurídica, entre outros.

4 RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E CRIMINAL DO PARTICULAR NAS FRAUDES ÀS LICITAÇÕES

Antes de se adentrar, propriamente, nos diplomas que enfrentam e coíbem as fraudes às licitações, faz-se imprescindível tecer considerações preliminares sobre o instituto das licitações.

4.1 Noções básicas das licitações e contratações públicas

Perquirir fraudes às licitações exige perfeita compreensão da finalidade da licitação, bem como dos princípios que regem a matéria, isso porque, como se verá, o ilícito se constituirá sempre que burlar a competitividade entre os licitantes.

A Constituição Federal de 1988 dispõe, no seu artigo 22, inciso XXVII, que compete à União estabelecer normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais, para todos os entes federativos.¹¹³

No exercício dessa competência constitucional, a União editou a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, conhecida como Lei Geral de Licitações e Contratos, que dispõe normas gerais de licitação e contratação pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define a licitação como procedimento administrativo por meio do qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados que satisfaçam às condições previamente fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas, entre as quais selecionará a mais conveniente para a celebração de contrato (DI PIETRO, 2014, p. 373).

Rafael Carvalho Rezende Oliveira assevera que a licitação é o “[...] processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei com o objetivo de selecionar a melhor proposta, por meio de critérios objetivos e impessoais, para celebração de contratos” (OLIVEIRA, 2015, p. 19).

O art. 3º da Lei n. 8.666/1993, elenca que os seus objetivos são garantir a observância do princípio da isonomia, seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (OLIVEIRA, 2015, p. 19).

¹¹³ Matheus Carvalho afirma que normas gerais de licitação são aquelas que tratam dos fundamentos da licitação, princípios e diretrizes, preceitos de aplicação genérica (CARVALHO, 2017, p. 442).

Matheus Carvalho ensina que a licitação visa assegurar que pessoas concorram em igualdade de condições para vender bens ou serviços à Administração Pública, sendo um procedimento prévio à contratação pública, realizado em uma série concatenada de atos legalmente distribuídos (CARVALHO, 2017, p. 441).

Diante desse quadro, já é possível perceber a importância da licitação para a Administração Pública e para a sociedade, uma vez que é por intermédio dela que o Estado compra bens e serviços, utilizando, obviamente, o dinheiro que todos os cidadãos confiam aos seus cuidados.

Por isso, Carvalho assinala que, entre as finalidades da licitação, destacam-se a de obter a melhor contratação possível para a Administração (melhor proposta) e assegurar a isonomia entre os participantes (princípio da impessoalidade) (CARVALHO, 2017, p. 443).

José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez, antes de expor sobre os princípios atinentes às licitações, assevera que são fundamentos da licitação: a moralidade administrativa e a igualdade de oportunidades (CARVALHO FILHO, 2015, p. 246).

Fabrizio Motta e Spiridon Nicofotis Anyfantis estabelecem que a competição é a medula óssea da licitação, pois é a disputa que oferece a melhor proposta para a Administração Pública num futuro contrato. Sem a competição a licitação é uma encenação despida de sentido (MOTTA; ANYFANTIS, 2017, p. 101).

Mateus Bertoncini diz que a incidência da corrupção no processo licitatório não garante o melhor negócio para a Administração Pública, pelo contrário, sendo marcada ora pelo superfaturamento (no caso de compras) e ora pelo subfaturamento (no caso de alienações) (SANTOS *et al*; 2015, p. 176). Sem se olvidar das altas quantias desviadas para agentes públicos e particulares, todas elas objetos destes pactos escusos.

A corrupção consome não somente a idoneidade do processo licitatório, mas também do contrato administrativo, notadamente na sua fase de execução. Muitos atos são maculados (usam-se técnicas obsoletas, materiais de baixa qualidade, aditivos desnecessários) e acabam por corroer o erário (SANTOS *et al*; 2015, p. 177).

Mateus Bertoncini lembra que esse problema é global, tanto que a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção dedicou norma específica (art. 9º) para tratar da questão da contratação pública¹¹⁴ (SANTOS *et al*; 2015, p. 177).

¹¹⁴ “1. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, adotará as medidas necessárias para estabelecer sistemas apropriados de contratação pública, baseados na transparência, na competência e em critérios objetivos de adoção de decisões, que sejam eficazes, entre outras coisas, para prevenir a corrupção. Esses sistemas, em cuja aplicação se poderá ter em conta valores mínimos apropriados, deverão abordar, entre outras coisas: a) A difusão pública de informação relativa a procedimentos de contratação

O autor lembra que muitas destas recomendações foram acolhidas pelo Brasil na LGL. Emerge como solução a implementação de mais mecanismos (eficazes) de controle, no desenvolvimento de uma cultura de probidade e mecanismos repressivos (administrativo e judicial) de combate à corrupção (SANTOS *et al*; 2015, p. 178).

4.1.1 Princípios das licitações

Conforme lições de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, entre os princípios que regem a licitação, podem ser citados os previstos no artigo 37 da Constituição, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (os quais são norteadores de todas as atividades relacionadas à administração pública), bem como os princípios da competitividade, isonomia, vinculação ao instrumento convocatório, do procedimento formal e do julgamento objetivo (OLIVEIRA, 2015, p. 28-34).

Matheus Carvalho repisa os princípios previstos no artigo 37 da Constituição, bem como o da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, do sigilo das propostas, do procedimento formal, da eficácia administrativa e da isonomia (CARVALHO, 2017, p. 444-446).

José dos Santos Carvalho Filho, na esteira do que prevê o artigo 3º, da Lei n. 8.666/1993, classifica como princípios *básicos* da licitação: (i) princípio da legalidade, que limita a vontade pessoal do administrador, bem como impõe que ele observe as regras que traçou para o procedimento, ou seja, trata-se de uma extensão do devido processo legal; (ii) princípio da

pública e contratos, incluída informação sobre licitações e informação pertinente ou oportuna sobre a adjudicação de contratos, a fim de que os licitadores potenciais disponham de tempo suficiente para preparar e apresentar suas ofertas; b) A formulação prévia das condições de participação, incluídos critérios de seleção e adjudicação e regras de licitação, assim como sua publicação; c) A aplicação de critérios objetivos e predeterminados para a adoção de decisões sobre a contratação pública a fim de facilitar a posterior verificação da aplicação correta das regras ou procedimentos; d) Um mecanismo eficaz de exame interno, incluindo um sistema eficaz de apelação, para garantir recursos e soluções legais no caso de não se respeitarem as regras ou os procedimentos estabelecidos conforme o presente parágrafo; e) Quando proceda, a adoção de medidas para regulamentar as questões relativas ao pessoal encarregado da contratação pública, em particular declarações de interesse relativo de determinadas contratações públicas, procedimentos de pré-seleção e requisitos de capacitação. 2. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, adotará medidas apropriadas para promover a transparência e a obrigação de render contas na gestão da fazenda pública. Essas medidas abarcarão, entre outras coisas: a) Procedimentos para a aprovação do pressuposto nacional; b) A apresentação oportuna de informação sobre gastos e ingressos; c) Um sistema de normas de contabilidade e auditoria, assim como a supervisão correspondente; d) Sistemas eficazes e eficientes de gestão de riscos e controle interno; e e) Quando proceda, a adoção de medidas corretivas em caso de não cumprimento dos requisitos estabelecidos no presente parágrafo. 3. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará as medidas que sejam necessárias nos âmbitos civil e administrativo para preservar a integridade dos livros e registros contábeis, financeiros ou outros documentos relacionados com os gastos e ingressos públicos e para prevenir a falsificação desses documentos.” (BRASIL, 2017k).

moralidade, sendo a manifestação do comportamento ético, mas umbilicalmente ligada à legalidade; (iii) princípio da igualdade, figurando como expressão máxima da igualdade constitucional, alçada como direito fundamental, que não permite oferecimento de vantagens àqueles que estejam na mesma situação jurídica; (iv) princípio da publicidade, o qual impõe a máxima divulgação do procedimento licitatório, uma vez que é princípio republicano, indicativo da *res publica*; (v) princípio da probidade administrativa, que corresponde à honestidade, boa-fé, exigindo que a conduta do administrador esteja ligada ao interesse administrativo; (vi) princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o qual impõe que as regras previamente traçadas sejam seguidas por todos, evitando-se violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa; (vii) princípio do julgamento objetivo, que consiste na adoção dos critérios e fatores previstos no edital, descartando subjetivismos (CARVALHO FILHO, 2015, p. 247-251).

O autor diz que além dos princípios básicos da licitação existem outros que decorrem do art. 3º, denominados por ele de *correlatos*, em virtude da matéria que tratam, sendo encontrados de forma dispersa na lei, sendo eles: (i) princípio da competitividade, o qual liga-se ao princípio da igualdade e estabelece que a Administração Pública não pode criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação;¹¹⁵ (ii) princípio da indistinção, que veda, como regra geral, a criação de preferências ou distinções relativas à naturalidade, sede ou ao domicílio do licitante; (iii) princípio da inalterabilidade do edital, o qual vincula à Administração às regras por ela divulgadas; (iv) princípio do sigilo das propostas, diretamente correlacionado ao princípio da probidade administrativa e da igualdade, dispondo que as propostas devem ser lacradas e abertas apenas em sessão pública previamente marcada; (v) princípio do formalismo procedimental, que estabelece a necessidade de observância, pela Administração Pública, do respeito aos parâmetros legais; (vi) princípio da vedação à oferta de vantagens, pelo que as regras de seleção devem estar adstritas aos critérios fixados no edital; (vii) princípio da obrigatoriedade, que estabelece que a licitação é o procedimento que deve ser estabelecido, como regra geral, para aquisição de bens, serviços, alienações e locações, sendo a contratação direta a exceção (CARVALHO FILHO, 2015, p. 251-255).

4.1.2 Modalidades de licitação

¹¹⁵ Ressalte-se que, como tudo no Direito, a isonomia não é absoluta, devendo-se lembrar acerca das disposições referente ao Estatuto da Microempresa e empresas de pequeno porte, regido pela Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006.

Ainda, no que tange às licitações, importante consignar que a LGL, no seu artigo 22, estabelece uma série de modalidades de licitação, sendo elas a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o leilão e o pregão, este disciplinado pela Lei n. 10.520/2002.

Marçal Justen Filho ensina que as modalidades de licitação se diferenciam entre si por variações na complexidade, mas que o critério de seleção é econômico (JUSTEN FILHO, 2016). Ou seja, quanto maior o valor a ser despendido pela Administração Pública, mais rigoroso e seguro deve ser o procedimento a ser utilizado.¹¹⁶ Acerca dos procedimentos, Lucas Rocha Furtado ensina:

Desse modo, podemos estabelecer o esquema para indicar a modalidade a ser utilizada: 1. Se o objeto da contratação for bem ou serviço comum, deve ser utilizado o pregão, independentemente do valor do contrato; 2. Se o poder público objetiva escolher trabalho técnico, artístico ou científico mediante o pagamento de prêmio, a modalidade indicada é o concurso; 3. Para a alienação de bens móveis (de até R\$650.000,00) ou de imóveis (nos termos da Lei nº 8.666/93, art. 19, III), a modalidade a ser adotada é o leilão; 4. Nas demais hipóteses, o administrador deve decidir entre a concorrência, a tomada de preços e o convite, utilizando-se o valor do contrato como parâmetro para a escolha entre uma dessas três modalidades. (FURTADO, 2013, p. 375).

Matheus Carvalho ratifica que quanto mais simples a modalidade, mais restrita a competição e menor o valor das contratações que podem ser feitas por ela, assinalando que *quem pode o mais, pode o menos*, de forma que a modalidade mais simples pode ser substituída pela mais rigorosa, mas o contrário não é verdadeiro (CARVALHO, 2017, p. 454-455).

Há que sopesar que algumas contratações devem ser realizadas de maneira ágil, motivo pelo qual os procedimentos se diferenciam.

Infelizmente, muitos administradores tentam burlar a modalidade licitatória cabida mediante o *fracionamento de licitação*,¹¹⁷ expediente por meio do qual se divide um objeto em várias parcelas, obviamente de menor valor, no intuito de licitar segundo modalidade menos rigorosa.

A respeito de tal temática, Matheus Carvalho salienta que a contratação, sempre que possível, deve ser feita por inteiro, e não por parcelas, porém, em algumas situações, inclusive

¹¹⁶ “Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: I - para obras e serviços de engenharia: a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior: a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).” (BRASIL, 2017c).

¹¹⁷ Referido expediente, como se verá, pode constituir crime de fraude às licitações, previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

orçamentárias, a Administração opta por várias licitações, o que é admitido, desde que se utilize da modalidade mais rigorosa (CARVALHO, 2017, p. 455).

4.1.3 Contratação direta

A licitação é a regra geral para a contratação pelo Estado de bens e serviços, uma vez que se presume que ela representará a melhor aquisição, além de conceder a todos aqueles que satisfaçam as condições a oportunidade de participar do certame.

No entanto, há hipóteses em que a licitação não é possível ou não seria adequada para a realização do interesse público, deixando de ser a mais vantajosa para o Estado, ocasião na qual as aquisições não são realizadas por licitação, conforme previsão expressa da Constituição.¹¹⁸

Marçal Justen Filho assevera que há duas modalidades de contratação direta: a dispensa de licitação, prevista nos artigos 17 e 24, e a inexigibilidade, prevista no artigo 25, todos da LGL, as quais, contudo, não tratam de ampla e irrestrita discricionariedade ao administrador (JUSTEN FILHO, 2016).

Já Lucas Rocha Furtado (FURTADO, 2013, p. 338), embora subvida as hipóteses excepcionais do dever de licitar em *licitação dispensada* (artigo 17, I e II), *licitação dispensável* (artigo 24) e *licitação inexigível* (artigo 25), afirma que tal subdivisão se dá apenas para fins didáticos, já que haveria, de fato, duas espécies, a dispensa de licitação, na qual existe a possibilidade de competição, de modo que seria possível a licitação, e a inexigibilidade, na qual a licitação não seria possível.

Lucas Rocha Furtado ensina que as hipóteses de licitação dispensada, tal como previsto no artigo 17, da Lei n. 8.666/93,¹¹⁹ estão relacionadas à alienação de bens, prevista em rol *numerus clausulus*, condicionada à existência do interesse público e precedida de prévia avaliação (FURTADO, 2015, p. 340).

¹¹⁸ “Art. 37. [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (BRASIL, 2017a).

¹¹⁹ “Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: [...] II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos: [...]”. (BRASIL, 2017c).

As licitações dispensáveis, previstas no artigo 24 da Lei n. 8.666/1993, segundo Lucas Rocha Furtado, estão dispostas em rol *numerus clausulus* e foram divididas em quatro categorias, sendo elas: (i) em razão do valor; (ii) em situações excepcionais; (iii) pelo objeto; e (iv) em razão da pessoa (FURTADO, 2013, p. 341-342).

Por fim, no que tange à inexigibilidade, Lucas Rocha Furtado (2013, p. 363-364) ensina que ela se fundamenta na inviabilidade de competição e está disposta em rol exemplificativo, conforme norma do artigo 25, da Lei n. 8.666/93.¹²⁰

Aluizio Bezerra Filho ensina que a dispensa de licitação gera uma presunção de lesividade, a qual só pode ser refutada se demonstrado, formalmente, que houve vantajosidade para a Administração Pública, de forma que haverá presença do dolo dos atos manejados em contrariedade à lei (FILHO, 2017, p. 315-317).

O autor prossegue para dizer que a suspeita de lesividade sobressai quando não há comprovação da idoneidade fiscal e financeira e da reputação de excelência da empresa escolhida (FILHO, 2017, p. 318).

4.2 As fraudes às licitações na Lei Anticorrupção e os crimes da Lei Geral de Licitações

Havendo constatação de fraude à licitação, importará, para responsabilização prevista na LAC, a demonstração e comprovação das circunstâncias caracterizadoras do ilícito, independentemente de dolo ou culpa (havendo previsão expressa no tipo), elementos esses necessários para configuração da responsabilização criminal.

Ocorre que tal situação poderá gerar injustiças para as pessoas jurídicas eventualmente responsabilizadas, já que a responsabilidade objetiva da LAC não irá perquirir o elemento subjetivo do colaborador desta pessoa jurídica que hipoteticamente fraudar a licitação. Não se indagará se o ato por ela cometido foi visando seu benefício pessoal, a mando da alta direção, ou mesmo se eventualmente absolvido em processo criminal de fraude à licitação, poderá ter praticado conduta que culminará na sanção da pessoa jurídica.

¹²⁰ “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - para contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.” (BRASIL, 2017c).

Rui Stoco, a respeito dessa circunstância, afirma que há atualmente um entrelaçamento de leis e uma forte incindível interação entre as esferas penal, civil e administrativa que, não obstante sua relativa independência, tem provocado uma unificação do Direito Público para atender a realidade do combate à corrupção (STOCO, 2017).

É na análise dos atos lesivos que se buscará harmonizar esta multiplicidade de responsabilização do particular praticante de fraude à licitação. Ademais, como referido no item 3 deste trabalho, o uso irrestrito e severo do Direito Administrativo Sancionador em conjunto (ou como reforço ao Direito Penal) deve ser cauteloso.

4.2.1 Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público

a) Responsabilização administrativa na LAC

O artigo 5º, inciso IV, alínea “a”, da LAC, traz o primeiro ato lesivo em matéria de licitações e contratos, *in verbis*

Art. 5º. [...] IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; (BRASIL, 2017b).

Fabrcio Motta e Spiridon Nicofotis Anyfantis dizem que frustrar distingue-se de fraudar em razão de maior culpabilidade existente neste último ato. Frustrar consubstanciaria em condutas que buscam impedir, prejudicar ou atrapalhar a prática de determinado ato, ao passo que fraudar é a utilização do artifício ou ardil para desvirtuar a ordem jurídica (MOTTA; ANYFANTIS, 2017, p. 102).

Mateus Bertoncini ensina que a competitividade está relacionada ao tratamento isonômico entre os licitantes, *conditio sine qua non* para realização da licitação. O tratamento diferenciado e vantajoso a algum dos licitantes esvazia de utilidade o processo licitatório. O mesmo ocorre com a ilegal dispensa ou inexigibilidade (SANTOS *et al*; 2015, p. 179). O autor prossegue para dizer que não se exige, para configuração do ato lesivo, demonstração do prejuízo material ou do enriquecimento de qualquer dos fraudadores, respondendo a pessoa jurídica se for demonstrado no processo a frustração do caráter competitivo da licitação, em função de ajuste, combinação ou qualquer outro expediente nesse sentido (SANTOS *et al*; 2015, p. 178).

Fabrício Motta e Spiridon Nicofotis Anyfantis citam um estudo realizado pela OCDE através do qual constatou-se que as estratégias de conluio mais comumente utilizadas para fraudar licitações são: (i) propostas fictícias ou de coberturas, nas hipóteses em que os concorrentes apresentam propostas mais elevadas do que a do candidato escolhido ou proposta com condições inaceitáveis para o comprador; (ii) supressão de propostas, com a abstenção de empresas em concorrer ou retirar propostas previamente apresentadas; (iii) propostas rotativas, nas quais as empresas combinam qual proposta será a vencedora; (iv) divisão do mercado, situação em que empresas concordam em não concorrer para determinados clientes ou em determinado espaço geográfico (MOTTA; ANYFANTIS, 2017, p. 103).

Esse ato lesivo, se não interpretado de forma correta e coerente, pode dar azo a iniquidades, servindo de fundamento para buscar a responsabilização administrativa da pessoa jurídica baseando-se em qualquer ato que possa ter ocorrido na licitação, em qualquer de suas fases (interna e externa). A expressão *qualquer outro expediente* é conceito jurídico indeterminado¹²¹ e pode abrir margem para arbitrariedades, em razão de violar o princípio da legalidade e tipicidade.

Desta feita, conclui-se que a infração administrativa prevista no artigo 5º, inciso IV, alínea “a”, da LAC, restará configurada sempre que houver fraude que vise frustrar o caráter competitivo da licitação, fato este grave e que merece ser punido.

Contudo, há que se ter cautela para não entender que todo ato praticado pelo particular se enquadre no elemento objetivo *qualquer outro expediente* e caracterize ato lesivo situações comuns praticadas no âmbito da licitação, tendo em vista a competitividade que é inerente a este processo.

b) Responsabilização criminal na LGL

A infração administrativa do artigo 5º, inciso IV, alínea “a” se aproxima do crime tipificado no art. 90, da Lei de Licitações, assim disposto:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:
Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (BRASIL 2017c)

¹²¹ Rafael Munhoz de Mello entende ser possível a utilização de conceitos jurídicos indeterminados nas infrações administrativas (MELLO, 2007, p. 141).

Luiz Regis Prado pontifica que este tipo penal visa tutelar o regular funcionamento da Administração Pública, especialmente a lisura e credibilidade das licitações. O crime pode ser cometido por concorrente ou concorrentes, bem como por servidor público, caso este não pratique crime mais grave, tal como a corrupção passiva (PRADO, 2016).

Rui Stoco diz que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa,¹²² porque o conluio pode ser entre particular e agente público como também apenas entre particulares, quando o objetivo for afastar o caráter competitivo da licitação (STOCO, 2017).

Aluizio Bezerra Filho ensina que são núcleos da conduta fraudar (enganar, burlar) e frustrar a legalidade de uma licitação (fraudar ou burlar as regras de um processo que visa obter as melhores condições de preço e qualidade para aquisição de bens e serviços) e ocorre quando o agente público introduz cláusulas no ato convocatório do edital, direcionando-o para favorecer determinado licitante ou mediante acordo que abale a natureza competitiva do procedimento licitatório (FILHO, 2017, p. 330).

O autor afirma que qualquer ato que importe quebra do princípio da igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, da proibição administrativa, da vinculação ao edital, do julgamento e dos atos que lhe são correlatos caracteriza esse fato típico (FILHO, 2017, p. 331).

Vicente Greco Filho observa que o crime definido no art. 90 é de dano, ou seja, há necessidade de que o caráter competitivo da licitação seja fraudado ou frustrado, o que não se confunde com o prejuízo econômico da Administração Pública, que é irrelevante para a configuração do ato lesivo da LAC (GRECO FILHO, 2015, p. 155).

A conduta criminosa exige o *ajuste* ou *combinação*, ou seja, há aqui a presença de duas pessoas, um concorrente e um administrador, ou dois concorrentes, mas quando a lei se refere

¹²² PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. TRANCAMENTO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta eg. Corte, há muito já se firmaram no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. (Precedentes). II - Com efeito, extrai-se do excerto da incoativa que o paciente, não obstante ocupasse a posição de Procurador-Geral do Município de Lages/SC, teria participado de concertação voltada para fraudar o caráter competitivo de procedimento licitatório, visando ao favorecimento de empresa específica, o que se evidencia, inclusive, por interceptação telefônica, de modo que inviável falar-se em ausência de justa causa para a tramitação da ação penal (Precedentes). III - Consolidou-se em doutrina o raciocínio de que a conduta descrita no art. 90, da Lei n. 8.666/93 retrata crime comum e admite concurso de agentes. Assim, a mera alegação de que é função do prefeito expedir decretos, portarias e outros atos administrativos não exclui a eventual participação de outrem na prática de crimes em concurso de pessoas, mormente quando os atos de ofício são praticados no intuito de violar o interesse público e a moralidade administrativa. (Doutrina e Jurisprudência). Ordem denegada. (HC 348.084/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 21/02/2017)

a *outro expediente* há possibilidade de o ato ser unilateral. O crime é consumado com a realização do procedimento licitatório fraudado ou frustrado em seu caráter competitivo, sendo perfeitamente possível a tentativa (GRECO FILHO, 2015, p. 156).

Rui Stoco diz que se trata de crime formal, porquanto a consumação do delito independe de homologação do procedimento licitatório (STOCO, 2017).

Aluizio Bezerra Filho ensina que a consumação ocorre com o desvirtuamento do processo de competição para aperfeiçoamento deste tipo penal, sendo dispensável o auferimento de vantagem decorrente da adjudicação do contrato objeto da licitação, que será tão-somente o exaurimento do crime (FILHO, 2017, p. 333-334).

A tipicidade subjetiva é representada pelo dolo, na vontade livre e consciente de realizar os elementos objetivos do tipo. Luiz Regis Prado ensina que se trata de um *especial fim de agir*,¹²³ diverso do dolo, essencial para a conformação típica da referida conduta, sendo que a vantagem decorreria da *adjudicação do objeto da licitação*, que é o ato de confirmação do vencimento da proposta de determinando concorrente. Para o autor, “O delito se consuma com a efetiva frustração ou fraude ao caráter competitivo da licitação, ainda que não se verifique a obtenção de vantagem decorrente da adjudicação”. (PRADO, 2016).

Por ser um crime plurissubjetivo, de concurso necessário, Rui Stoco lembra que deve haver a punição de todos, a qual é condição elementar do tipo. O autor também destaca que não pode haver a punição culposa por esse delito (STOCO, 2017).

Verifica-se, assim, que o mesmo fato poderá representar ato lesivo da LAC e não configurar o crime da LGL, porquanto, o crime exige dano e dolo para sua configuração, ao passo que o ato lesivo poderá ser configurado independentemente do elemento subjetivo ou de um resultado de dano, já que a mera ofensa ao caráter competitivo é considerado ato ilícito.

4.2.2 Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público

¹²³ V.V.P. EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - FRAUDE À LICITAÇÃO - REQUERIMENTOS PRELIMINARES - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - CRIME COMUM - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL MANTIDA - CERCEAMENTO DE DEFESA - PERÍCIA GRAFOTÉCNICA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE DOLO - ABSOLVIÇÃO DECRETADA. A conduta para ser penalmente ilícita, depende da demonstração do dolo específico, que consiste na vontade consciente de frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do certame, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Se a prova colhida não induz à necessária certeza de ter ocorrido o crime descrito no art. 90 da Lei n. 8.666/93 a solução deve ser a absolvição. (MINAS GERAIS, 2013).

a) Responsabilização administrativa na LAC

O segundo ato lesivo previsto na Lei Anticorrupção é “[...] impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público” (BRASIL, 2017b).

Mateus Bertoncini (SANTOS *et al*, 2015, p. 180-181) ensina que impedir, perturbar ou fraudar os atos do processo licitatório significa coarctar a própria licitação, não permitindo que a Administração Pública alcance o objeto licitado. A não realização de quaisquer atos procedimentais da licitação, em razão da intervenção ilegal da pessoa jurídica, seja ela licitante ou não, importará na prática do ato ilícito em questão.

Com relação à infração administrativa, Mateus Bertoncini diz que são necessários os seguintes requisitos para a configuração do ilícito:

- 1.º que a pessoa jurídica, comprovadamente, se utilize de interposta pessoa física ou jurídica;
- 2.º que essa utilização de “laranjas” tenha o propósito de ocultar ou dissimular os interesses ou benefícios advindos da prática dos atos lesivos previstos nos incs. I, II, IV e V do art. 5.º da Lei 12.846/2013;
- 3.º o nexo de causalidade entre a utilização de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos lesivos dos incs. I, II, IV e V do art. 5.º da Lei 12.846/2013. (SANTOS *et al*, 2015, p. 182).

Fabrcio Motta e Spiridon Nicofotis Anyfantis criticam a abertura e expansividade da infração administrativa, e que os verbos *impedir*, *pertubar* e *fraudar* demonstram a importância da presença do elemento subjetivo – dolo – na realização da infração, ainda que a lei preveja responsabilidade objetiva (MOTTA; ANYFANTIS, 2017, p. 103).

Ocorre que, a teor do que se verifica do regime sancionatório da LAC, o elemento subjetivo é indiferente para a configuração da sanção administrativa. Dessa feita, atos praticados pelos particulares que, de alguma forma, perturbem, impeçam ou fraudem a realização do ato licitatório serão tidos por ilícitos.

Ressalva-se, porém, que atos jurídicos praticados dentro da licitação, tais como pedido de esclarecimentos, impugnações, recursos administrativos e impetração de mandados de segurança não poderão ser considerados ilícitos, já que ninguém poderá ser responsabilizado pelo exercício regular de direito.

b) Responsabilização criminal na LGL

Esta conduta lesiva acima transcrita guarda correspondência com o crime previsto no art. 93, da LGL, assim disposto:

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (BRASIL, 2017c).

Rui Stoco ensina que se trata de crime comum, porque pode ser cometido por qualquer pessoa. Será cometido por servidor público se a conduta não se enquadrar no artigo 94, da LGL¹²⁴ (STOCO, 2017).

Vicente Greco Filho lembra o que o art. 93, da LGL derogou o art. 335, do Código Penal,¹²⁵ por ser mais abrangente e se aplicar às licitações realizadas por quaisquer órgãos do Poder Executivo, Judiciário e Legislativo, estendendo-se aos Tribunais de Contas (GRECO FILHO, 2015, p. 157).

Este tipo visa preservar a indispensável competição da licitação, que se inicia desde a abertura do procedimento até a adjudicação, de forma que poderá ser caracterizado quando são rasgadas cópias do processo ou dele se apossar para impedir o regular funcionamento da Comissão de Licitação (FILHO, 2017, p. 339).

O crime em questão pode ser praticado através de três condutas ou ações físicas distintas (*impedir, perturbar* ou *fraudar* a realização do procedimento licitatório), motivo pelo qual pode ser considerado crime plurissubsistente e unissubjetivo, porque praticado por uma só pessoa (STOCO, 2017).

Tanto a LAC quanto a LGL contêm implícito o elemento normativo *sem justa causa* ou *indevidamente* quanto ao *impedir* e o *perturbar*, porque há situações em que o impedimento e a perturbação só não são legítimos, mas necessários (como o manejo de mandado de segurança) (GRECO FILHO, 2015, p. 157).

Luiz Regis Prado critica a expressão “qualquer ato de procedimento licitatório”, porque é por demais amplo e genérico, devendo-se interpretá-la restritivamente, ou seja, a partir do início do procedimento licitatório (artigo 38, da LGL), incluídos os atos de assinatura e formalização do contrato administrativo com o adjudicatário (PRADO, 2016). Para Rui Stoco,

¹²⁴ “Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa”. (BRASIL, 2017c).

¹²⁵ “Art. 335 - Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem se abstém de concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida”. (BRASIL, 2017d).

estar-se-à diante de crime material, que exige resultado, ou que o ato realmente se realize, mas com o defeito que interessa ao agente ativo (STOCO, 2017).

No que se refere ao elemento subjetivo do crime, Luiz Regis Prado ensina exigir-se o dolo, composto pela consciência de e vontade de realizar os tipos objetivos do tipo penal. (PRADO, 2016). Ainda, com relação ao delito ele ensina:

O delito se *consuma*, quanto ao núcleo verbal *impedir*, com a efetiva frustração do ato do procedimento licitatório (crime de *resultado*). Na modalidade *perturbar*, não é necessário que o ato efetivamente deixe de ser realizado (crime de mera conduta), consumando-se com qualquer conduta destinada e hábil a atrapalhar o referido ato. Por fim, a espécie *fraudulenta* é aperfeiçoada com a realização do ato do procedimento licitatório fraudado (não há impedimento, mas concretização do ato viciado). Portanto, tem-se delito de resultado na primeira e última modalidade de conduta, e delito de mera conduta, na segunda. Se a conduta recai sobre qualquer ato anterior ao início do processo licitatório, constitui mero ato preparatório impunível. (PRADO, 2016. Grifos do autor.).

A conduta do particular, nesse espeque, só será tida como ilícito penal se o ato do particular de *impedir* efetivamente frustrar o procedimento licitatório. Porém, na modalidade *perturbar*, o regime de responsabilização assemelha-se com o da LAC, porque não se exige resultado, tratando-se de crime de mera conduta. Por fim, na modalidade *frustrar* há que se ter a comprovação da fraude, sob pena de atipicidade.

4.2.3 Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo

a) Responsabilização administrativa na LAC

O terceiro ato lesivo consistente em condutas de fraudes às licitações previsto na LAC é o de “afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.” (BRASIL, 2017b).

Mateus Bertoncini ensina que este ato lesivo se aproxima do da alínea anterior, mas se distingue porque aqui a intervenção é destinada a excluir concorrente e eliminar participantes com a finalidade de reduzir a concorrência (SANTOS *et al*, 2015, p. 182).

A licitação, como é sabido, é um processo no qual aquele que oferece a melhor proposta vence. A melhor proposta é aquela que será também mais econômica para o Estado. Sem licitantes não há concorrência, não há propostas e não há *melhor* contratação. Se um licitante,

por meio de condutas corruptas (*fraude* ou *oferecimento de vantagens*) afastar ou pretender afastar licitantes, praticará o ilícito previsto nesta alínea.

Jefferson Aparecido Dias e Pedro Antonio de Oliveira Machado (DIAS; MACHADO, 2016, p. 94) sugerem cautela ao aplicador da LAC, pois pela literalidade da norma qualquer ato tendente a impedir a participação do concorrente pode configurar ato lesivo, já que aqui não se exige demonstração de dolo ou culpa (tal como no Direito Penal).

b) Responsabilização criminal na LGL

Essa norma guarda semelhança com o tipo penal previsto no artigo 95, da LGL, assim transcrito:

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:
Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida. (BRASIL, 2017c).

A infração administrativa se aproxima do tipo penal acima mencionado, porém aquela não exige para sua configuração o emprego de violência ou grave ameaça, sendo suficiente o emprego de fraude ou oferecimento de qualquer vantagem (GRECO FILHO, 2015, p. 159).

Jefferson Aparecido Dias e Pedro Antonio de Oliveira Machado ensinam que o tipo penal em comento pode ser praticado apenas de forma dolosa, além de prever que pode ser praticado através de violência, bem como dispõe a incriminação da pessoa física que, em razão da vantagem recebida, deixa de participar do processo licitatório, o que é justificável, já que objetiva-se proteger a lisura das contratações públicas (DIAS; MACHADO, 2016, p. 94).

O sujeito ativo é aquele que afasta ou procura afastar o licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem, podendo ser tanto funcionário público quanto um particular. Ressalta-se que esse tipo penal se configura quando o ato for unilateral, porque se houver ajuste incidirá o artigo 90, da LGL, que pressupõe ajuste, combinação ou conluio (GRECO FILHO, 2015, p. 160).

Luiz Regis Prado ensina que a consumação do delito ocorre com o efetivo afastamento do licitante ou com a mera *tentativa* de afastá-lo, sendo necessário um ato capaz de exteriorizar o emprego da violência, grave ameaça ou oferecimento de vantagem (ainda que esta última não seja aceita ou recebida) (PRADO, 2016).

As formas pelas quais o delito pode ser praticado são por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem, contra a pessoa, e não contra a coisa (STOCO, 2017).

Rui Stoco destaca que o tipo equiparou a tentativa à consumação, porque o crime existe quando há o afastamento bem como aquele que procura afastar (STOCO, 2017).

A pena (detenção de 2 a 4 anos) pode ser cumulada com a pena relativa à violência, pois “o legislador afasta a aplicabilidade do princípio da consunção e impõe a regra do concurso material (cúmulo material ou soma das penas), prevista no art. 69 do CP.” (PRADO, 2016).

4.2.4 Fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente

a) Responsabilização administrativa na LAC

O quarto ato lesivo previsto na LAC consiste em “fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente” (BRASIL, 2017b).

Mateus Bertoncini adverte que é preciso realizar uma interpretação bastante criteriosa deste ilícito, porque ele é o de maior abrangência, o de maior grau de generalidade entre todos os dispostos na LAC (SANTOS et al; 2015, p. 184). O autor explica que terá lugar a alínea “d” como fundamento de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica quando não incidente qualquer tipo especial de ato lesivo com previsão nas alíneas do inc. IV da Lei em estudo (SANTOS *et al*; 2015, p. 185).

Vicente Greco Filho diz que a norma é genérica e abrangente, e que objetiva atingir situações que não comportaria discricção típica. Ele afirma que essa generalidade é admissível, porque trata-se de sanção administrativa, embora haja necessidade de haver fraude, ou seja, alguma conduta ilegal destinada a burlar a licitação (GRECO FILHO, 2015, p. 160-161).

Fabrizio Motta e Spiridon Nicofotis Anyfantis ressaltam a amplitude da norma em questão e afirmam que ela se trata de uma *regra de reserva*, de modo a ser utilizada quando não for possível enquadrar em situações anteriores (MOTTA; ANYFANTIS, 2017, p. 104).

Mateus Bertoncini supre a ausência de delimitação da norma buscando os conceitos de superfaturamento (elevação arbitrária dos preços, superior ou muito superior ao valor de mercado) e subfaturamento (preço inferior ou muito inferior na alienação, permuta ou locação de bem público), os quais estariam previstos no artigo 96, da LGL e no artigo 9º, incisos II e

III, da Lei de Improbidade.¹²⁶ O autor, ainda, enquadra nesse ato lesivo a dispensa indevida de licitação (artigo 89, da LGL) e a fraude ao contrato administrativo (artigo 96, incisos II a V, da LGL) (SANTOS *et al*, 2015, p. 185).

Como já se afirmou acima, seria salutar a correta e completa especificação do ilícito, isso porque o princípio da legalidade e da tipicidade, que norteiam o Direito Penal, devem também ser observados quando se caminha pelos campos do Direito Administrativo Sancionador. José Roberto Pimenta Oliveira citado por Francisco Zardo diz que “o princípio da tipicidade, o qual embora literalmente atrelado à esfera criminal, tem sua força normativa extensível a toda forma de *jus puniendi*, inclusive ao sancionamento administrativo” (OLIVEIRA *apud* ZARDO, 2014, p. 74). Francisco Zardo destaca que o princípio da tipicidade decorreria do princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II e artigo 37, *caput*, ambos da Constituição.

Todavia, o Direito Administrativo Sancionador se contenta com a reserva relativa de lei, de forma que esta norma poderá ser utilizada para punir toda fraude de licitação ou contrato.

Espera-se, porém, que quando da abertura do devido processo sancionatório, ofereça-se ao particular todo o devido processo legal possível, com a clara e delimitada descrição do fato ilícito, sob pena de ofensa aos princípios do devido processo legal e ampla defesa.

b) Responsabilização criminal na LGL

Juliano Heinen ensina que o ato lesivo previsto no artigo 5º, inciso IV, alínea “d”, da LAC, se assemelha ao tipo penal previsto no artigo 96, da LGL, com a diferença de que na LAC a fraude pode ser cometida de qualquer maneira, e na LGL a norma exemplifica condutas específicas (HEINEN, 2015, p. 136).

Veja-se o tipo penal do artigo 96:

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

¹²⁶ “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; [...] III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado.” (BRASIL, 2017e).

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;
V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:
Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (BRASIL, 2017b).

O sujeito ativo do tipo em questão é o particular licitante, porque é o único que pode elevar preços, vender mercadoria falsificada, entregar uma mercadoria por outra, etc. Contudo, não se exclui a possibilidade de concurso de agente, em que o coautor pode ser o servidor público (STOCO, 2017).

Luis Regis Prado destaca que as condutas tipificadas objetivam tutelar o erário, porque implicam em considerável prejuízo aos cofres públicos (PRADO, 2016).

O núcleo do tipo penal é *fraudar* e consubstancia uma conduta que pode ser realizada de várias formas, delimitadas nos incisos I a V, estando relacionadas ao engano, ardil ou engodo (PRADO, 2016).

As fraudes deste tipo penal são por meio do superfaturamento (inciso I), venda de mercadoria deteriorada como se fosse verdadeira ou perfeita (inciso II), venda de mercadoria diversa da adquirida com prejuízo à Fazenda Pública (inciso III), alteração de substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida (inciso IV) ou por qualquer fraude que torne a licitação mais onerosa (inciso V).

O tipo penal que exige o dolo e a consumação ocorre com o prejuízo causado à Fazenda Pública, com a redução patrimonial, efetivando-se com o pagamento da fatura pertinente ao bem ou serviço. Até esse momento o delito existe apenas na forma tentada (PRADO, 2016). Poderá haver a forma tentada, especialmente porque no caso o *iter criminis* pode ser fracionado.

Para Rui Stoco o dolo natural com o fito de levar alguma vantagem por meio da fraude é suficiente para configurar o crime (STOCO, 2017). Frise-se que o Supremo Tribunal Federal julgou atípica a conduta daquele que fraudou licitação ou contrato cujo objeto era a contratação de obras e serviços, com base no princípio da taxatividade.¹²⁷

Por fim, é de bom alvitre lembrar que o ressarcimento do prejuízo após consumação do crime não tem o poder de extinguir a punibilidade, o que ocorre apenas quando há expressa previsão legal (à exemplo do artigo 312, parágrafo 3º, do CP).¹²⁸ Tal circunstância poderá ser utilizada para diminuir pena (STOCO, 2017)

¹²⁷ “Em razão do princípio da taxatividade (art. 5º, XXXIX, da CR), a conduta de quem, em tese, frauda licitação ou contrato dela decorrente, cujo objeto é a contratação de obras e serviços, não se enquadra no art. 96, I, da Lei 8.666/93, pois esse tipo penal contempla apenas licitação ou contrato que tem por objeto aquisição ou venda de bens e mercadorias”. (BRASIL, 2016).

¹²⁸ “Art. 312. [...] § 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.” (BRASIL, 2017c).

4.2.5 Criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo

a) Responsabilização administrativa na LAC

A LAC também estabelece como ato lesivo a conduta daquele que “criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo” (BRASIL, 2017b).

Mateus Bertoncini, acerca deste ato lesivo, lembra que a que lei pretende coibir o uso de pessoas jurídicas com interesses escusos nas licitações. Esses casos geralmente ocorrem quando uma pessoa jurídica cria outra pessoa jurídica para participar de licitação na modalidade convite, o que, a princípio, parece um resultado legal, é na verdade uma simulação, com nítido comprometimento da competitividade. O ato lesivo estará configurado independentemente de celebração da avença, já que a simples criação para *participação* já configura o ilícito (SANTOS *et al*, 2015, p. 188-189).

A criação da pessoa jurídica pode se dar para vários fins, inclusive para participação em dispensa ou inexigibilidade de licitação, ilícito este previsto na LGL como crime.¹²⁹

Márcio de Aguiar Ribeiro lembra que os órgãos de controle, não raro, identificam a existência de empresas de fachada. O ilícito é descortinado quando se constata inexistir sede administrativa, sede incompatível com a atividade realizada, constituição de quadro societário com laranjas ou sócios de outras empresas concorrentes, entre outros (RIBEIRO, 2017, p. 170).

Mateus Bertoncini recomenda que caso apurado esse ato ilícito, seja aplicada a pessoa jurídica “criadora” e a “criada” a pena de dissolução compulsória, prevista no artigo 19, §1º, da LAC (SANTOS *et al*, 2015, p. 190).

Esse ilícito pode ser evitado se houver, por parte da Administração Pública, cautela e atenção na fase de habilitação dos licitantes, analisando, com rigor, cada uma das pessoas jurídicas competidoras (SANTOS *et al*, 2015, p. 190).

¹²⁹ “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público”. (BRASIL, 2017c).

Por fim, destaca-se que o ato lesivo previsto no artigo 5º, inciso III, da LAC¹³⁰ aproxima-se deste, que, porém, é específico porque se verifica exclusivamente na matéria atinente a licitações e contratos.

b) Responsabilização criminal na LGL

Mateus Bertoncini destaca que o ato lesivo em comento não possui previsão assemelhada no Código Penal ou na LGL, o que demanda atuação do legislador para tipificar a referida conduta como crime (SANTOS *et al*, 2015, p. 190).

Jefferson Aparecido Dias e Pedro Antonio de Oliveira Machado destacam que há muitos casos julgados envolvendo empresas de fachada, e que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 96.324/SP, decidiu que nos crimes tributários não é preciso esgotar as vias administrativas para apuração criminal da fraude, não se aplicando a Súmula Vinculante n. 24 (DIAS; MACHADO, 2016, p. 96).¹³¹

4.2.6. Obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

a) Responsabilização administrativa na LAC

O penúltimo ato lesivo da LAC atinente às licitações e contratos é o de “obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais”. (BRASIL, 2017b).

Inicialmente, Márcio Aguiar Ribeiro destaca a importância do prazo de vigência contratual nas contratações públicas, que possuem vigência limitada por estarem adstritos aos

¹³⁰ “Art. 5º. [...]III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.” (BRASIL, 2017b).

¹³¹ Esta é a redação da Súmula Vinculante n. 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

créditos orçamentários disponíveis (princípio da anualidade). Em casos excepcionais, contudo, a legislação admite que o contrato ultrapasse o prazo inicialmente previsto¹³² (RIBEIRO, 2017, p. 170).

Mateus Bertoncini leciona que todo benefício ou vantagem advindo da contratação celebrada com a Administração Pública deve estar prevista na lei, no edital de licitação ou em cláusula de contrato, do contrário, tais vantagens ou benefícios serão indevidos, respondendo a pessoa jurídica objetivamente pelo ato lesivo (SANTOS *et al*, 2015, p. 191).

As ponderações são válidas e pertinentes. A licitação é guiada por inúmeros princípios, entre eles o da vinculação do instrumento convocatório, através do qual a Administração Pública expõe a sua necessidade, facultando aos interessados participarem do certame. Não pode a Administração Pública, depois de publicado o edital, modificar as regras do jogo, concedendo valores, condições ou prazos diferenciados ao contratado, pois estará maculando, também, a isonomia.

Por se constituir em exceção, as prorrogações devem estar justificadas em processo administrativo, serem previamente autorizadas pela autoridade competente, bem como estar autorizada em edital e contrato, representar vantajosidade e estar nas mesmas condições de habilitação pelo contratado e preço compatível com o mercado fornecedor do objeto (RIBEIRO, 2017, p. 171).

¹³² “Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório; II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; III - (Vetado). IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato. V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração. § 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo: § 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo: I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração; II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato; III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração; IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei; V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência; VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis. § 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato. § 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado. § 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses”. (BRASIL, 2017c).

Os contratos também podem ser objeto de alteração, nos casos previstos em lei, desde que haja interesse da administração e satisfação do interesse público.¹³³

Diante desse contexto, percebe-se o quão difícil é a matéria que trata sobre prorrogação e modificação dos contratos, de forma que se entende que nem sempre a prorrogação / modificação realizada em descompasso com o contrato representará ato lesivo. Isso porque, muitas vezes, o interesse público poderá reclamar soluções não previstas no contrato, desde que realizadas, obviamente, sem oferecimento / recebimento de vantagem indevida.

Marcelo Aguiar Ribeiro entende que o ato lesivo só estará configurado se houver demonstração da efetiva obtenção de vantagem ou benefício indevido a revelar a natureza dessa infração administrativa. Entretanto, havendo fraude nas prorrogações / modificações, deve-se considerar a existência de proveito ilícito, ainda que não haja superfaturamento do objeto do contrato (RIBEIRO, 2017, p. 171).

¹³³ “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; II - por acordo das partes: a) quando conveniente a substituição da garantia de execução; b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. § 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: I - (VETADO); II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. § 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo. § 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados. § 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso. § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial. § 7º (VETADO); § 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.” (BRASIL, 2017c).

b) Responsabilização criminal na LGL

Mateus Bertoncini afirma que a responsabilização criminal dos dirigentes, administradores, empregados ou prepostos, bem como do funcionário público com relação ao ato lesivo em questão está prevista no tipo penal do artigo 92, da LGL:

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais. (BRASIL, 2017c).

O tipo penal tutela a lisura das contratações públicas, em especial, o princípio do instrumento convocatório, o qual vincula todos os potenciais concorrentes e o contratado às disposições previamente estabelecidas

O sujeito ativo pode ser tanto o agente público quanto o contratado, em razão da expressa previsão do seu parágrafo único. Rui Stoco ensina que se trata de crime próprio, sendo o agente público que admite, possibilita ou dá causa a modificação ou proporciona vantagem indevida ao adjudicatário. Contudo, o sujeito ativo poderá ser, também, o contratado que tenha concorrido para a ocorrência da ilegalidade e dela obtém vantagem. Mas o autor ressalta que este contratado deve ter obtido vantagem indevida e injustamente tenha se beneficiado (STOCO, 2017).

Antes de tratar das condutas, trazem-se à baila lições de César Roberto Bitencourt:

Perdoem-nos, prezados leitores, mas o texto deste artigo é, seguramente, um dos piores que já tivemos oportunidade de examinar (e olha que não foram poucos), mas a falta de técnica, de clareza expositiva, de construção vernacular dificulta sobremodo a compreensão e, por extensão, a interpretação jurídica de seu significado. Por mais que tenhamos nos esforçado, enfrentamos grande dificuldade para ordenar o pensamento, para tentar compreender a linguagem confusa, obscura e desconexa utilizada nesta construção tipológica. (BITENCOURT, 2012, p. 230).

Destarte, Luiz Regis Prado ensina que são várias as condutas puníveis pelo tipo legal, as quais estão muito relacionadas às alterações e prorrogações do contrato que se realizam fora

das hipóteses legais, bem como à subversão da ordem de pagamento prestada a determinados contratados (PRADO, 2016). O autor continua

A primeira e segunda partes da incriminação consubstanciam condutas distintas (apesar da conjunção “ou”). No caso de sua realização (v.g. prorrogação contratual e alteração na ordem de pagamento em favor do contratado), há concurso material de crimes (tipo misto *cumulativo*). Contudo, entre as modalidades *admitir, possibilitar* ou *dar causa*, existe relação de alternatividade (tipo misto *alternativo*). (PRADO, 2016; grifos no original.)

Estará configurado o tipo penal se as modificações contratuais (prorrogação ou modificação) forem realizadas sem justificativa ou respaldo legal, com vantagem ao adjudicatário, quando presente a formalização contratual ou o início de sua execução. Se a vantagem for concedida antes da celebração do contrato, o tipo penal poderá ser outro, e não o previsto no artigo 92 (PRADO, 2016).

Quanto aos pagamentos, Luiz Regis Prado lembra que a conduta incriminada consiste em pagar fatura com preterição de ordem cronológica de sua exigibilidade, conforme previsto no artigo 5º, da LGL. A ilicitude estará excluída apenas se houver fundadas razões de interesse público, as quais devem estar devidamente justificadas (PRADO, 2016).

Uma observação se faz relevante. Nos dizeres de Luiz Regis Prado, o parágrafo único, do artigo 92, incrimina o *contratado*, aquele que já celebrou contrato com a Administração Pública, que não se confunde com o adjudicatário ou com o subcontratado. (PRADO, 2016).

Para a configuração do crime exige-se o dolo.

4.2.7 Manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública

a) Responsabilização administrativa na LAC

O último ato lesivo previsto na LAC atinente às licitações e contratos é “manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública” (BRASIL, 2017b).

Marcio de Aguiar Ribeiro ensina que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro possui preceito constitucional, já que a expressão “mantidas as condições efetivas da proposta” está prevista no artigo 37, inciso XXI (RIBEIRO, 2017, p. 171).

O objetivo da norma é manter estável a relação entre as obrigações do contratado e a justa retribuição da Administração. A equação econômico-financeira é estabelecida no ato convocatório e deve ser garantida ao longo de toda a relação contratual (RIBEIRO, 2017, p. 172).

A LGL, como visto, permite no seu artigo 65 a alteração do contrato para reestabelecer a relação pactuada inicialmente, mantendo-se o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato na hipótese de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajuste, ou ainda em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando a álea econômica extraordinária e extracontratual (RIBEIRO, 2017, p. 172).

O que a LAC objetiva punir é a criação falsa de situações nas quais o contrato deveria ser modificado, pela simulação, impondo um falso reequilíbrio contratual para onerar o ente público.

A configuração do ato lesivo dispensa a demonstração do efetivo prejuízo financeiro, porque a consumação do ilícito administrativo se verifica a partir da manipulação maliciosa dos fatos contratuais ou do efetivo emprego de mecanismos fraudatórios (RIBEIRO, 2017, p. 172).

b) Responsabilização criminal na LGL

O tipo penal do artigo 92, da LGL, assemelha-se ao ato lesivo em questão, o qual já foi acima tratado no item 4.2.6, ao qual remete-se o leitor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise acerca da responsabilização administrativa e criminal do particular que pratica fraudes às licitações exige, prefacialmente, a compreensão, ainda que introdutória, do Estado de Direito. É porque apenas com a consagração desse paradigma, concebido no século XVIII, é que o poder público passou a se sujeitar à lei e ao direito, desgarrando-se dos sombrios e maculados traços absolutistas. Nesse cenário, surge o Direito Administrativo, segmento do Direito responsável por regular as relações dos particulares com o Estado, excepcionando o Direito Civil, não sendo certo se prestou-se mais como instrumento utilizado para manutenção das prerrogativas estatais ou como garantia da sociedade.

No século XX, o Estado de Direito dá lugar ao Estado Democrático de Direito, paradigma que não se contenta mais com o mero cumprimento do enunciado legal. Ele considera o ser humano a preocupação central do Direito, e busca materializar e efetivar direitos fundamentais. A lei aqui deve se pautar em valores éticos e morais e não é a expressão máxima do Legislativo, é manifestação que decorre do povo, submetendo-se à força normativa da Constituição, soberana.

O Estado Democrático de Direito irradia seus efeitos em toda ordem jurídica, notadamente no campo punitivo. O Estado, detentor do *ius puniendi*, é incumbido de aplicar sanções sempre que houver descumprimento de uma norma que comine penalidade, mas em decorrência dos princípios e garantias individuais obtidas em processo evolutivo, deve observar as regras impostas, em especial os princípios do devido processo legal, razoabilidade, legalidade, tipicidade, entre outros.

Esse direito de punir decorre do que se convencionou a chamar de Direito Público Punitivo, que engloba tanto as sanções penais quanto administrativas. Quando se fala em aplicação de sanções administrativas, diz estar no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, segmento específico do Direito Administrativo responsável pela aplicação de punições do Estado, que surgiu no Estado Social como reação à hipertrofia do Direito Penal, que deveria ser instrumento utilizado apenas como *ultima ratio*.

A aplicação das sanções administrativas e penais, embora decorram do mesmo poder, não são iguais, pois possuem regimes jurídicos distintos, embora se reconheça a integração dos princípios de Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, com matizes, respeitando suas nuances.

Por isso, apesar se reconhecer a imprescindibilidade de vários princípios do Direito Penal no Direito Administrativo Sancionador, tais como o princípio do devido processo legal, contraditório, legalidade, tipicidade e culpabilidade, não são utilizados com a mesma intensidade, porque as sanções administrativas podem atingir pessoas físicas ou jurídicas, de forma objetiva, sem avaliar culpa ou dolo, o que não ocorre na seara penal em razão de expressão legal expressa.

O combate à corrupção utiliza-se de sanções tanto de natureza administrativa quanto criminal. A corrupção, por ser um mal de escala global, que deteriora o patrimônio público, causa efeitos nefastos na ordem política, social, econômica e jurídica do país, demanda tratamento severo, notadamente porque as violações são em desfavor de bens difusos.

O Brasil aderiu à quatro Convenções Internacionais sobre corrupção, quais sejam: (i) a Convenção Interamericana de Combate contra a Corrupção (CICC), da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 29 de março de 1996, promovida em Caracas; (ii) a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997; (iii) Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, denominada Convenção de Palermo; (iv) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), realizada em 31 de outubro de 2003, as quais exigem modificações no direito interno, notadamente na adoção de mecanismos fiscalizatórios e punitivos.

Conforme discutido no Capítulo 3, deste trabalho, além de vários outros instrumentos de combate editados no enfrentamento à corrupção e à criminalidade econômica, tais como a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei de Lavagem de Dinheiro, a Lei de Geral de Licitações e Contratos e a Lei de Crime Organizado, o Brasil, em agosto de 2013, publicou a Lei Anticorrupção, inovando no ordenamento jurídico brasileiro ao prever a responsabilidade da pessoa jurídica, de forma objetiva, pelos atos que ela considera lesivos, entendido estes como aqueles nocivos ao patrimônio público.

Esta norma, que incorpora as diretrizes de outros diplomas internacionais (*FCPA* e o *UK BRIBERY ACT*, além dos compromissos internacionais mencionados), está fundamentada no princípio da moralidade administrativa, e trata da corrupção em sentido amplo, sancionando condutas de corrupção de forma muito mais extensa do que o previsto.

Ponto que irá gerar extrema controvérsia e demandará bastante coerência por parte dos nossos Tribunais é a harmonização da legislação penal inserta na LGL com a responsabilidade

objetiva do particular que pratica fraudes à licitação. Boa parte das condutas previstas na LAC são crimes tipificados, de forma que haverá atuação conjunta do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal.

Conforme demonstrado no trabalho, essa responsabilização conjunta, no âmbito da corrupção, por esferas distintas, é tendência mundial. Porém, esse espírito punitivo pode trazer sérios riscos ao Estado Democrático de Direito, uma vez que o Direito Penal deixa de ser a *ultima ratio* e passa a ser utilizado de maneira indistinta, em conjunto com o Direito Administrativo Sancionador, o que vem sendo denominada administrativização do Direito Penal.

Se já é possível perceber flexibilização das garantias penais, imagine-se no que tange às sanções administrativas, as quais poderão ser aplicadas com muito menos exigências legais, já que a pessoa jurídica, no bojo da LAC, será punida por atos de seus colaboradores porque sua punição advém pelo fato de ser obrigada a evitar o dano, fundamentada na teoria do risco.

Concluiu-se, portanto, que a responsabilidade objetiva prevista na LAC desprezando a existência de aferição de dolo ou culpa para configuração da punição administrativa é medida que não se harmoniza com o Direito Punitivo, embora esteja dentro da faculdade do legislador optar por uma outra forma de responsabilização. A culpabilidade é pressuposto de pena e, em prol de uma efetividade, o ordenamento jurídico não deve relativizar garantias individuais, sob pena de configurar abusos e servir como instrumento de injustiça.

De outra parte, verifica-se que o sistema jurídico de combate à corrupção está fundamentado na teoria do risco, o qual passa a impor, cada vez, a adoção de mecanismos de integridade nas pessoas jurídicas. O Estado reconhece sua impossibilidade em enfrentar este mal e chama o particular para atuar junto com ele, ora concedendo benefícios ora lhe impondo temor com estes mecanismos de punição.

Por fim, verificou-se que as esferas de responsabilização administrativa e criminal do particular que pratica fraude à licitação poderão trazer sérias injustiças, já que haverá casos em que a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada e a pessoa física absolvida, mormente porque muitos crimes licitatórios exigem resultado dano e dolo específico o que, a depender do caso, deveria ter seus efeitos estendidos, porque o julgamento na esfera penal detém prevalência sobre o cível-administrativo.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público: individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. *Interesse Público – IP*, v. 2, n. 6, p. 11-47, abr./jun. 2000.

BARROS FILHO, Clóvis; PRAÇA, Sérgio. *Parceria degenerativa*. Campinas: Papirus 7 Mares, 2014 *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 33, p. 13-54, set./out. 2005.

BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT, César Roberto. *Direito Penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política: uma patologia social*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BRAGA, Carlos Eduardo Teixeira. Licitação e advocacia pública na Lei Anticorrupção. In: ROSSATO, Luciano Alves (organizador). *Temas atuais da advocacia pública*. Ed. Juspodivm, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito administrativo. Atividade sancionatória ou disciplinar da administração pública. Aplicação dos princípios do processo penal comum. Arts. 615, § 1º e 664, parág. único do cpp. Nulidade de decisão punitiva em razão de voto dúplice de componente de colegiado. Recurso provido. 5ª Turma, RMS 24559/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ. 01.02.2010. Fernando Furlanetto e Estado do Paraná. Data da publicação 01/02/2010. Disponível em:

<javascript:inteiro_teor('/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=200701653771&dt_publicacao=01/02/2010')>. Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação penal. Deputado federal. Corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral). AP 481, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno. Ministério Público Federal e Asdrúbal Mendes Bentes. Data da publicação 29/06/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3044963&tipoApp=RTF>>. Acesso em 27 jun 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em recurso extraordinário. Processo administrativo disciplinar. Demissão de servidor. Ato de improbidade administrativa. Independência das instâncias. Regularidade do procedimento administrativo. Súmulas 279 e 280/stf. Precedentes. RE 736351 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma. Carlos Jorge de Souza e Município de Florianópolis. Data da publicação 11/12/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3440419&tipoApp=RTF>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.261/DF. Petição inicial. Repte.: Partido Social Liberal (PSL). Intdos: Presidente da República, Congresso Nacional, CONACI (Conselho Nacional de Controle Interno). 11 mar. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8006839&ad=s#2%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%201>>. Acesso em: 8 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Penal e Processual Penal. Denúncia Contra Deputado Federal. Fatos Ocorridos Durante o Exercício de Mandato de Prefeito Municipal. Crimes Previstos No Art. 1º Do Decreto-Lei 201/67 e na Lei 8.666/93. Recebimento Parcial. Prescrição. STF – Inq 3331, Relator(a): Min. Edson Fachin, Primeira Turma. Ministério Público Federal e Nilson Aparecido Leitão. Data da publicação 04/04/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309506552&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. 2017a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 jan.

BRASIL. Lei n. 12.486, de 01 de agosto de 2013. *Diário Oficial*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm> Acesso em: 08 jan. 2017b.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm> Acesso em: 08 jan. 2017c.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 7 mar. 2017d.

BRASIL. *Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8429.htm> Acesso em: 08 jan. 2017e.

BRASIL. *Decreto Legislativo n. 152, de 25 de junho de 2002*. Aprova o texto final, após modificações de cunho vernacular, em substituição àquele encaminhado pela Mensagem 1.259, de 1996, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, concluída originalmente em Caracas, em 29 de março de 1996. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-152-25-junho-2002-459890-norma-pl.html>>. Acesso em: 20 mar. 2017f.

BRASIL. *Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002*. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017g.

BRASIL. *Decreto Legislativo n. 125, de 14 de junho de 2000*. Aprova o texto da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2000/decretolegislativo-125-14-junho-2000-368856-exposicaodemotivos-143176-pl.html>>. Acesso em 20 mar. 2017h.

BRASIL. *Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017i.

BRASIL. *Decreto Legislativo n. 348, de 18 de maio de 2005*. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas em outubro de 2003. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2005/decretolegislativo-348-18-maio-2005-536880-convencao-28439-pl.html>>. Acesso em: 20 mar. 2017j.

BRASIL. *Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 23 jan. 2017k.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acesso em: 07 de abr. 2017l.

BRASIL. *Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 07 de abr. 2017m.

BRASIL. *Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 07 de abr. 2017n.

BRASIL. *Lei n. 12.850*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em 12 abr. 2017o.

BRASIL. *Decreto Legislativo n. 231, de 29 de maio de 2003*. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e seus dois Protocolos, relativos ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea e à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em 15 de dezembro de 2000. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/sileg/integras/192776.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2017p.

BRASIL. *Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017q.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017r.

CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito penal brasileiro*. São Paulo, 2012. Dissertação. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Legislação Anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a lei anticorrupção brasileira, o foreign corrupt practices act norte americano e o bribery act do reino unido. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 35-61.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Belo Horizonte: Forum, 2013.

DALLAGNOL, Daltan. A visão moderna de indício. In: SALGADO, Daniel Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 105-127.

DIAS, Jefferson Aparecido; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. Atos de corrupção relacionados com licitações e contratos. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo

Pinheiro de (Org). *Lei Anticorrupção e temas de compliance*. Salvador: Jus Podvim, 2016, p. 71-101.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; TORCHIA, Bruno Martins. Lei anticorrupção e terceiro setor: reflexos sobre o compliance aplicado ao setor sem fins lucrativos. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei n. 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 405-431.

DEMATTE, Flávio Rezende. *Responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção: a Lei n. 12.846/2013 segundo o direito de intervenção*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.

DO NASCIMENTO, Melilo Diniz. O controle da corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. In: *Lei Anticorrupção Empresarial aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 59-115.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999 *apud* OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. Panorama crítico da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 947/2014, p. 25-35, set. 2014.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei no 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014.

FILHO, Aluizio Bezerra. *Manual dos crimes contra e erário*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

FONSECA, Dimas. *O estado de direito e constituição: o pensamento de Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2010.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

FRANÇA. *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789*. Disponível em: <https://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html>. Acesso em: 27 de abr. de 2017.

FRIEDE, Reis. *Lições objetivas de direito constitucional e teoria geral do estado: para concursos públicos e universitários*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

DE HOLANDA JR, André Jackson; DE TORRES, Ronny Charles. *Improbidade administrativa*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GARCIA, Mônica Nicida. Três convenções internacionais anticorrupção e seu impacto no Brasil. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

GUARAGNI, Fábio André. A lei de improbidade administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o Direito Administrativo e o Direito Penal. In: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Org). *Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013) – Atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. *Os crimes econômicos sob a ótica do direito penal constitucional*. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2017.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção – Lei n. 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HOUAISS, Antônio; Villar, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009 Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2000/decretolegislativo-125-14-junho-2000-368856-exposicaodemotivos-143176-pl.html>. Acesso em: 18 mar 2017.

IOKOI, Pedro Ivo Gricoli. O novo modelo de combate à corrupção. *Revista do Advogado - AASP*, São Paulo, ano XXXIV, n. 125, p. 115-124, dez. 2014.

JOBERT, Bruno. L'État em action – L'apport des politiques publiques. *Revue française de Science politique*, vol. 35, n. 4, p. 654, ago. 1985.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 2 edição em e-book baseada na 17 edição impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção – Incluindo a Lei Anticorrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUSTOZA, Helton Kramer. *Advocacia Pública em ação: atuação prática judicial e extrajudicial*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACHADO, Bruno Amaral. Ministério Público e o controle penal da corrupção. A Promotoria Anticorrupção (Ferdec) na Espanha: do modelo formal ao modelo construído. Ciências penais. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, n. 7, São Paulo: RT, 2007 *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de direito administrativo* [livro eletrônico]: teoria geral e princípios do direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4 ed. Em ebook baseada na 20 ed. Impressa. São Paulo: RT, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. – (Série IDP).

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 231-277.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação criminal - crime contra a Administração Pública - Fraude à licitação - Requerimentos preliminares - Incompetência absoluta - Crime comum - Competência da justiça estadual mantida - Cerceamento de defesa - Perícia grafotécnica - Impossibilidade - Ausência de dolo - absolvição decretada. Apelação Criminal 1.0083.10.001778-5/001, Relator(a): Des.(a) Paulo César Dias , 3ª CÂMARA CRIMINAL. Benedito Cobra Filho e Outro e Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Data da publicação 13/08/2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0083.10.001778-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 27 jun. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da lei anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. *Revista Forum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 17, n. 192, fev. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flavio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014-FLAVIO-AMARAL-DIOGO-NETO.pdf>>. Acesso em: 17 abr 2017.

MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. Comentários ao art. 5º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 81-114.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NIETO, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos, 2005 *apud* ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos: com as alterações da Lei anticorrupção (Lei n. 12.846/2013)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 79-80.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Atuação e responsabilidade da assessoria jurídica nas licitações e contratos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 174, p. 9-16, jun. 2016a.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (orgs.). *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de. *Os princípios da razoabilidade e de proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo. Malheiros: 2006 *apud* ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos: com as alterações da Lei anticorrupção (Lei n. 12.846/2013)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2016.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. 1948. Disponível em:< <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 22 de mar.2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas, 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Madrid. Tecnos, 2005 *apud* MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

REIFF, Paulo Bezerra de Menezes *et al.* O papel do advogado nas investigações internas. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 125, Ano XXXIV, p. 89-96, dez, 2014.

RIBAS JUNIOR, Salomão. *Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei Anticorrupção*. 2 ed. rev. atual. e ampl. baseada em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS, Franklin Brasil; DE SOUZA, Kleberson Roberto. *Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVEIRA, Angélica Moreira Dresch. A função consultiva da Advocacia-Geral da União na prevenção da corrupção nas licitações e contratações públicas. *Revista da AGU*, Brasília, Ano VIII, n. 20, abr/jun. 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015 *apud* MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SOUZA, Jorge Munhós de. Responsabilização administrativa na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei Anticorrupção e temas de compliance*. Salvador: Jus Podvim, 2016, p. 187-241.

STOCO, Rui. Leis penais especiais revisitadas [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Dever regulamentar nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 8. n. 31. p. 33-34. Belo Horizonte: Forum, jul-set. 2000.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2016*. Disponível em: < http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016>. Acesso em: 20 mar. 2017.

TORCHIA, Bruno Martins. *Evolução do Constitucionalismo na Europa a partir da Idade Média*. Trabalho de conclusão de curso. Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2016.

TORCHIA, Bruno Martins; MACHADO, Tacianny Mayara Silva. Os reflexos sociais da corrupção no direito ao trabalho. In: Vedovato, Luis Renato *et al.* *XXV Encontro nacional do Conpedi*. Florianópolis, 2016.

TORRES. Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. Salvador: JusPodvim, 2009.

ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos: com as alterações da Lei anticorrupção (Lei n. 12.846/2013)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 15-20.

WEIL, Prosper. *O direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1977 *apud* ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos: com as alterações da Lei anticorrupção (Lei n. 12.846/2013)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.