

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO

LINHA DE PESQUISA: PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL, POLÍTICA DO DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

PROJETO DE PESQUISA: GOVERNANÇA, CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE

DUPLA TITULAÇÃO COM A WIDENER UNIVERSITY - DELAWARE LAW SCHOOL

AÇÃO CIVIL ANTICORRUPÇÃO: UMA NOVA POLÍTICA LEGISLATIVA PARA INCREMENTAR A PROMOÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

TIAGO DO CARMO MARTINS

Itajaí-SC, junho de 2023.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO

LINHA DE PESQUISA: PRINCIOLOGIA CONSTITUCIONAL E POLÍTICA DO DIREITO

PROJETO DE PESQUISA: GOVERNANÇA, CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE

DUPLA TITULAÇÃO COM A WIDENER UNIVERSITY - DELAWARE LAW SCHOOL

**AÇÃO CIVIL ANTICORRUPÇÃO: UMA NOVA POLÍTICA
LEGISLATIVA PARA INCREMENTAR A PROMOÇÃO DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

TIAGO DO CARMO MARTINS

Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica.

Orientador (a): Professor (a) Doutor(a) GILSON JACOBSEN

Itajaí-SC, junho de 2023.

AGRADECIMENTOS

Este estudo é resultado de várias fontes de incentivo e inspiração, uma busca por conhecer e investigar que tem múltiplos *inputs*. Deste modo, agradecer é vital, para honrar os que nos auxiliaram; mas ao mesmo tempo é um risco, pois as omissões são inevitáveis.

O certo é que não posso deixar de começar agradecendo ao meu avô, Aparício Pereira do Carmo, nascido nos idos e 1914, quando o mundo entrava em uma Guerra terrível, a antítese dele, pessoa de paz e sabedoria, que sempre destacou a importância do estudo e de uma conduta reta como ética de vida, valores que vivenciara desde o início de sua trajetória, quando havia de percorrer quilômetros, a pé ou no lombo de uma cavalo, noite escura a dentro, para frequentar sua humilde escola no interior de sua Santo Ângelo natal. Lembrando dele, agradeço aos familiares e amigos que sempre estiveram ao meu lado.

A essa fonte muitas se agregam, competindo destacar meu Tribunal, o Regional Federal da 4ª Região, que incentiva sempre o aperfeiçoamento de seus membros e facilita, na medida do possível, o desempenho da pesquisa.

Um especial agradecimento é devido à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), cujo suporte financeiro foi essencial para esta tese.

Também, meu agradecimento à UNIVALI e seus professores, em especial os Doutores Paulo Márcio Cruz, apoiador de primeira hora e guia intelectual; e Marcelo Buzaglo Dantas, cujo incentivo e apoio foram fundamentais para a realização da dupla titulação na *Widener University – Delaware Law School*.

Aliás, sou grato à *Widener* pelo período que lá estive, pela acolhida fraterna das Professoras Eileen Grena-Piretti e Pamela J. Beech, além da prestimosa equipe de *Graduate, International, Compliance, and Legal Studies Programs*, agradecimento que faço na pessoa de Barbara A. Vieira.

Por fim, de volta aos vínculos mais profundos, minha enorme gratidão à minha esposa Camila Martins Vieira Martins, pelo apoio e incentivo constantes e incondicionais; e aos meus filhos Mariana Vieira Martins e Miguel Vieira Martins, por compreenderem minha dedicação longa ao estudo e por se realizarem na minha pesquisa, junto comigo.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a quem dedica parte importante de suas vidas a mim, minha esposa Camila e meus filhos Mariana e Miguel.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, junho de 2023.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Tiago do Carmo Martins', is centered on a light gray rectangular background.

Tiago do Carmo Martins
Doutorando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

DOUTORADO

Conforme Ata da Banca de defesa de doutorado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu em Ciência Jurídica* PPCJ/UNIVALI, em 23/06/2023, às dez horas, o doutorando Tiago do Carmo Martins fez a apresentação e defesa da Tese, sob o título "AÇÃO CIVIL ANTICORRUPÇÃO: UMA NOVA POLÍTICA LEGISLATIVA PARA INCREMENTAR A PROMOÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA".

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Gilson Jacobsen (UNIVALI), como presidente e orientador, Doutora Mariana Mota Prado (University of Toronto), como membro, Doutor Fernando da Fonseca Gajardoni (USP – Ribeirão Preto), como membro, Doutor Marcelo Buzaglo Dantas (UNIVALI), como membro, Doutor Bruno Makowiecky Salles (UNIVALI), como membro, Doutor Osvaldo Agripino de Castro Junior (UNIVALI), como membro suplente e Doutora Luciene Dal Ri (UNIVALI), como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Tese foi aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 23 de junho de 2023.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU	Advocacia-Geral da União
AIA	Ação de Improbidade Administrativa
CGU	Controladoria-Geral da União
FCA	False Claims Act
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
LAC	Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)
LACP	Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85)
LAP	Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65)
LIA	Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92)
MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal
PGR	Procurador-Geral da República
RICO	Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TRF	Tribunal Regional Federal

ROL DE CATEGORIAS

AÇÃO CIVIL ANTICORRUPÇÃO: ferramenta processual, de caráter ressarcitório e não punitivo, proposta por uma pessoa privada em nome e em favor do Estado, com o objetivo de recuperar danos ao erário ou proveito ilícito obtido através da prática de um ato de improbidade administrativa ou ato lesivo; e que fornece ao autor uma recompensa pecuniária, deduzida do montante recuperado pelo poder público na ação¹.

ACORDO DE LENIÊNCIA: tem uma dúplici natureza, de instrumento destinado à obtenção eficiente de provas da materialidade e autoria dos atos ilícitos tipificados na lei anticorrupção empresarial”; e de negócio jurídico processual, substitutivo ou integrativo das sanções previstas em lei².

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL: “negócio jurídico bilateral realizado entre o legitimado à ação por ato de improbidade administrativa e o sujeito ativo da prática do ato, visando solucionar, consensualmente, antes ou durante o trâmite da ação judicial, mediante a aplicação de obrigações semelhantes a sanções, podendo ainda haver ressarcimento ao erário e perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente, como forma de proteção eficiente da probidade e do patrimônio público”³.

ACCOUNTABILITY: *“El concepto de accountability hace referencia a la capacidad para asegurar que los funcionarios públicos rindan cuentas por sus conductas, es decir, que están obligados a justificar y a informar sobre sus decisiones y a que eventualmente puedan ser castigados por ellas”*⁴.

ACCOUNTABILITY HORIZONTAL: fiscalização exercida por um Poder de Estado sobre outro.

ACCOUNTABILITY VERTICAL: controle da atividade estatal exercido por um agente social externo ao aparato do Estado, como eleitorado, imprensa independente, ONGs, associações civis e movimentos sociais.

¹ Conceito elaborado pelo autor no Capítulo 4 desta tese.

² ALVES, Francisco Sérgio Maia. **Análise da Juridicidade do Controle dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção Empresarial pelo Tribunal de Contas da União**. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 17, n. 02. 155-182, abr./jun. 2018, p. 160.

³ PEREIRA, Rafael. Manual do acordo de não persecução civil. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020, p. 56.

⁴ PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. **Controlando la Política**. Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias Latinoamericanas. Buenos Aires: Editorial Temas, 2002, p. 25.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: “Uma administração é um sistema social de comportamentos organizados. Diferente de outras organizações, o agir da administração consiste no fato de que esse produz e comunica decisões que vinculam o destinatário. A administração pública é a administração do sistema político que dispõe da legitimidade para produzir decisões vinculantes nos confrontos de todos os destinatários”⁵.

ATO LESIVO: “são os que, baseados em práticas corruptas, importam em algum tipo de lesão à Administração, em seus bens, interesses ou serviços”⁶.

COLABORAÇÃO PREMIADA: como negócio jurídico processual, de natureza contratual⁷ e meio de obtenção de prova⁸, por meio do qual o colaborador, em troca de benefícios em sua situação criminal, coopera com o Estado na investigação de crimes.

CORRUPÇÃO: “O conceito de corrupção é amplo, incluindo as práticas de suborno e de propina, a fraude, a apropriação indébita ou qualquer outro desvio de recursos por parte de um funcionário público. Além disso, pode envolver casos de nepotismo, extorsão, tráfico de influência, utilização de informação privilegiada para fins pessoais e a compra e venda de sentenças judiciais, entre diversas outras práticas”⁹.

DEMOCRACIA: designa uma das formas de governo, isto é, um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político. Especificamente, designa a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo¹⁰.

⁵ DE GIORGI, Raffaele. **A administração pública na sociedade complexa**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 9-12, jan./abr. 2011, p. 13.

⁶ DIPP, Gilson; CASTILHO, Manuel Volkmer de. **Comentários sobre a Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2016. [Livro Eletrônico].

⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BÔNIFIM, Daniela Santos. **A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas por improbidade administrativa**. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 17, n. 67, p.105-120, jan./mar. 2017, p. 113.

⁸ Lei 12.850/2013, Art. 3º-A. “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)”

⁹ UNODOC – Escritório de Ligação e Parceria no Brasil. **UNODOC e Corrupção**. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/index.html>. Acesso em: 11/11/2021.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1987, p. 135. Título original: *Stato, governo, società. Per una teoria generale dele politica*

DISCRICIONARIEDADE: prerrogativa que confere a uma autoridade administrativa algum grau de latitude quanto à decisão a ser tomada, permitindo-lhe escolher entre diversas decisões juridicamente admissíveis aquela que lhe parecer mais adequada¹¹.

EFICIÊNCIA: “desempenhar as atividades administrativas no sentido de produzir resultados os mais satisfatórios possíveis ao atendimento das necessidades da coletividade e da própria máquina administrativa, dispendendo o mínimo de recursos públicos para tanto”¹².

ESTADO: “ordem jurídica soberana que tem por fim o Bem Comum de um povo situado em determinado território”¹³.

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: “Organização jurídica do poder, que se assenta em alguns princípios elementares e na declaração e garantia dos direitos fundamentais (cuja efetivação é sua finalidade, o motivo pelo qual foi criado)”¹⁴.

ENFORCEMENT: Genericamente descrito como “o processo de induzir as pessoas a obedecerem a uma lei ou regra, ou fazer uma situação particular acontecer ou ser aceita”¹⁵, é empregado nesta tese para descrever mecanismos usados para garantir que o preceito legal seja obedecido e, quando não o for, sejam os violadores responsabilizados pela ofensa.

FALSE CLAIMS ACT (FCA): estatuto legal estabelecido em 1863 com a finalidade de obstar e reprimir fraudes em compras governamentais, tendo como principal ferramenta a *qui tam action*.

FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (FCPA): “é o instrumento jurídico norte americano para o combate à corrupção, especialmente aquela decorrente de subornos a dirigentes governamentais, tanto nos Estados Unidos como no exterior”¹⁶.

¹¹ COUNCIL OF EUROPE: COMMITTEE OF MINISTERS. **RECOMMENDATION n. (80) 2**, 1980.

¹² MORAIS, Dalton Santos. Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 237, p. 165-196, Jul./Set. 2004, p. 192.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p.118.

¹⁴ TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 114.

¹⁵ “The process of making people obey a law or rule, or making a particular situation happen or be accepted”. **CAMBRIDGE DICTIONARY**. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/enforcement>. Acesso em: 20/02/2023.

¹⁶ COELHO, Nuno M.M.S; HERINGER, Helimara Moreira Lamounier. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: UMA BREVE ANÁLISE DA LEI QUE DEU ORIGEM AO COMBATE INTERNACIONAL DA CORRUPÇÃO. **Revista Jurídica**, v. 01, n. 46, pp. 164-187, Curitiba, 2017, p. 166.

IMPESSOALIDADE: Princípio que determina seja a ação estatal direcionada a fins legítimos, vedando tanto favorecimentos pessoais quanto perseguições.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário; podendo ser praticados tanto por servidores públicos (improbidade própria), quanto por particular - pessoa física ou jurídica - que induzir, concorrer ou se beneficiar do ato (improbidade imprópria)¹⁷.

LEGALIDADE: baliza inicial da correção da ação estatal, representa o respeito à ordem jurídica positiva, complementada por todo um plexo de valores (princípios), que direcionam a atividade pública para fins predeterminados e irrenunciáveis.

MICROSSISTEMA ANTICORRUPÇÃO: conjunto normativo e institucional que tem a função de detectar e reprimir desvios contra a moralidade administrativa e o patrimônio público.

MORALIDADE ADMINISTRATIVA: “o princípio da moralidade exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, mesmo que não previstas na lei. Constituem, pois, violação ao princípio da moralidade a conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa criada pela Administração”¹⁸.

PATRIMONIALISMO: “resultado da relação viciada que se estabelece entre a sociedade e o Estado, quando o bem público é apropriado privadamente. Ou, dito de outra maneira, trata-se do entendimento, equivocado, de que o Estado é bem pessoal, ‘patrimônio’ de quem detém o poder”¹⁹.

PRIVATE ENFORCEMENT: medidas de resguardo e aplicação da ordem jurídica, acometidas, parcial ou totalmente, à iniciativa privada, como *qui tam actions*, *class actions*, *mass tort litigation*, *nationwide injuntions* ou *universal injuntions*. São

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AO 1833, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-088 DIVULG 07-05-2018 PUBLIC 08-05-2018.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 94.

¹⁹ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle, p. 68.

ferramentas que estimulam a atuação privada em colaboração ao aparato estatal, para ampliar a detecção e repressão de violações à ordem jurídica.

PROBIDADE: “honesto, justo, reto, honrado, do que tem caráter íntegro, que cumpre seus deveres e é criterioso ao agir”²⁰.

PROPINA: promessa, oferta ou presente a oficial público, ou solicitação ou aceitação, por parte deste, de vantagem indevida de qualquer natureza, para si ou terceiro, para que o oficial aja ou abstenha-se de agir no exercício de suas funções oficiais.

PUBLICIDADE: Princípio instrumental essencial da organização estatal, que viabiliza a prestação de contas e o controle dos representantes eleitos e de todos investidos em funções públicas. É através dele que se assegura “o direito ao governo ético [e] à administração honesta” [pois] “assegura o conhecimento da verdade, na atuação do Estado”²¹.

RACKETEER INFLUENCED AND CORRUPT ORGANIZATIONS ACT (RICO): lei federal destinada a combater o crime organizado nos Estados Unidos, estabelece processos e penalidades civis e criminais por atividades de extorsão realizada como parte de um empreendimento criminoso em andamento. Tais atividades se caracterizam através de múltiplas ações ilícitas, como jogo ilegal, suborno, sequestro, assassinato, lavagem de dinheiro, falsificação, peculato, tráfico de drogas, dentre outras.

RELATOR: também denominado “*private attorney general*”, é a pessoa privada, física ou jurídica, a quem é conferida legitimidade (*standing*) para propor uma ação judicial em seu próprio nome, mas também em nome e em favor do governo dos Estados Unidos.

REPÚBLICA: “República vem do latim res pública. literalmente o bem público. chamando. portanto. a etimologia da palavra a atenção para a coisa pública, a coisa comum”²².

²⁰ GOMES, José Jairo. In SAMPAIO, José Adércio Sampaio Leite et al. **Improbidade administrativa:** comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 245.

²¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 242.

²² LAFER, Celso. O significado de República. **Revista Estudos Históricos**, v. 2, n. 4, p. 214-224, 1989, p. 216.

QUI TAM ACTION: é a ação pela qual um indivíduo processa em nome do governo e participa do produto de qualquer litígio ou acordo bem-sucedido. Embora frequentemente punitivo, geralmente é um processo civil. Ao contrário do antitruste, do RICO e de outros procedimentos punitivos federais, o procurador-geral privado não precisa ter sido vítima da má conduta que deu origem ao litígio²³.

WHISTLEBLOWING: “termo, de origem norte-americana, com que, há longo tempo, é cunhada a actividade daquele que sinaliza um comportamento ilegal ou irregular ocorrido no quadro de uma organização, pública ou privada, com a qual tem ou teve algum vínculo”²⁴.

²³ “*Qui tam is the process whereby an individual sues or prosecutes in the name of the government and shares in the proceeds of any successful litigation or settlement. Although frequently punitive, it is generally a civil procedure. Unlike antitrust, RICO, and other federal punitive damage, private attorney general provisions, the individual need not have been a victim of the misconduct giving rise to the litigation*”. DOYLE, Charles. **Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes**. Congressional Research Service. Edição do Kindle, 2009 p.67.

²⁴ BRANDÃO, Nuno. O Whistleblowing no Ordenamento Jurídico Português. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, a. 41, n. 161, p. 99-113, jan./mar. 2020, p. 99.

SUMÁRIO

RESUMO.....	XIX
ABSTRACT.....	XXI
RESUMEN	23
INTRODUÇÃO	23
A PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO À PROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	32
1.1 DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO E O PRINCÍPIO REPUBLICANO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	32
1.2 REPÚBLICA E PATRIMONIALISMO	43
1.3 PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL DE REFORÇO AO IDEAL REPUBLICANO E DE PROMOÇÃO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA	52
1.3.1 Legalidade.....	55
1.3.2 Moralidade administrativa	58
1.3.3 Eficiência.....	62
1.3.4 Publicidade	65
1.3.5 Impessoalidade	68
1.4 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA RELAÇÃO DE SUJEIÇÃO PARA A PARTICIPAÇÃO	71
1.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO.....	79
CORRUPÇÃO.....	81

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO	81
2.2 BREVE HISTÓRIA DA CORRUPÇÃO	89
2.3 CAUSAS DA CORRUPÇÃO.....	91
2.3.1 Fatores estruturais.....	92
2.3.2 Fatores pessoais.....	103
2.4 CONSEQUÊNCIAS DA CORRUPÇÃO	110
2.5 MUDANÇA DO CENÁRIO	119
2.5.1 Desenhando a política anticorrupção.....	119
2.5.2 Algumas experiências já testadas	124
2.6 CORRUPÇÃO NO BRASIL	143
2.7 O ATUAL ESTÁGIO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL	148
2.8 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO.....	171
MICROSSISTEMA ANTICORRUPÇÃO: LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E LEI ANTICORRUPÇÃO.....	173
3.1 MICROSSISTEMA ANTICORRUPÇÃO	173
3.2 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LIA).....	180
3.2.1 Ato de Improbidade administrativa.....	183
3.2.2 Sujeitos da improbidade administrativa.....	194
3.2.3 Penas na improbidade administrativa.....	200
3.2.4 Medidas processuais na LIA	214
3.2.4.1 Normas de procedimento.....	215
3.2.4.2 Providências cautelares.....	225
3.2.5 Nota conclusiva sobre a LIA	232
3.3 LEI ANTICORRUPÇÃO (LAC)	232
3.3.1 Objeto da Lei Anticorrupção	237
3.3.2 Ato punível na LAC	244
3.3.3 Sujeitos da LAC.....	246
3.3.4 Duplo regime de responsabilização e penas previstas na LAC.....	248
3.3.5 Instrumentos anticorrupção da LAC	256
3.3.6 Comparativo entre LIA e LAC.....	260
3.3.6.1	260

3.4 SOLUÇÕES NEGOCIADAS NO MICROSSISTEMA ANTICORRUPÇÃO..	264
3.4.1 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL (ANPC).....	270
3.4.2 ACORDO DE LENIÊNCIA	284
3.4.3 PONTOS SENSÍVEIS NA APLICAÇÃO DO ANPC E ACORDO DE LENIÊNCIA	291
3.4.4 COLABORAÇÃO PREMIADA E SUA INTERSECÇÃO COM O MICROSSISTEMA ANTICORRUPÇÃO	309
3.4.5 PROBLEMA COMPLEXO, NECESSIDADE DE AJUSTE.....	314
3.4.6 TENTATIVA DE RACIONALIZAÇÃO.....	319
3.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO.....	323
INSTRUMENTOS ANTICORRUPÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS: FCPA, RICO E FCA.....	324
4.1 INTRODUÇÃO	324
4.2 FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (FCPA)	344
4.2.1 FCPA x LAC/LIA	367
4.3 RACKETEER INFLUENCED AND CORRUPT ORGANIZATIONS (RICO)	369
4.3.1 RICO x FCPA.....	385
4.3.2 RICO x LIA/LAC	386
4.4 FALSE CLAIMS ACT (FCA).....	388
4.4.1 FCA e <i>qui tam actions</i> : noções preliminares.....	389
4.4.2 Ação judicial por violação ao FCA.....	403
4.4.3 A importância da <i>qui tam</i> para o respeito à ordem jurídica	430
4.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO 4.....	435
AÇÃO CIVIL ANTICORRUPÇÃO: PROPOSTA DE APERFEIÇOAMENTO.....	437

5.1 NECESSIDADE DE AVANÇAR.....	437
5.2 RAZÕES QUE FUNDAMENTAM A AÇÃO CIVIL ANTICORRUPÇÃO.....	438
5.3 RISCOS ENVOLVIDOS NA AÇÃO CIVIL ANTICORRUPÇÃO.....	458
5.4 OBJETO DA AÇÃO CIVIL ANTICORRUPÇÃO	462
5.5 CONTORNOS DA AÇÃO CIVIL ANTICORRUPÇÃO	463
5.6 PRESSUPOSTOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO CORRUPTO.....	485
5.7 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO: NOTAS FINAIS SOBRE A AÇÃO CIVIL ANTICORRUPÇÃO	489
CONSIDERAÇÕES FINAIS	493
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	506
ANEXO: PROJETO DE LEI PARA AÇÃO CIVIL ANTICORRUPÇÃO	559
SUMARY VERSION.....	564

RESUMO

A presente Tese está inserida na Área de Concentração *Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito*, circunscrita à Linha de Pesquisa *Principiologia Constitucional, Política do Direito e Inteligência Artificial*, dentro da qual se enquadra no Projeto de Pesquisa *Governança, Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade*. Foi desenvolvida em regime de dupla titulação com a *WIDENER UNIVERSITY – DEAWARE LAW SCHOOL*, onde realizado estágio de pesquisa, fundamental para a pesquisa bibliográfica e contraste entre os sistemas normativos pesquisados. No Capítulo 1, examina-se a principiologia constitucional fundante de um Estado Republicano e de Direito, que inspira atitude transformadora do *status quo*, na busca da realização de direitos fundamentais e sociais, bem como impõe ao agente público o dever de agir conforme diretrizes éticas e probas. No Capítulo 2, reflete-se sobre o fenômeno da corrupção, de consequências devastadores sobre o tecido social e que impede ao Estado brasileiro de realizar sua precípua tarefa de promover justiça social. Ao analisar suas causas, consequências e contornos, se pretende investigar caminhos pelos quais se possa avançar na superação dos obstáculos que impedem o Direito de realizar sua função de promotor de valores sociais éticos e de ordenador de condutas em prol da igualdade e da democracia. Para tanto, o Capítulo 3 se debruça sobre as normas que compõe o *microsistema anticorrupção*, forjado justamente para induzir condutas probas no seio das relações estatais. Neste passo, a *Lei de Improbidade Administrativa* e a *Lei Anticorrupção* são examinadas em profundidade e com olhar crítico, na busca de explicações para a ineficácia do sistema. Completando este enfoque, o Capítulo 4 analisa instrumentos do Direito estadunidense que cumprem funções correlatas aos nacionais, com vistas a extrair inspiração para possíveis mecanismos de ajuste na legislação brasileira. O Capítulo 5 parte das constatações extraídas nos anteriores e propugna sugestões *de lege ferenda* que têm potencial para aperfeiçoar o sistema legal em vigor, partindo do pressuposto de que é tarefa do pesquisador contribuir para produção do Direito justo, útil e adequado à comunidade. Em suma, da inspiração

haurida do Direito comparado, propõe-se a adoção de novo mecanismo legal, a *ação civil anticorrupção*, cuja finalidade é incentivar a participação de agentes privados no enfrentamento da corrupção estatal, mediante a atribuição de legitimidade processual para agir em favor do Estado em face de atos de corrupção, em troca de recompensa financeira ao legitimado, deduzida do valor recuperado na ação. Na Conclusão são apontadas as principais descobertas do estudo e se têm por provadas as hipóteses levantadas ao início da tese.

Palavras-chave: Direito. Constitucionalidade. Transnacionalismo. Produção do Direito. República. Corrupção. Microsistema anticorrupção. Improbidade. Recompensa. Ação civil anticorrupção.

ABSTRACT

This Thesis falls within the Area of Concentration Constitutionalism, Transnationality and Production of Law, and the Line of Research Constitutional Principles, Politics of Law and Artificial Intelligence. It was developed under a dual degree regime with WIDENER UNIVERSITY – DEAWARE LAW SCHOOL, where the author completed a research internship, a period that was valuable for conducting bibliographical research and for enabling the researcher to compare the two legal systems. Chapter 1 examines the founding constitutional principle of a Republican State and State of Law, which inspires an attitude of transforming the status quo in the search for the realization of fundamental and social rights, as well as imposing on public agents the duty to act according to ethical guidelines. Chapter 2 reflects on the phenomenon of corruption, which has devastating consequences on the social fabric and prevents the Brazilian State from carrying out its primary task of promoting social justice. Analyzing the causes, consequences, and contours of corruption, this thesis investigate ways in which the State can move forward to overcome obstacles that prevent the Law from being effective as a promoter of ethical social values and an organizer of conduct in favor of equality and democracy. Chapter 3 focuses on the rules in force that comprise the anti-corruption microsystem, forged precisely to induce honest conduct in State relations. In this chapter, Administrative Improbity Law and Anti-Corruption Law are examined in depth, with a critical eye, seeking explanations for the ineffectiveness of the system. Completing this approach, Chapter 4 analyzes instruments of US law that fulfill functions related to Brazilian ones, drawing inspiration for possible adjustment mechanisms in the Brazilian legislation. Chapter 5 takes the findings of the previous chapters and proposes lege ferenda suggestions for improving the legal system, based on the premise that it is the researcher's task to contribute to the production of fair, useful, and appropriate Law for the community. Drawing inspiration from comparative law, the adoption of a new legal mechanism is proposed; the personal anti-corruption action, aimed at encouraging the participation of private agents in the fight against state corruption through the attribution of procedural legitimacy to act in favor of the State in the face of acts of corruption. In exchange, the legitimate party receives a financial reward, deducted from the amount recovered through the action. In the

Conclusion, the main findings of the study are summarized and the hypotheses raised at the beginning of the thesis are proven.

Keywords: *Law. Constitutionality. Transnationalism. Production of Law. Republic. Corruption. Anti-corruption microsystem. Improbability. Reward. Civil anti-corruption action.*

RESUMEN

Esta Tesis se inserta en el Área de Concentración Constitucionalismo, Transnacionalidad y Producción de Derecho, circunscrita a la Línea de Investigación Principios Constitucionales, Política del Derecho e Inteligencia Artificial. Se desarrolló en régimen de doble titulación con WIDENER UNIVERSITY – DEAWARE LAW SCHOOL, donde se realizó una pasantía de investigación, fundamental para la investigación bibliográfica y contraste entre los sistemas normativos investigados. En el Capítulo 1 se examina el principio constitucional fundante de un Estado Republicano y de Derecho, que inspira una actitud transformadora del status quo, en la búsqueda de la realización de los derechos fundamentales y sociales, así como imponer al agente público el deber actuar de acuerdo con las pautas éticas y honestas. El Capítulo 2 reflexiona sobre el fenómeno de la corrupción, que tiene consecuencias devastadoras en el tejido social e impide que el Estado brasileño cumpla con su tarea primordial de promover la justicia social. Mediante el análisis de sus causas, consecuencias y contornos, pretendemos indagar formas en que se puede avanzar en la superación de los obstáculos que impiden que el Derecho cumpla su función de promotor de valores éticos sociales y de organizador de conductas a favor de igualdad y democracia. Para ello, el Capítulo 3 se centra en las normas vigentes que integran el microsistema anticorrupción, forjado precisamente para inducir conductas honestas dentro de las relaciones estatales. En este paso se examina en profundidad y con ojo crítico la Ley de Improbidad Administrativa y la Ley Anticorrupción, en la búsqueda de explicaciones a la ineficacia del sistema. Completando este enfoque, el Capítulo 4 analiza instrumentos del derecho estadounidense que cumplen funciones afines a los nacionales, con miras a inspirar posibles mecanismos de ajuste en la legislación brasileña. El Capítulo 5 parte de los hallazgos extraídos de los anteriores y propone lege ferenda sugerencias que tienen potencial para mejorar el ordenamiento jurídico vigente, partiendo del supuesto de que es tarea del investigador contribuir a la producción de un Derecho justo, útil y adecuado para la comunidad. En definitiva, desde la inspiración del derecho comparado, se propone la adopción de un nuevo mecanismo jurídico, la acción personal anticorrupción, cuyo objeto es incentivar la participación de los agentes privados en la lucha contra la corrupción estatal, mediante

la atribución de legitimidad procesal para actuar a favor del Estado frente a actos de corrupción, a cambio de una recompensa económica a la parte legítima, deducida de la cantidad recuperada en la acción. Finalmente, en la Conclusión, se señalan los principales hallazgos del estudio y se prueban las hipótesis planteadas al inicio de la tesis.

Palabras llaves. *Derecho. Constitucionalidad. Transnacionalismo. Producción de la Ley. República. Corrupción. Microsistema anticorrupción. Deshonestidad administrativa. Premio. Acción civil anticorrupción.*

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa está inserida na Área de Concentração *Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito*, circunscrita à Linha de Pesquisa *Principiologia Constitucional, Política do Direito e Inteligência Artificial*, dentro da qual se enquadra no Projeto de Pesquisa *Governança, Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade*. Foi produzida em regime de dupla titulação com a *WIDENER UNIVERSITY – DELAWARE LAW SCHOOL*.

Reflete-se sobre os princípios constitucionais fundantes de uma Administração Pública proba e as implicações daí decorrentes com o fenômeno da corrupção, de consequências devastadores sobre o tecido social e que impede ao Estado brasileiro de realizar sua precípua tarefa de promover justiça social. Ao analisar suas causas, consequências e contornos, se pretende investigar caminhos pelos quais se possa avançar na superação dos obstáculos que impedem o Direito de realizar sua função de promotor de valores sociais éticos e de ordenador de condutas em prol da igualdade e da democracia.

A justificativa para a pesquisa é a ideia de que a proteção dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública pode ser reforçada com o uso de uma nova ação judicial que promova a descoberta de atos de corrupção. A oferta de uma recompensa, representada por parcela do valor recuperado pelo Estado, nos moles da *qui tam action* do Direito estadunidense, serve de incentivo para desvendar atos contra a moralidade e o patrimônio públicos, com ganho de eficiência e economia de recursos, pois o mecanismo não demanda ampliação de gastos públicos com aparelhamento da máquina repressiva.

Para este desiderato, propõe-se o estudo da principiologia constitucional regente da atividade administrativa, do fenômeno da corrupção, do microsistema de proteção à probidade administrativa no Brasil, de institutos análogos no sistema dos Estados Unidos, para, a partir do contraste entre os dois ordenamentos jurídicos, sugerir a introdução da ação civil anticorrupção no Direito brasileiro, com finalidade de apresentar tese de doutorado.

A presente pesquisa, portanto, tem importância teórica e prática. A relevância teórica é o desenvolvimento de estudo, com análise aprofundada em relação aos dois sistemas jurídicos examinados, a fim de contribuir com mais informações científicas a respeito do tema. A relevância prática reside no potencial aperfeiçoamento do microsistema anticorrupção, que pode ser beneficiado com a experiência do Direito comparado para incrementar a dissuasão de práticas ilícitas contra o Estado e a recuperação de ativos dele desviados.

Para tanto, investiga-se as normas que compõe o *microsistema anticorrupção*, forjado justamente para induzir condutas probas no seio das relações estatais. Neste passo, a *Lei de Improbidade Administrativa* e a *Lei Anticorrupção* são examinadas em profundidade e com olhar crítico, na busca de explicações para a ineficácia do sistema.

Completando este enfoque, analisa-se os fundamentos do *enforcement privado* e instrumentos do Direito estadunidense que cumprem funções anticorrupção, com vistas a extrair inspiração para possíveis mecanismos de ajuste na legislação brasileira.

Como resultado da investigação, que teve o suporte financeiro do Programa de Bolsas da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), busca-se inovar na política de produção do Direito, com a proposição de soluções *de lege ferenda* que tenham potencial para aperfeiçoar o sistema legal em vigor, partindo do pressuposto de que é tarefa do pesquisador contribuir para produção do Direito justo, útil e adequado à comunidade.

Em suma, da inspiração haurida do Direito comparado, propõe-se a adoção de novo mecanismo legal, a *ação civil anticorrupção*, cuja finalidade é incentivar a participação de agentes privados no enfrentamento da corrupção estatal, mediante a atribuição de legitimidade processual para agir em favor do Estado em face de atos de corrupção, em troca de recompensa financeira ao legitimado, deduzida do valor recuperado na ação.

Deste modo, a Tese aqui defendida é a seguinte:

Os princípios constitucionais que regem a atuação do Estado brasileiro determinam condutas positivas para a realização de determinados objetivos sociais, como a promoção da igualdade, justiça social, educação, saúde e tantos outros

destinados a melhorar as condições de vida dos brasileiros. A corrupção, contudo, tem historicamente frustrado a realização destas missões, ao drenar os recursos necessários para finalidades outras, distintas do interesse público. O microsistema anticorrupção, que tem como balizas fundamentais a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção, foi pensado como antídoto a tal mazela, mas seus resultados são tímidos, especialmente nos campos da dissuasão e da recuperação de ativos desviados. A experiência estadunidense serve de guia para aperfeiçoar o panorama legislativo nacional, uma vez que, tendo logrado envolver a iniciativa privada na persecução de atos lesivos ao patrimônio público, alcança resultados expressivos no desfazimento dos efeitos de desvios contra a Administração, no que se destaca o papel das *qui tam actions*. Neste passo, a ação civil anticorrupção, aqui sugerida, ao conferir legitimidade ativa para particulares moverem ações judiciais em favor do Estado para reparar os efeitos financeiros de atos de improbidade ou lesivos, agrega instrumento que aumenta as chances de descoberta dos ilícitos e o potencial de ressarcimento dos danos causados, tudo isto sem agregar custos, pois o incremento da ação controladora é financiado com parcela do produto recuperado na própria ação, pago ao autor a título de recompensa por seu esforço e atuação cívica.

Neste contexto, há potencial impacto social e político na pesquisa ora realizada, na medida em que a ação civil anticorrupção mobiliza a cidadania e amplia o envolvimento cívico, trazendo os agentes privados para colaborar com a esfera pública na defesa dos princípios constitucionais que regem a atividade administrativa e para defesa do patrimônio destinado a promover as missões emancipadoras prescritas em 1988.

O objetivo institucional da presente Tese é a obter do título de Doutor em Ciência Jurídica pelo Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI.

O seu objetivo científico é demonstrar que a proteção da probidade administrativa pode ser reforçada com o uso de *ação civil anticorrupção*.

Como objetivos específicos, a pesquisa busca:

- a) Estudar, a partir da principiologia constitucional, as características do Estado e da Administração brasileira que têm relação mais estreita com a efetivação dos objetivos da República;

- b) Investigar o fenômeno da corrupção, sua causalidade, formas de enfrentamento e as consequências que gera na implementação de direitos assegurados;
- c) Analisar o microssistema anticorrupção nacional, com exame crítico sobre sua operabilidade;
- d) Pesquisar instrumentos do Direito estadunidense com enfoque anticorrupção, com vistas ao aperfeiçoamento do arcabouço nacional;
- e) Propor novo mecanismo legal que incremente o enfrentamento da corrupção e a recuperação de valores desviados do Erário no plano nacional.

A tese ora proposta parte da delimitação dos seguintes problemas:

- a) A principiologia constitucional configura um Estado provedor, de cujo bom desempenho administrativo depende a garantia de direitos; e que tem feição participativa, a envolver o cidadão nos assuntos públicos?
- b) Como a corrupção impede a realização de direitos constitucionalmente consagrados na Constituição da República, em especial a promoção do desenvolvimento social e a implementação efetiva do Estado Republicano e Democrático de Direito?
- c) As normas fundamentais de proteção à probidade na Administração Pública brasileira têm alcançado os objetivos que inspiraram sua edição?
- d) É possível haurir inspiração em estatutos legais dos Estados Unidos para incrementar a proteção à probidade e o enfrentamento à corrupção no Brasil?
- e) A ação civil anticorrupção poderia potencializar o microssistema anticorrupção nacional e incrementar a recuperação de ativos desviados da Administração Pública brasileira?

Para a pesquisa foram levantadas a(s) seguinte(s) hipótese(s):

- a) A principiologia constitucional funda o Estado brasileiro com feição transformadora e participativa e garante aos cidadãos posições jurídicas que dependem do funcionamento proba da Administração Pública;

b) A corrupção assola o Brasil desde sua fundação e impede a realização dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro;

c) Os mecanismos que formam o microssistema anticorrupção brasileiro carecem de efetividade, tanto no que diz com a descoberta de ilícitos, quanto no que tange à reparação dos danos decorrentes de atos de corrupção;

d) O Direito estadunidense tem boas ferramentas legais para atacar o fenômeno da corrupção, dentre os quais se destacam as *qui tam actions*, instrumento efetivo para descoberta de atos de corrupção e para recuperação de valores desviados do Estado;

e) A *ação civil anticorrupção* tem potencial para reduzir os efeitos gerados pela corrupção e aumentar a promoção da probidade e da moralidade administrativa.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Tese, de forma sintetizada, como segue.

O Capítulo 1 examina a principiologia constitucional fundante de um Estado Republicano e de Direito, que inspira atitude transformadora do *status quo*, na busca da realização de direitos fundamentais e sociais, bem como impõe ao agente público o dever de agir conforme diretrizes éticas e probas.

No Capítulo 2, reflete-se sobre o fenômeno da corrupção, de consequências devastadores sobre o tecido social e que impede ao Estado brasileiro de realizar sua precípua tarefa de promover justiça social. Ao analisar suas causas, consequências e contornos, se pretende investigar caminhos pelos quais se possa avançar na superação dos obstáculos que impedem o Direito de realizar sua função de promotor de valores sociais éticos e de ordenador de condutas em prol da igualdade e da democracia.

Para tanto, o Capítulo 3 se debruça sobre as normas em vigor que compõem o microssistema anticorrupção, forjado justamente para induzir condutas probas no seio das relações estatais. Neste passo, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção são examinadas em profundidade e com olhar crítico, na busca de explicações para a ineficácia do sistema.

Completando este enfoque, o Capítulo 4 investiga instrumentos do Direito estadunidense que cumprem funções correlatas aos nacionais, tais o *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, o *Racketeer Influenced and Corruption Organizations (RICO)* e, sobretudo, o *False Claims Act (FCA)*, que contempla importante instrumento de *private enforcement*, as *qui tam actions*, com vistas a extrair inspiração para possíveis mecanismos de ajuste na legislação brasileira.

O Capítulo 5 parte das constatações extraídas nos anteriores e propugna sugestões *de lege ferenda* que têm potencial para aperfeiçoar o sistema legal em vigor, partindo do pressuposto de que é tarefa do pesquisador contribuir para produção do Direito justo, útil e adequado à comunidade. Em suma, da inspiração haurida do Direito comparado, propõe-se a adoção de novo mecanismo legal, a *ação civil anticorrupção*, cuja finalidade é incentivar a participação de agentes privados no enfrentamento da corrupção estatal, mediante a atribuição de legitimidade processual para agir em favor do Estado em face de atos de corrupção, em troca de recompensa financeira ao legitimado, deduzida do valor recuperado na ação.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Tese e se têm por provadas as hipóteses levantadas ao início, sem prejuízo de se reconhecer a necessidade de continuidade dos estudos e das reflexões sobre a inovação legal ora proposta.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação²⁵ foi utilizado o Método Indutivo²⁶, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano²⁷, e o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica indutiva.

Para o levantamento de dados, foi imprescindível o período de pesquisa realizado nos Estados Unidos, na *Widener University – Delaware Law School*, pois possibilitou a ampliação da compreensão do sistema legal norte-americano de detecção e repressão de condutas lesivas ao erário. Em vista disso, muitas ideias

²⁵ “(...) momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.

²⁶ “(...) pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 114.

²⁷ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

surgiram na pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e assistência à seminários e aulas na referida Universidade.

Neste passo, o resultado da pesquisa poderá contribuir para a melhoria dos estudos acerca do tema no Brasil e nos Estados Unidos, tarefa para a qual se mostrou fundamental a dupla titulação com a *Widener University - Delaware Law School*.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente²⁸, da Categoria²⁹, do Conceito Operacional³⁰ e da Pesquisa Bibliográfica³¹.

Declara-se não estar submetido a qualquer tipo de conflito para o desenvolvimento da presente tese.

²⁸ “(...) explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 69.

²⁹ “(...) palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 41.

³⁰ “(...) uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 58.

³¹ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 217.

Capítulo 1

A PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO À PROBIDADE ADMINISTRATIVA

1.1 DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO E O PRINCÍPIO REPUBLICANO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Os movimentos revolucionários do final do Século XVIII legaram ao constitucionalismo ocidental o modelo tripartite de separação de Poderes, dogma que acabou por ser o arquétipo sobre o qual os Estados³² passaram a se organizar e que, num contexto marcado pelos ideais liberais, refratários ao intervencionismo estatal, respondeu suficientemente à tutela dos direitos individuais, para os quais a postura negativa, ou omissiva, do Poder Público se fazia bastante.

Contudo, o advento do Estado Social, e os direitos sociais que passou a contemplar, encarregou os entes estatais de uma postura ativa, pois então se acharam sob o influxo de satisfazer as prestações positivas garantidas pelos direitos da segunda geração. Note-se, ilustrativamente, o que contempla a Constituição Federal de 1988, já em seu preâmbulo³³:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

³² “Em nossa época, entretanto, devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território — a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado — reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física”. WEBER, Max. **Ciência e Política** - Duas Vocações. São Paulo: Editora Cultrix, 2011, Edição do Kindle, p. 52.

³³ “No preâmbulo da Constituição são inseridas informações relevantes sobre a origem da Constituição e os valores que guiaram a feitura do Texto. É da tradição brasileira que os diplomas constitucionais sejam antecedidos de um preâmbulo, em linha com o que acontece também em vários outros países. [...] Não se pode recusar ao Preâmbulo um relevante papel, todavia, no âmbito da interpretação e aplicação do direito constitucional. Ao desvendar as linhas estruturantes da Constituição, os objetivos que movem a sua concepção, o Preâmbulo se torna de préstimo singular para a descoberta do conteúdo dos direitos inscritos na Carta e para que se descortinem as finalidades dos institutos e instituições a que ela se refere; orienta, enfim, os afazeres hermenêuticos do constitucionalista”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 81.

Estas prestações positivas e transformadoras, que se somaram à necessidade de preservar direitos individuais, trouxeram um custo orçamentário nada desprezível³⁴ e, por consequência, impuseram aos Estados a necessidade de aplicar receitas tributárias nas áreas contempladas pelos direitos sociais, como saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social.

Muito por conta desta grande necessidade de investir, a Constituição brasileira de 1988 ainda ostenta uma série de compromissos de ordem individual e social sem concretude, tais os relativos à saúde, carente de um regramento mais explícito acerca dos limites e termos de exercício dos direitos dos que dela necessitam; à educação, ainda ofertada pelo Poder Público em nível precário, especialmente no que se refere à educação infantil e ao ensino fundamental e médio; e no campo da assistência social e redução das desigualdades sociais e regionais, em que as políticas de cunho paternalista e esporádicas, descompromissadas com a superação das causas das carências, são a regra.

Com efeito, as demandas impostas pelos direitos individuais e sociais ao Estado de Direito, vistas em conjunto, não são mais correspondidas por uma postura absenteísta do Estado, vigorante até a primeira metade do Século XX, inspirada por mentalidade exclusivamente individualista, de inspiração eminentemente liberal. A segunda parte daquele Século passa a conclamar um novo comportamento estatal, já então comprometido com a satisfação de necessidades sociais³⁵.

O Estado, então, é conclamado a assumir “responsabilidades organizativas e diretivas do conjunto da economia do País, em vez de simplesmente exercer poderes gerais de legislação e polícia, próprias do perfil do Estado Mínimo, como era até então conhecido³⁶”.

³⁴ “Todos os direitos custam caro porque todos eles pressupõem que o contribuinte financie um mecanismo eficiente de supervisão, que monitore o exercício dos direitos e o imponha quando necessário”. SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, Edição do Kindle, p. 562.

³⁵ Diante do escopo da presente tese, que compara os modelos brasileiro e estadunidense de enfrentamento à corrupção, especialmente no que diz com o emprego de medidas de *private enforcement*; se faz preciso ressaltar que a assertiva ora feita, quanto à necessidade de postura ativa estatal para satisfação de direitos, sobretudo os sociais, tem seu enfoque adstrito ao ordenamento nacional, porquanto a Constituição dos Estados Unidos não contempla uma gama tão ampla de direitos sociais, nem lhes confere o mesmo grau de justiciabilidade que a Carta de 1988.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 72.

Esta transformação tem como marco normativo a Constituição do México de 1917 e a de Weimar de 1919, a qual enunciava em seu art. 151 que “a vida econômica deve ser organizada em conformidade com os princípios da justiça e a fim de garantir a todos uma existência digna”. Tem-se, assim, o marco de fundação do Estado de bem-estar social (*Welfare State*)³⁷, caracterizado como “aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político”³⁸; ou, ainda, “pela união da tradicional garantia das liberdades individuais com o reconhecimento, como direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado providencia, pela intervenção, aos cidadãos de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos”³⁹.

Tal movimento foi encampado pelas Constituições italiana de 1948, de Bonn de 1949, portuguesa de 1976 e espanhola de 1978, que “*sancionaron los derechos al trabajo, la salud, la educación, la subsistencia y la seguridad social, como correlativos a la obligación de um papel activo del Estado*”⁴⁰.

Entretanto, as novas garantias albergadas no seio do Estado de bem-estar não se fizeram acompanhar, pelo menos em momento inicial, de mecanismos próprios para sua efetivação. É dizer, os novos direitos foram declarados, mas a estrutura estatal, forjada sobre a tradição individualista de inspiração liberal, não sofrera, ao mesmo tempo, alterações de profundidade equivalente.

Os direitos sociais, no constitucionalismo contemporâneo, ostentam a mesma natureza fundamental dos direitos individuais. A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, os trata no mesmo Título, dedicado aos *direitos e garantias fundamentais*. Para além de mero rigor de sistematização, esta constatação é fundamental para clarear o espectro de proteção a ser dedicado aos direitos

³⁷ Também nominado, na formulação de CRUZ, Estado Contemporâneo democrático, “que é aquele que se contrapõe ao Estado liberal a partir da segunda metade do Século XIX, evoluindo durante todo o Século XX, para uma postura interventiva”, que tem por finalidade dar cumprimento à sua função social. CRUZ, Paulo Márcio. **O parlamentarismo racionalizado como condição da democracia em Estados contemporâneos: França, Portugal e Alemanha como sistemas para análise**. Florianópolis: UFSC, 1999. Tese de Doutorado submetida ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, p. 35.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 79.

³⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. Curitiba, Juruá, 2002. p. 163.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría Del derecho y de la democracia**. Vol. 2, Teoría de la democracia. Trad. de Perfecto Andre Ibañes, Carlos Bayon, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011, p. 381.

sociais. Nesta tarefa, é de se recorrer ao magistério de FERRAJOLI acerca da “esfera do indecidível”⁴¹.

Segundo o professor florentino, trata-se de um “conjunto de princípios que, na democracia, estão subtraídos da vontade das maiorias”⁴², espelhando uma noção jurídica, expressa nas constituições rígidas através de cláusulas de indecidibilidade absoluta, pondo certas questões a salvo de reforma constitucional; ou de indecidibilidade relativa, casos em que a reforma é possível, desde que observado procedimento mais rígido.

Esses princípios são, em essência, limites e vínculos impostos ao poder público, inclusive ao Poder Legislativo, que assumem o caráter de fundamentos jurídicos atestadores da legitimidade ou invalidade da ação estatal, indo muito além da mera função de legitimação política das suas ações.

Entretanto, além de delimitar o que não pode ser decidido, o espectro do indecidível revela uma outra face, caracterizada pelas questões que devem ser decididas pelo Estado. Como preleciona Ferrajoli⁴³:

La primera esfera es de las prohibiciones, esto es, la de los límites negativos impuestos a la legislación en garantía de los derechos de libertad; la segunda es de las obligaciones, es decir, de los vínculos positivos igualmente impuestos a la legislación en garantía de los derechos sociales.

O conjunto das duas esferas, do que não pode ser decidido e do que deve ser decidido, corresponde ao conjunto das garantias dos direitos constitucionalmente estabelecidos, dirigidas a assegurar sua efetividade, projetando-se diante dos Poderes Constituídos, mas também em face dos poderes privados, constituindo limites à autonomia negocial. É, pois, a faceta operativa do garantismo⁴⁴.

Deste modo, se a Constituição garante, como faz a brasileira de 1988, “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria” (art. 208, I); ou o direito à saúde, enunciado como “direito de

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Trad. Perfecto A. Ibañes, et. al. Madri: Trotta, 2008, p. 102-104.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Trad. Perfecto A. Ibañes, et. al. Madri: Trotta, 2008, p. 102.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Trad. Perfecto A. Ibañes, et. al. Madri: Trotta, 2008, p. 103.

⁴⁴ Aqui toma-se a expressão *garantismo* como o estabelecimento de técnicas de garantia idôneas a assegurar o maior grau de eficácia dos direitos constitucionalmente reconhecidos.

todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196); está, ao mesmo tempo, ordenando ao Estado uma conduta e criando prerrogativas em face do cidadão.

Frisa-se, não há mera enunciação de programas, relegados à fluidez da discricionariedade político-administrativa. Há, isto sim, a imposição de uma obrigação ao Estado, que, uma vez inadimplida, marca a omissão com a pecha da inconstitucionalidade.

No entanto, ainda que em relação a isto inexista maior celeuma, são muitos os obstáculos de ordem administrativa que impedem a implementação dos direitos enunciados na Constituição, dentre os quais é de se destacar, desde logo, a corrupção, que drena recursos escassos⁴⁵, fragiliza ainda mais a efetividade das posições jurídicas garantidas constitucionalmente⁴⁶ e, pela estreita vinculação entre direitos humanos e probidade administrativa⁴⁷, compromete a construção de sistemas democráticos justos e sustentáveis⁴⁸.

A apropriação do Estado para fins privados tem ligação estreita com clássica dicotomia sublinhada por MAQUIAVEL, segundo a qual “todos os Estados, todos os

⁴⁵ “Además, los actos de corrupción a gran escala afectan las posibilidades financieras para que el Estado cumpla con sus obligaciones en materia de derechos humanos deslegitimando su razón de ser ante la sociedad”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Corrupción y derechos humanos**: Estándares interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019, p. 57.

⁴⁶ Como acentua a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, há vínculo indissociável entre corrupção e direitos humanos, bem como implicações necessárias entre aquela e a institucionalidade e o Estado de Direito: *La Comisión indicó en su Resolución 1/18 que la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad –civiles, políticos, fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales - , así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad. Considerando dichas socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdade.* COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Corrupción y derechos humanos**: Estándares interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019, p. 19.

⁴⁷ “Respecting human rights is essential for controlling corruption because empowered citizens have the space to challenge Injustice”. Transparency International. **CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2021**. Berlim, 2022. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2021>. Acesso em: 12/10/2022.

⁴⁸ UNIVERSIDAD DE CHILE. **Transparencia, Rendición de Cuentas y Lucha Contra la Corrupción en América**. Santiago: Informe de la reunión regional que tuvo lugar en Santiago de Chile entre el 3 y el 5 de diciembre de 2004. Disponível em: <https://libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/393/submission/proof/files/assets/basic-html/index.html#5>. Acesso em: 28/08/2022.

governos que tiveram ou têm autoridade sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados⁴⁹.

Aliás, a preleção de MAQUIAVEL está em compasso com o pensamento moderno, que parte de releitura da orientação vigente até a idade média, quando era corrente à classificação das formas de governo em três espécies, consoante espelha o pensamento de ARISTÓTELES, assim sintetizado por BOBBIO: *reino*, que representava o governo de um só e cuja forma desviada era a *tiranía*; *aristocracia*, ou governo de poucos, que poderia se degenerar em *oligarquia*; e *polítia*, ou governo de muitos, tendo como forma negativa a *democracia*⁵⁰.

No governo de um (monarquia⁵¹) ou de poucos (aristocracia), o público facilmente se confunde com o privado. Mas no governo de muitos (democracia), esta confusão é inadmissível, pois o Estado só se justifica na plena satisfação das

⁴⁹ MAQUIAVEL, Niccolò. **O Príncipe**. 3ª Ed. Trad. Roberto Grassi. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p. 5.

⁵⁰ “Observa-se logo que Maquiavel substitui a tripartição clássica, aristotélico polibiana, por uma bipartição. As formas de governo passam de três a duas: principados e repúblicas. O principado corresponde ao reino; a república, tanto à aristocracia como à democracia”. BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 10ª ed. Brasília: UNB, 1998, p. 56.

⁵¹ Note-se que monarquia e república não precisam necessariamente se excluir. Em primeiro plano, é preciso asseverar que França e Estados Unidos instituíram Repúblicas após suas revoluções. No caso francês, contudo fora estabelecida uma república monarquista. É notável o fato de que Revolução francesa, muito embora amparada no ideal revolucionário tendente à transformação do Estado, manteve a monarquia, erigindo-a como órgão representante do povo, ao lado dos corpos legislativos (Título III, art. 2, da Constituição de 1791). É verdade que ao Rei foram confiadas funções de natureza eminentemente burocrática e que fora colocado expressamente sob o império e limites da Lei (Capítulo II, art. 3). No entanto, remanesce certa contradição, consistente em se manter o regime monárquico, histórico representante dos privilégios e luxos exercidos em detrimento do povo, gerador de grande parte dos ressentimentos que motivaram a Revolução. Nos Estados Unidos, ao contrário, a opção foi pela República presidencialista [“A Forma de Governo presidencial é caracterizada, em seu estado puro, pela acumulação, num único cargo, dos poderes de chefe do Estado e de chefe do Governo” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11ª ed. Trad. Carmen C, Varriale et ai. Brasília: UNB, 1998, p. 519)]. Naquele país, a monarquia sequer foi cogitada, pois a dúvida existente era sobre a adoção de uma república federada ou a criação de uma confederação, consoante se vê em O Federalista: “Nada mais certo do que a indispensável necessidade de um governo; porém não é menos certo que, para que esse governo possa ter a força necessária para obrar, é preciso que o povo sacrifique em seu favor uma parte da sua independência. Segundo esses princípios, vejamos se é do interesse dos americanos formar uma só nação com um governo federativo ou dividir-se em confederações parciais, dando ao chefe de cada uma o mesmo poder que se trata de delegar em um governo único” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 17).

necessidades e da vontade coletiva. É o império da *res publica* (República)⁵², cujas características essenciais são destacadas por STRECK e BOLZAN⁵³:

A República surge como aspiração democrática de governo, através das reivindicações populares. Buscava-se, além da participação popular, a limitação do poder. Além disso, a possibilidade de substituição dos governantes era um importante apelo em favor da forma de governo republicana. Em síntese, as características fundamentais da República são as seguintes: - Temporariedade, porque o Chefe de governo e/ ou do Estado recebe um mandato fixo, com proibição de reeleições sucessivas em parcela expressiva das repúblicas; - Eletividade, porque na República o governante é eleito pelo povo; - Responsabilidade, porque o Chefe do governo e/ ou do Estado é politicamente responsável, devendo prestar contas (*accountability*) de sua orientação política na condução dos destinos do país.

Note-se que foi ainda na antiguidade grega que se formou o ambiente em que se passou a considerar o povo não apenas como destinatário do poder, mas como sua própria autoridade fundante:

Los atenienses formularon una idea que en su tiempo era totalmente contraintuitiva: el poder político no es solamente para sus sujetos sino también de ellos”. Después de un prolongado proceso de democratización y de asignación universalista de varios tipos de derechos que he detallado en otro trabajo, la idea básica de la democracia política contemporánea, o poliarquía, es que el poder político (más precisamente, la autoridad para ejercer ese poder) proviene de los ciudadanos, i. e., la gran mayoría de los adultos que habitan el territorio delimitado por un estado. [...] o Estado Democrático de Derecho, nadie es de legibus solutus. En lenguaje corriente, bajo este tipo de estado nadie está por encima o más allá de someterse a las obligaciones establecidas por el sistema legal (la constitución por supuesto incluida).⁵⁴

Desta autoridade que emana do povo, decorre a responsabilidade (controle ou *accountability*⁵⁵) como dever fundamental do agente estatal⁵⁶, pois é através dela que

⁵² A distinção que se verifica entre república e monarquia é delineada por BOBBIO nos seguintes termos: “Da república aristocrática para a república democrática, o que muda é somente o modo de formação da vontade coletiva. Qualquer que ela seja, a necessidade coletiva, para sua formação, tem necessidade de que sejam respeitadas determinadas regras de procedimento (como, por exemplo, a da maioria), as quais não se aplicam a formação da vontade singular do príncipe, que é a vontade de uma pessoa física”. BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10ª ed. Brasília: UNB, 1998, p. 84.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 181/182.

⁵⁴ O’DONNELL, Guillermo. **Accountability Horizontal**. La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política. Revista ISONOMÍA, No. 14, Abril/2001, p. 15-16.

⁵⁵ “El concepto de *accountability* hace referencia a la capacidad para asegurar que los funcionarios públicos rindan cuentas por sus conductas, es decir, que están obligados a justificar y a informar sobre sus decisiones y a que eventualmente puedan ser castigados por ellas”. PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. **Controlando la Política**. Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias Latinoamericanas. Buenos Aires: Editorial Temas, 2002, p. 25.

⁵⁶ TOCQUEVILLE já destacava a importância da *accountability* como vetor fundante da democracia e da República: “Os princípios gerais em que repousam as constituições modernas, esses princípios que a maior parte dos europeus do século XVII mal compreendiam e que triunfavam então de maneira incompleta na Grã-Bretanha, são todos reconhecidos e estabelecidos pelas leis da Nova Inglaterra: a

o mandatário presta contas a seu constituinte acerca do exercício escorreito – é dizer – visando a fins públicos – do mandato recebido⁵⁷. Isto traz importantes consequências sobre a legitimidade do governante e sobre a ideia de soberania que lastreará a sociedade; e é fundamental para a efetividade dos direitos, pois, sem responsabilidade, maior a propensão ao abuso que favorece práticas corruptas, como se explorará no Capítulo 2.

É preciso frisar que o valor republicano está intrinsicamente relacionado ao princípio da soberania popular que, no constitucionalismo inaugurado ao final do Século XVIII, passa a ser caracterizado como poder constituinte⁵⁸. A nação é o sujeito soberano e, por isto, “*no debe ni puede someterse a formas constitucionales*”. Destarte, a vontade revolucionária não podia ser contida no tempo, uma vez que “*la constitucion deberá disciplinar los poderes que la misma revolución instituye, pero nunca podrá pretender apagar esse motor*”⁵⁹.

Na República que sucedeu às treze colônias da América do Norte, embora não se duvidasse que o Estado também fora fundado pelo povo, já havia forte temor sobre uma possível prevalência do Legislativo (na acepção daqueles que recebem um mandato para agir em nome do constituinte) e quanto à possibilidade de que houvesse a usurpação da função pública para fins privados⁶⁰.

intervenção do povo nas coisas públicas, o voto livre do imposto, a responsabilidade dos agentes do poder, a liberdade individual e o julgamento por júri aí são estabelecidos sem discussão e de fato”. TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América: Leis e Costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 47.

⁵⁷ “Na moderna tipologia das formas de Estado, o termo República se contrapõe à monarquia. Nesta, o chefe do Estado tem acesso ao supremo poder por direito hereditário; naquela, o chefe do Estado, que pode ser uma só pessoa ou um colégio de várias pessoas (Suíça), é eleito pelo povo, quer direta, quer indiretamente (através de assembleias primárias ou assembleias representativas)”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11ª ed. Trad. Carmen C. Varriale et ai. Brasília: UNB, 1998, p. 1107.

⁵⁸ “*Las revoluciones del fin del Siglo XVIII, primero la americana y después la francesa, representan en este sentido un momento decisivo en la historia del constitucionalismo, porque sitúan en primer plano un noevo concepto y una nueva práctica que están destinados a poner en discusión la oposición entre la tradición constitucionalista y la soberania popular. Se trata, em pocas palabras, del poder constituyiente*”. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días**. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 103.

⁵⁹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días**. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 112.

⁶⁰ “Muitos fatos nos têm já dito quão grande é a tendência do corpo legislativo à usurpação, e “quanto essa tendência é irremediável nos governos republicanos”. No meio de uma assembleia popular, quantas vezes os representantes do povo imaginam que são eles o mesmo povo! O menor sinal de oposição faz rebentar com força o seu ressentimento e a sua paciência, como se o exercício da parte dos direitos do povo, confiada aos Poderes Executivo e Judiciário, fosse um ultraje à sua dignidade ou uma infração

A desconfiança do poder segue com uma ressignificação do princípio da soberania popular operada pela Carta francesa de 1814, promulgada após os efeitos nefastos que se seguiram aos excessos cometidos na Revolução. O poder, então, mesmo o de origem popular, não mais devia ser visto como ilimitado. Ao contrário, passa a existir a noção de *soberania limitada*, que se expressa através do império da vontade geral sobre a soma das vontades individuais, da supremacia da lei geral e abstrata e da negação da possibilidade de reforma constitucional ampla, pois a soberania só pode existir de forma limitada e relativa⁶¹.

A este quadro se associou o pensamento de TOCQUEVILLE⁶², que após viagem de estudos aos Estados Unidos tentou fazer ver à opinião pública europeia que aquela democracia arrojada se fundava essencialmente na ideia de limite e de contrapesos, do que constituía exemplo destacado o controle de constitucionalidade. Voltara da América com a impressão de que a Constituição mandava tanto sobre os legisladores como sobre os simples cidadãos. Assim, para contrapor o poder popular ilimitado que grassava na Revolução, tendente a ocupar todos os espaços políticos, inclusive para o futuro, TOCQUEVILLE pregava o valor da Constituição, não tanto como norma jurídica positiva a ser cumprida, mas como ideal político a nortear todo o sistema, fundamentado na aspiração à pluralidade, a individualidade e na diferença⁶³.

Estava-se chagando ao conceito de “núcleo fundamental da Constituição”, núcleo esse imutável e posto a salvo do poder reformador. Como lembra ZAGREBELSKY⁶⁴, era necessário interromper irrevogavelmente o poder constituinte através da fixação de alguns princípios que constituísse um terreno de segurança para a edificação de uma ordem constitucional garantida contra ulteriores e imprevisíveis desdobramentos em sentido radical. Põe-se fim ao ideal de um poder constituinte

aos seus privilégios. A maneira como eles fiscalizam os atos das outras autoridades é verdadeiramente imperiosa; e como o povo, pelo ordinário, se acha de sua parte, todos os seus atos adquirem tal violência que os outros funcionários públicos sentem as maiores dificuldades do mundo em sustentar e equilíbrio da Constituição”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 427.

⁶¹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días**. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 127-128.

⁶² TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América: Leis e Costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁶³ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días**. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 132.

⁶⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia e Constitución**. Madrid: Trotta, 2005, p. 47.

ilimitado, o que, no caso francês, representava o fim da própria Revolução, momento celebrizado por Napoleão Bonaparte na expressão “*La Révolution est finie*”.

Assim, seguindo com o magistério de HEGEL, avançou-se sobre a noção de soberania do Estado, em que é impensável a soberania de qualquer ente, povo ou monarquia fora da Constituição, os quais só existem e são reconhecidos no plano institucional em virtude da própria Constituição. Tanto o rei, cujas prerrogativas deveriam ser disciplinadas na Carta, como o povo, não mais visto como o poder constituinte, estavam abaixo da soberania estatal⁶⁵.

Desagua-se, então, na noção de Estado de Direito (JELLINEK), segundo a qual a melhor garantia aos direitos dos indivíduos decorre do Estado⁶⁶, que por sua lei os institui e assegura, amparado em sua própria soberania⁶⁷:

En verdad, sólo el orden jurídico, por muchos que sean sus defectos en los casos concretos y eleve a unos y a otros abata con exceso, ayude a los poderosos y desampare a los débiles, con todo ello, es la única posibilidad de una vida social garantida. La ausencia completa de él haría que fuesen totalmente distintas las relaciones naturales entre fuerzas, pero más injustas de lo que es capaz cualquier orden jurídico. Si alguna proposición es justa, sería la de que el bellum omnium contra omnes, había de ser la consecuencia necesaria de la falta de Estado y derecho. [...] La distinción entre el fuerte y el débil, el compasivo e el desdenoso, el magnánimo y el envilecido, no hay poder que sea capaz de eliminarla. Y por esto no hay duda alguna respecto a cuál de estos tipos le sería la victoria en una sociedad donde no existiese el derecho.

Neste cenário, é decorrência do Estado de Direito que o poder emane do povo e só em seu nome possa ser exercido. Com consequência, qualquer Poder de Estado ou autoridade investida em funções estatais têm limites claros de ação, marcados sobretudo, mas não apenas, pelo marco da legalidade, segundo o qual só lhes são dados fazer o que a ordem jurídica permite e nos estritos termos inspirados pelo princípio da supremacia do interesse público.

Deste modo, lesiona ao Estado de Direito o Legislador que edita normas de caráter geral visando a beneficiar indivíduo ou grupo em detrimento da coletividade; assim como o Estado-juiz que sentencia considerando a proeminência política ou econômica de uma das partes, desprezando a solução estabelecida pelo

⁶⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días**. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p 137.

⁶⁶ “[...] como o enlace de uma cadeia de elementos transcendentais, os quais subsistem com o caráter de um ser verdadeiro e metafísico no mundo dos fenômenos”. JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Trad. Fernando de los Rios. 2. ed. Buenos Aires: Albatros, 1970, p. 138.

⁶⁷ JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Trad. Fernando de los Rios. 2. ed. Buenos Aires: Albatros, 1970, p. 168.

ordenamento. Também o faz, e este é o vício que mais diz com os fins desta tese, o gestor que move a máquina estatal em desvio de finalidade, visando vantagem indevida, para beneficiar a si ou a terceiro, com menosprezo dos deveres impostos pela supremacia e indisponibilidade do interesse público. São todas hipóteses que caracterizam a corrupção no exercício da função pública, fenômeno analisado no capítulo seguinte.

A relação de afetação existente entre corrupção e Estado de Direito é bem captada e exposta pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, ALEXANDRE DE MORAES⁶⁸, asseverando que “A corrupção é a negativa do Estado Constitucional, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos”, ressaltando, ainda, que além de desviar “os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos [...] também corrói os pilares do Estado de Direito” e mina a legitimidade dos representantes eleitos e detentores de cargos públicos.

Neste sentido, mecanismos apropriados de enfrentamento à corrupção despontam como corolários (“uma das formas mais eficientes”) da efetivação dos direitos fundamentais⁶⁹.

Da formatação de um Estado voltado ao bem-estar dos seus cidadãos e que seja pautado pelos valores republicanos decorre a imperatividade de um acompanhamento cívico permanente das ações e do desempenho do poder público (controle social), que é fundado em diversas passagens da Constituição Federal de 1988, iniciando já no art. 1º, caracterizando a República como Estado Democrático de Direito; em seu inciso II, que enuncia a cidadania como um dos fundamentos da República; e é complementado com a declaração de que “todo poder emana do povo” e em nome dele deve ser exercido, o que faz dele, povo, o senhor das ações estatais, legitimando-o a fiscalizar seus representantes e dele exigir prestação de contas. Tudo detalhado em outras tantas passagens da Carta, como a garantia de acesso à

⁶⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Excerto de decisão liminar na ADI 7042 MC / DF, 17/02/2022.

⁶⁹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa das pessoas jurídicas à luz da Lei Anticorrupção Empresarial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 90.

informação de interesse coletivo ou geral (art. 5º, XXXIII) e a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania (art. 5º, LXXVII) ⁷⁰.

Esta legitimação para exercício de controle social tem implicações muito fortes com a tese aqui sustentada, no sentido de que a principiologia constitucional desenhada em 1988 (Capítulo I), especificamente no enfrentamento ao fenômeno da corrupção (Capítulo II), é fortalecida pelo reforço das normas do microsistema anticorrupção (Capítulo III), amparada na experiência do Direito comparado (Capítulo IV), *através da ação civil anticorrupção* (Capítulo V).

1.2 REPÚBLICA E PATRIMONIALISMO

Como demonstra SARMENTO, o princípio republicano é pilar fundamental da ordem jurídica brasileira. “Além da inequívoca importância no sistema constitucional, ele possui amplo raio de abrangência, pois se projeta sobre inúmeros domínios e questões⁷¹”.

Seus principais componentes são: a. Elegibilidade e temporariedade dos mandatos políticos, que impõe a alternância de poder, de modo a afastar risco de incursões antidemocráticas; b. Responsabilidade dos governantes e autoridades por seus atos, impondo o controle dos atos do mandatário, pois este não gere interesses próprios, mas de todo o povo; c. Igualdade republicana, que coloca todos os indivíduos no mesmo patamar, sem castas ou privilégios; d. Liberdade, entendida como não dominação, estando o cidadão sujeito a leis gerais e abstratas (Estado de Direito), não aos caprichos de autoridades; e. Separação entre o público e o privado, que se traduz em parâmetros de impessoalidade, transparência e controle na gestão da coisa pública; f. Participação cidadã, tendo no indivíduo alguém com direitos e deveres sobre os rumos da coisa pública.

Mas a consolidação do ideal republicano tem sido muito difícil no Estado brasileiro. Já “Na primeira carta escrita no país, em que Pero Vaz de Caminha comunica a D. Manoel, rei de Portugal, a ‘descoberta’ do Brasil, a aversão aos valores

⁷⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Controle Social**: promovendo a aproximação entre administração pública e cidadania. *In Perspectivas para o controle social e a transparência na administração pública*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002, p. 89.

⁷¹ SARMENTO, Daniel. **O Princípio Republicano nos 30 Anos da Constituição de 88**: por uma República Inclusiva. Revista EMERJ. Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 296 - 318, Set.- Dez./2018, p. 300.

republicanos já se revelava”. Naquela oportunidade, o descobridor “solicita o favor real para a libertação de seu genro, que fora banido para a ilha africana de São Tomé”⁷².

Na mesma linha, também com os olhos no período colonial, pontua SCHWARCZ, resgatando registro feito pelo Frei Vicente de Salvador em 1630, que “Nenhum homem nesta terra é repúblico, nem zela, ou trata do bem comum, senão cada um do bem particular”⁷³.

Com efeito, a novel colônia se estabelecera em bases de intensa confusão entre o público e o privado: o patrimonialismo⁷⁴. Por quase dois Séculos a administração da colônia se fez dessa forma. Como a Coroa não enviasse oficiais para gerir o departamento de além-mar, eram os proprietários de terras quem exerciam funções administrativas e políticas no Brasil até meados do Século XVII. Assim, os assuntos do Estado estavam misturados aos dos proprietários de glebas, misto de público e privado⁷⁵.

A independência não trouxe mudanças. E mesmo após o fim do período imperial, quando o país passou a adotar configuração constitucional claramente republicana, não tem sido fácil ao Brasil se desapegar de seu passado patrimonialista, sendo mesmo difícil superar o pensamento arraigado de que o patrimônio público e o das autoridades se identificam. Desde a colônia até os tempos presentes, é tacitamente aceita e prodigamente empregada “a utilização de interesses pessoais, destituídos de ética ou moral, por meio de mecanismos públicos”⁷⁶.

Com efeito, historicamente tem estado presente uma clara contradição entre República e patrimonialismo na condução dos assuntos públicos no Brasil. Mas é de se recordar que as contradições estão presentes, de um modo geral, na forja dos

⁷² SARMENTO, Daniel. **O Princípio Republicano nos 30 Anos da Constituição de 88**: por uma República Inclusiva. Revista EMERJ. Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 296 - 318, Set.- Dez./2018, p. 296-297.

⁷³ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle, p. 40.

⁷⁴ “(...) o patrimonialismo, é resultado da relação viciada que se estabelece entre a sociedade e o Estado, quando o bem público é apropriado privadamente. Ou, dito de outra maneira, trata-se do entendimento, equivocado, de que o Estado é bem pessoal, “patrimônio” de quem detém o poder”. SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle, p. 68.

⁷⁵ PADRO JÚNIOR, Caio. **A evolução política do Brasil**: Colônia e Império. São Paulo: Brasiliense, 1972.

⁷⁶ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle, p. 69.

Estados contemporâneos, o que é muito bem salientado por O'DONNELL⁷⁷, ao demonstrar que parte da dificuldade de reger as relações “*en las democracias contemporáneas (o poliarquías) son la compleja destilación de tres grandes corrientes históricas, que se han combinado en varios grados en diversos países y períodos históricos*”, quais sejam democracia⁷⁸, republicanismo⁷⁹ e liberalismo⁸⁰.

A democracia e o republicanismo inspiram efetividade decisória do poder político, contrabalançada pela imposição de controles institucionais, forjados na crença de que sempre há tendência de abuso de poder por quem o detém. Assim, se criam agências destinadas a supervisionar outras agências ou indivíduos situados no mesmo plano, sendo tal formatação “*consecuente con la negación por parte de la democracia de darle entidad substantiva a la esfera privada y con la aserción del republicanismo de que la esfera pública es la privilegiada*”. Mas, por outro lado, “*el liberalismo tiende al polo de la protección, centrado en la esfera privada*” impositivo de um grande aparato de garantias, “*para obtener la protección efectiva de estos derechos*” fazendo com que o liberalismo precise “*dotar al estado de grandes, y consecuentemente, siempre amenazantes poderes*”⁸¹.

Esta busca intercambiante e contraditória entre efetividade decisória e garantias se reflete na principiologia constitucional, sob uma ótica de que a divisão e

⁷⁷ O'DONNELL, Guillermo. Accountability Horizontal. La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política. **Revista ISONOMÍA**, N. 14, Abr./2001, p. 12.

⁷⁸ “*La democracia es también fuertemente mayoritaria; en última instancia lo que la mayoría decide se efectúa sin la obstrucción de derechos individuales o pre-políticos. Esto, por supuesto, como la memoria de Sócrates lo atestigua desde entonces, es peligroso*” (O'DONNELL, Guillermo. Accountability Horizontal. La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política. **Revista ISONOMÍA**, No. 14, Abril/2001, p. 12).

⁷⁹ “*La virtud es dedicarse al bien público, sin permitir que intereses privados o faccionales interfieran en esa tarea*”; ou, ainda, consoante lição que o autor extrai de Wood, (WOOD, Gordon S. “*Democracy and the American Revolution*”, en Dunn, John, (org.), *Democracy. The Unfinished Journey. 508 BC to AD 1993*, Oxford University Press: 1992, p. 104) “*lo expresa correctamente: ‘De acuerdo con la tradición republicana, el hombre era por naturaleza un ser político, un ciudadano que alcanzó su más grande realización moral participando en una república auto-gobernante. (...) el republicanismo puede ser peligroso, ya que conduce fácilmente al elitismo y la oligarquía: ¿por qué aquellos que dicen ser virtuosos deberían representar, o siquiera escuchar, a los que están sumergidos en la mezquindad de sus ocupaciones privadas*” (O'DONNELL, Guillermo. Accountability Horizontal. La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política. **Revista ISONOMÍA**, No. 14, Abril/2001, p. 11-12).

eran virtuosos--esto es, dispuestos a sacrificar sus intereses privados en pos de la comunidad ... La virtud pública era el sacrificio de los deseos e intereses privados por el interés público”

⁸⁰ “*El liberalismo, como el republicanismo, postula una distinción entre la esfera pública y la privada, pero invierte su valencia. Es en las múltiples actividades de la esfera privada-comenzando, históricamente, con la libertad de contrato y de creencia religiosa-- donde pueden alcanzarse las mejores potencialidades del ser humano*”. (O'DONNELL, Guillermo. Accountability Horizontal. La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política. **Revista ISONOMÍA**, No. 14, Abril/2001, p. 12).

⁸¹ O'DONNELL, Guillermo. Accountability Horizontal. La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política. **Revista ISONOMÍA**, No. 14, Abril/2001, p. 12-13.

balanço de poderes pode produzir controles mútuos destinados a impedir o mau uso ou abuso do poder.

Mais que simples divisão, o que se forjou ao início do constitucionalismo inaugurado nos Estados Unidos ao final do Século XVIII, e que se reflete também na atual Constituição do Brasil, foi um sistema de interpenetração entre os poderes, em que um exerce atribuições em campos predestinados a outro, arranjo concebido com o intuito de evitar abusos.

Mas isto não é suficiente para atingir tal objetivo, pois não se exclui conluio entre os que exercem poder para violar direitos reconhecidos. Então, *“es aquí donde el liberalismo erige otras barreras: afirma que hay derechos que ningún poder político puede ignorar o anular, por que esos derechos son superiores y/o anteriores a aquel poder”*⁸².

Embora a formulação jurídica engendrada a partir de 1889 tenha se proposto a conciliar estas tensões filosóficas e traçar uma linha clara entre o público e o privado, o desenho escrito no texto fundamental da República não tem sido suficiente para apagar os efeitos do patrimonialismo, pelo menos não na velocidade desejável.

A função pública, em sua feição burocrática desempenhada através do cargo público, desde o período colonial era vista, antes de meio para servir, como patrimônio do ocupante⁸³.

Como mostra HOLANDA, “para o funcionário ‘patrimonial’ a própria gestão pública apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos”⁸⁴.

O Rei não desconhecia esse proceder. Ao contrário, o fomentava, pois “caso a Coroa não oferecesse incentivos pecuniários ou tolerasse alguma margem de lucro

⁸² O’DONNELL, Guillermo. Accountability Horizontal. La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política. **Revista ISONOMÍA**, No. 14, Abril/2001, p. 15-16.

⁸³ “[...] a comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, e como negócios públicos, depois, em linhas que se demarcam gradualmente”. FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: Formação do Patronado Político Brasileiro** v.1. São Paulo: GLOBO, 2000, p. 819.

⁸⁴ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 145.

por parte de seus funcionários, ela sequer encontraria candidatos aos cargos [na colônia]”⁸⁵.

A Coroa, aliás, se valia do despojamento da Colônia de modo sistemático, como já advertia, ainda em 1655, o Padre António Vieira no *Sermão do bom ladrão*, em que registrava que os colonizadores “furtam, furtaram, furtavam, furtariam e haveriam de furtar mais, se mais houvesse”; e, enquanto as miseráveis províncias suportavam o saque, “eles, como se tiveram feito grandes serviços, tornam carregados de despojos e ricos, e elas ficam roubadas e consumidas”⁸⁶.

A apropriação de bens e valores públicos, aliás, sequer era tida como irregular. Cobrança de impostos por particulares, direitos de explorar produtos monopolizados pela Coroa e as próprias capitanias hereditárias eram esquemas em que os beneficiários eram “oficiais do rei recompensados com privilégios particulares, incluindo terras e parte da receita devida ao monarca”⁸⁷.

No Brasil colônia e no Império, o cargo trazia privilégios variados, eram ilhas de poder; e seus ocupantes um estamento que não obedecia a ordem burocrática lógica. Com isto, praticamente inexistia controle sobre os atos dos agentes públicos. Disto advinham “os conflitos, as disputas de atribuições, as resistências de funcionários que se dirigem diretamente ao Conselho Ultramarino, com proteções poderosas de pessoas da Corte, encostados no setor ministerial do governo”⁸⁸.

Como recorda FAORO, o governo seguia o dinheiro: “Onde há comércio há governo: a administração segue a economia, organizando-a para proveito do rei, senhor e regente do tráfico”. Disto se seguia uma um ambiente confuso, do qual “não resulta apenas a peita, a corrupção, senão a enxurrada de servidores e pretendentes

⁸⁵ RIBEIRO, Isolda Lins. **PATRIMONIALISMO E PERSONALISMO: A GÊNESE DAS PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, p. 8414. Disponível em: https://www.academia.edu/download/30283552/Isolda_Lins_Ribeiro_-_Conpedi_2011_-_Patrimonialismo_e_personalismo_-_a_genese_das_praticas_de_corrupcao_no_Brasil.pdf. Acesso em: 13/07/2020.

⁸⁶ VIEIRA, Padre António. **Sermão do Bom Ladrão**. Erechim: Edelbra, 1998, p. 8.

⁸⁷ VAINFAS, Ronaldo. A arte de furtar. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, a. 4, n. 42, mar./2009, p. 23.

⁸⁸ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: Formação do Patronado Político Brasileiro v.1**. São Paulo: GLOBO, 2000, p. 207.

a servidores, de soldados e dependentes, de reivindicadores de pensões para a velhice”⁸⁹.

A aproximação do privado com o público pressupunha a superação do nível profissional dos relacionamentos e o estreitamento de laços pessoais, pois este o perfil do brasileiro da época. Com efeito, “É bem ilustrativa a anedota [...] acerca de um negociante da Filadélfia que verificou ser necessário, para conquistar um freguês no Brasil ou na Argentina, principiar por fazer dele um amigo”⁹⁰.

Desse comportamento, baseado em vínculos diretos “de pessoa a pessoa, procedem os principais obstáculos que na Espanha, e em todos os países hispânicos – Portugal e Brasil inclusive – se erigem contra a rígida aplicação das normas de justiça e de quaisquer prescrições legais”⁹¹.

Então, mais que buscar a proximidade que levava à influência sobre os agentes do Estado, a classe dominante evoluiu, em seguida, para a própria apropriação dos postos na estrutura administrativa⁹².

Neste ponto, ao componente do patrimonialismo se somou o patriarcado⁹³, forjado na vida dos engenhos⁹⁴, espaços autônomos, espécies de feudos, mas agora sob a forma de fazendas, cada uma espécie de “república em si”, governada por seu patriarca, ‘o senhor de engenho’, título equivalente à nobreza em Portugal”⁹⁵.

⁸⁹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: Formação do Patronado Político Brasileiro v.1. São Paulo: GLOBO, 2000, p. 94.

⁹⁰ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 133.

⁹¹ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 134.

⁹² “A tendência se reforça, no século XVIII, com a venda de cargos públicos, porta ampla que permite à burguesia acotovelar, familiarmente, a aristocracia”. FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: Formação do Patronado Político Brasileiro v.1. São Paulo: GLOBO, 2000, p. 236.

⁹³ “Também se esmeraram em construir uma história edificante, unindo à figura do senhor aquela do ‘pai’ — bondoso e severo — e assim projetando uma sociedade patriarcal, na qual as mulheres cumpriram um papel basicamente secundário e a hierarquia teria lugar especial, jamais questionado. Aí estava o modelo dessa sociedade patriarcal brasileira; a família (do senhor) funcionando como esteio e anteparo, real e simbólico, para toda a organização social”.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. Edição do Kindle, p. 43.

⁹⁴ “que incluía a casa-grande, a senzala, a igreja, e também as pequenas plantações vizinhas, cujos trabalhadores ficavam sob a guarda do proprietário e dele dependiam. Em 1711, o jesuíta Antonil assim definia a posição social dos poderosos senhores locais: ‘O senhor de engenho é título a que muitos aspiram, porque traz consigo o ser servido, obedecido e respeitado de muitos’”. SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. Edição do Kindle, p. 46.

⁹⁵ RIBEIRO, Isolda Lins. **PATRIMONIALISMO E PERSONALISMO**: A GÊNESE DAS PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, p. 8414. Disponível em:

Os filhos dessa elite se instruíram (bacharelismo) e passaram a dominar a vida das vilas que se acercavam aos engenhos. Os senhores de engenho e seus parentes ocuparam os postos que se abriam no governo e, com isto, passaram a gozar de prestígio e acesso direto ao rei⁹⁶. Nesses postos, os ganhos iam muito além da remuneração do cargo, pois, “os salários [...] eram ínfimos se comparados às oportunidades de lucrativos ‘negócios’ paralelos que se descortinavam esses servidores públicos”⁹⁷.

A apropriação privada do Estado não cessou com o estabelecimento do Império⁹⁸, só lhe deu nova roupagem. Aliás, inaugurou-se novo expediente de cooptação de apoio político e financeiro à Coroa que fugia de Napoleão: a distribuição de honrarias e títulos de nobreza.

O resultado foi que, em apenas oito anos o Império distribuiu mais títulos de nobreza que Portugal nos trezentos anos anteriores. Formou-se uma elite servil e interesseira, nada preocupada com vetores éticos “movida pelo espírito de ‘troca (‘é dando que se recebe’))”, elite esta que, uma vez ascendendo ao poder, “sedimentou um verdadeiro cancro na estrutura administrativa”⁹⁹.

https://www.academia.edu/download/30283552/Isolda_Lins_Ribeiro_-_Conpedi_2011_-_Patrimonialismo_e_personalismo_-_a_genese_das_praticas_de_corrupcao_no_Brasil.pdf. Acesso em: 13/07/2020.

⁹⁶ Colonialismo, patrimonialismo e o bacharelismo convergem para formar um ambiente de pretensão legalismo, que parte da apropriação de postos chave no Legislativo e Executivo por juristas, crentes no poder da lei como solucionadora de todos os problemas. “Nosso jurista se vê como [...] um organizador do mundo, reformador universal. Feita a lei, o problema para ele está resolvido, não lhe interessando sua execução” (MURILO DE CARVALHO, José. Escola de transgressão. **Revista de História da Biblioteca Nacional**. a. 4, n. 42, mar./2009, p. 20-21). Enquanto isso, no seu ambiente ‘feudal’, muitos dos descendentes das grandes fazendas escravocratas, em que se prendia, julgava e condenava, ali mesmo, quem transgredisse a ordem do seu senhor, ocupam ainda hoje cargos no Legislativo, enquanto mantém as velhas práticas, agora sob a roupagem de manter trabalhadores em condições análogas a de escravo.

⁹⁷ RIBEIRO, Isolda Lins. **PATRIMONIALISMO E PERSONALISMO: A GÊNESE DAS PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, p. 8414. Disponível em: https://www.academia.edu/download/30283552/Isolda_Lins_Ribeiro_-_Conpedi_2011_-_Patrimonialismo_e_personalismo_-_a_genese_das_praticas_de_corrupcao_no_Brasil.pdf. Acesso em: 13/07/2020.

⁹⁸ “No início do século XVIII, o contrabando de ouro, sempre acompanhado dos efeitos deletérios inerentes às práticas dessa natureza (v.g., evasão tributária e corrupção), disseminou-se mesmo no meio religioso. Era prática comum, entre os denominados ‘frades renegados’, o transporte de ouro em pó no interior das estátuas de madeira que portavam, daí a expressão ‘santinho do pau oco’”. GARCIA, Emerson. **Repressão à Corrupção no Brasil: entre realidade e utopia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 2.

⁹⁹ GARCIA, Emerson. **Repressão à Corrupção no Brasil: entre realidade e utopia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 3-4.

Como acima mencionado, a Proclamação da República não mudou o quadro, apenas juntou, como diz RIBEIRO, “peças anacrônicas e ideias de vanguarda” para criar um *neopatrimonialismo*, que perdura até os dias atuais e que se baseia na lógica patrimonial que opera nas sombras, com “dificuldades para se legitimar no plano macro, conquanto no plano micro (aquele das pequenas propinas e apropriações que grande parte da população pratica) não haja maior questionamento de sua ilegitimidade formal”¹⁰⁰.

A Primeira República, aliás, experimentou um desdobramento do patriarcado, o *coronelismo*¹⁰¹, que ainda se faz sentir nas relações público-privadas, sobretudo na esfera das eleições. Onde havia carência, o *coronel* atuava, sendo a mão que promovia a assistência necessária, às custas do erário e graças aos contatos poderosos que detinha, alinhados pelos votos que provia. Nesta conjuntura, o poder local era exercido sobre hipossuficientes para capitanear apoio aos interesses de governantes estaduais e federal; e era retribuído com favores e nomeações para cargos, negados com veemência aos opositores.

Assim se formou uma sociedade acostumada a ver a confusão do público com o privado e pouco afeita ao cumprimento de normas. Muitas leis, embora promulgadas e publicadas, ‘não pegam’, termo que expressa a inefetividade da norma em alterar comportamentos sociais. Outras medidas são tomadas apenas ‘para inglês ver’¹⁰², ou

¹⁰⁰ RIBEIRO, Isolda Lins. **PATRIMONIALISMO E PERSONALISMO: A GÊNESE DAS PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, p. 8417. Disponível em: https://www.academia.edu/download/30283552/Isolda_Lins_Ribeiro_-_Conpedi_2011_-_Patrimonialismo_e_personalismo_-_a_genese_das_praticas_de_corrupcao_no_Brasil.pdf. Acesso em: 13/07/2020.

¹⁰¹ “Qualquer que seja, entretanto, o chefe municipal, o elemento primário desse tipo de liderança é o “coronel”, que comanda discricionariamente um lote considerável de votos de cabresto. A força eleitoral empresta-lhe prestígio político, natural coroamento de sua privilegiada situação econômica e social de dono de terras. Dentro da esfera própria de influência, o “coronel” como que resume em sua pessoa, sem substituí-las, importantes instituições sociais. Exerce, por exemplo, uma ampla jurisdição sobre seus dependentes, compondo rixas e desavenças e proferindo, às vezes, verdadeiros arbitramentos, que os interessados respeitam. Também se enfeixam em suas mãos, com ou sem caráter social, extensas funções policiais, de que frequentemente se desincumbe com a sua pura ascendência social, mas que eventualmente pode tornar efetivas com o auxílio de empregados, agregados ou capangas”. LEAL, Vitor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o regime representativo no Brasil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2012. Edição do Kindle, p.24.

¹⁰² Termo que remete ao expediente usado no Império para satisfazer às pressões inglesas contra o comércio de escravos, o qual, na prática, não foi cessado. “O tráfico negreiro, não obstante os múltiplos tratados e atos normativos firmados, por pressão inglesa, com o objetivo de proscrevê-lo, passou a dominar a rotina do jovem Império brasileiro. Eram medidas ‘para inglês ver’. O tráfico gerou uma economia paralela, à margem da lei, em que o suborno era instrumento usual para que as autoridades continuassem a compactuar com prática tão espúria”. GARCIA, Emerson. **Repressão à Corrupção no Brasil: entre realidade e utopia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4.

seja, para dar a impressão de se estar agindo na conformidade do esperado, mas sem a real intenção de alterar o *status quo*.

A cordialidade, que é “a maneira como os brasileiros usam o afeto em vez de se aplicarem no exercício da razão”¹⁰³, implica fazer do outro um amigo para com ele estreitar laços e angariar negócios; e o jeitinho, a criatividade para contornar obstáculos, ainda que de ordem legal, para se chegar ao resultado visado, estão incrustados nas relações público-privadas, com efeitos deletérios, tais a desigualdade de tratamento e proteção que ocasionam e, que muito se reflete na importância de se ter amigos e conexões poderosos, o que é bem sintetizada na expressão ‘você sabe com quem está falando?’¹⁰⁴.

Com efeito, “como nossa República é frágil, ela se torna particularmente vulnerável ao ataque de seus dois principais inimigos: o patrimonialismo e a corrupção”¹⁰⁵.

A Constituição Federal de 1988, não obstante o enraizado patrimonialismo, não adotou postura conformista com as contradições históricas entre este e a República. Ao contrário, buscou no estabelecimento de um modelo burocrático¹⁰⁶ de organização

¹⁰³ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle, p. 69.

¹⁰⁴ “O ‘sabe com quem está falando?’ - e podemos dizer com isto, sem receio de cometer um curto-circuito sociológico – é um instrumento de uma sociedade em que as relações pessoais formam o núcleo daquilo que chamamos de ‘moralidade’ (ou ‘esfera moral’) e tem um enorme peso no jogo vivo do sistema, sempre ocupando os espaços que as leis do Estado e da economia não penetram. A fórmula ‘sabe com quem está falando?’ é, assim, uma função de dimensão hierarquizadora e da patronagem que permeia nossas relações diferenciais e permite, em consequência, o estabelecimento de elos personalizados em atividades basicamente impessoais”. DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 195.

¹⁰⁵ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle, p. 68.

¹⁰⁶ “É o tipo ideal de uma organização formal da sociedade, caracterizada pela legitimação hierárquica da autoridade, com poderes e responsabilidades atribuídas a funcionários que ocupam posições numa determinada hierarquia marcada pelo direito à carreira. Cada posição tem objectivos previamente fixados e há uma codificação de todas as regras de conduta que tratam da organização como um todo, onde há ordens comunicadas por escrito. Para Weber trata-se de uma das características do Estado Moderno, um conjunto de pessoas marcadas pela competência e não pela fidelidade. O Estado Moderno seria, acima de tudo, um Estado Racional marcado pelo surgimento de uma administração burocrática. E isto porque em todos os domínios (Estado, Igreja, exército, partido, empresa econômica, grupo de interesses, associação, fundação, etc.), o desenvolvimento das formas modernas de agrupamento identifica-se muito simplesmente com o desenvolvimento e com a progressão constante da administração burocrática: o nascimento desta é, por assim dizer, o esporo do Estado ocidental moderno”. VERAS, Carlos Magno dos Anjos. **Teoria Burocrática**. Disponível em: https://www.academia.edu/4206271/Formalidade_Impessoalidade_Profissionalismo_Disfun%C3%A7%C3%B5es_Valoriza%C3%A7%C3%A3o_dos_regulamentos_normas_e_instru%C3%A7%C3%B5es_Valoriza%C3%A7%C3%A3o_da_hierarquia_Defesa_de_grupos_externos_Defesa_de_interesses_pessoais. Acesso em: 23/03/2022.

estatal, após atenuado e readequado em 1998 com a Emenda Constitucional nº 20, um escudo contra o patrimonialismo¹⁰⁷. Nesta senda, desenhou diversos princípios de reforço ao ideal republicano, de respeito à ordem e interesse públicos e de promoção da probidade no setor público, como examinado a seguir.

1.3 PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL DE REFORÇO AO IDEAL REPUBLICANO E DE PROMOÇÃO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

A centralidade dos princípios na ordem constitucional foi destacada por HABERMAS quando enunciou que “Simplesmente, não existe um direito que não poderia ser limitado, com base em considerações de princípios”. Invocando o princípio da ação recíproca, estabelecido pelo Tribunal Constitucional Federal, segundo o qual “cada elemento isolado da ordem jurídica pode, no seu todo e de acordo com o contexto, ser interpretado de modo diferente, a partir da compreensão da ‘ordem axiológica da lei constitucional’”, conclui que “no sentido reconstruído do todo, estabelece-se, na verdade, não a nível do conteúdo dos diplomas, mas sim, metodicamente, uma bigradação entre ordem legal e princípios legitimadores”¹⁰⁸.

Na atual quadra, não há mais espaço para negar o caráter normativo dos princípios. Basta invocar o pensamento de BOBBIO¹⁰⁹, que não deixa margem a equívocos:

os princípios são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-

¹⁰⁷ “Embora atualmente muito se fale sobre uma visão gerencial da Administração Pública e suas vantagens em relação ao modelo burocrático, deve-se a este os meios pelos quais foi possível um abandono lento e gradual de uma visão patrimonialista dos bens públicos”. SILVA, Murilo Silveira Corrêa; OLIVEIRA JUNIOR, José Galbio. Reforma administrativa, patrimonialismo e impessoalidade. **Revista Consultor Jurídico**, edição 23/09/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-23/opiniao-reforma-administrativa-patrimonialismo-impessoalidade>. Acesso em: 23/03/2022.

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 49.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Brasília: UNB, 1996, p. 158-159.

regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

DWORKIN, cuja construção teórica se ampara no sistema de *common law*, compartilha da visão quanto à normatividade dos princípios, conquanto destaque ser difícil extrair deles aprioristicamente posturas impositivas, destacando que “Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”. Seus entrecosques se resolvem na “dimensão de peso ou de importância” de modo que aquele que “vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”¹¹⁰. Com relação às regras, identifica somente uma distinção de natureza lógica, que não afeta seu caráter normativo:

Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então, ou a regra jurídica é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão¹¹¹.

ALEXY não destoa da compreensão agregadora e plenamente normativa dos princípios, vendo-os como ‘mandamentos de otimização’ que impõem a realização de seu conteúdo na extensão do possível fática e juridicamente, à luz das circunstâncias dadas¹¹².

Também é de se destacar o papel reconhecido por CANOTILHO aos princípios, tendo-os, em aproximação com HABERMAS, como normas fundantes do sistema: “os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas”; embora ostentem “um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida”. E, tanto quanto DWORKIN, neles identifica grau de determinabilidade relativo, decorrente do fato de “serem vagos e indeterminados”, de

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 40-42.

¹¹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

¹¹² “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 90.

modo que “carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa”¹¹³.

Entre os juristas nacionais, CARVALHO lhes reconhece a função de “linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas”, acrescentando que eles causam “uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença”¹¹⁴.

Ainda, aos princípios se atribui, no constitucionalismo contemporâneo, tentativa de reaproximar o Direito da moral, especialmente “após as péssimas experiências positivistas de uma cientificidade do direito calcada na neutralidade, na pureza e na objetividade”. Neste passo, os princípios cumprem importante função de possibilitar que a ciência jurídica seja permeável a valores morais pois é através deles que se pode fazer uma leitura moral da Constituição. E isso tem grande impacto na atuação da Administração Pública, pois compreende-se esta como regida por um feixe de juridicidade, na observância da Lei e do Direito e não mais na estrita legalidade. Além disso, a principiologia constitucional se reflete direta e impositivamente no modo de decidir da Administração Pública, papel que “passa a ser desempenhado por meio de escolhas legítimas, calcadas no sistema constitucional. [...] em que no lugar de controles estritos, coloca-se um controle de natureza constitucionalista e principialista”¹¹⁵.

Em conclusão, o constitucionalismo calcado em princípios compreende a força normativa dos princípios; raciocínio jurídico menos formalista e mais aberto à ponderação; constitucionalização do Direito, com irradiação das normas constitucionais sobre todos os setores da ordem jurídica; reaproximação entre Direito

¹¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.086.

¹¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 262.

¹¹⁵ CRAVO, Daniela Copetti. Princípios constitucionais como parâmetro de controle da administração pública: como garantir legitimidade? **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v 37, p. 9-34, n. 77, p. 30.

e moral; o que deságua na judicialização da política e das relações sociais, que atribui certo deslocamento de poder do Executivo e Legislativo para o Judiciário¹¹⁶.

Não obstante esta função central atribuída pelo constitucionalismo contemporâneo, vale muito a advertência de SARLET, apregoando interpretação criteriosa e responsável da principiologia constitucional, pois “as normas da Constituição – e, no nosso entender, especialmente aquelas que versam sobre os princípios e direitos fundamentais – não devem ser tratadas como um espelho, no qual todos enxergam o que desejam ver”¹¹⁷.

Portanto, partindo da premissa de que os princípios valem, e muito, passa-se ao exame daqueles mais vinculados com a promoção da probidade administrativa na Constituição de 1988.

1.3.1 Legalidade

Não há como caracterizar uma conduta como republicana e prova se esta não se encaixar, antes de tudo, no parâmetro da legalidade. Contudo, este princípio passou por ressignificação importante, evoluindo da mera conformação formal para com a moldura legal para a imposição de um parâmetro mais amplo, inspirado por todo o conjunto normativo (regras e princípios) que regem a ação estatal, ligando-se, assim, à própria ideia de juridicidade e Estado de Direito.

Como lembra BRITO, a lei é o ponto de partida que rege a administração, mas não é seu único guia. “O direito especificamente aplicável a esse tipo de administração começa com a lei, mas não acaba com ela”¹¹⁸, pois é informado pelos demais princípios regentes da administração, os essenciais insertos no art. 37 da Constituição Federal, e não apenas eles.

Segundo SUNDFELD¹¹⁹, a ideia de Estado Democrático de Direito é compreendida em quatro vetores essenciais: a. supremacia da Constituição, b.

¹¹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 442.

¹¹⁸ BRITO, Carlos Ayres. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 911.

¹¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Estado Democrático de Direito. **Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo** – CE/PGE/SP, vol. 14, n.º 4, abr./1990, p. 125.

separação de funções estatais em órgãos independentes e autônomos; c. superioridade da lei; d. garantia de direitos ao indivíduo, oponíveis mesmo em face do Estado. A enunciação constante do art. 1º da Constituição Federal (“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”) tem efeitos jurídicos concretos e imediatos, ao tornar antijurídica: a. a invasão de um Poder sobre atribuições de outro, b. o desrespeito a direitos de qualquer cidadão, c. qualquer restrição ao conhecimento e controle dos cidadãos sobre atos estatais; d. restrições à participação cívica nos assuntos públicos.

Esta vinculação à ordem jurídica é que qualifica o Estado como ‘de Direito’. E para merecer a qualificação ‘democrático’, o Estado deve ser organizado de forma que suas decisões sejam fruto de ampla participação popular. Como leciona CANOTILHO, o Direito limita o Estado e o povo legitima o poder político¹²⁰. O governo é sempre um governo subordinado às leis (*gouvernement under law*)¹²¹, o que repele personalismos e absolutismos na condução do Estado. Para além de um Estado Constitucional, a qualificação ‘democrático’ decorre “de uma ordem de domínio legitimada pelo povo”, com o poder do Estado sendo exercido de forma democrática¹²².

Interessante notar, a partir das lições de STRECK e MORAIS, que o Estado brasileiro que se inaugura em 1988 evolui de um formato liberal para o social. Não que isto implique em abandono do ideário liberal, mas vai além, para contemplar direitos e deveres da sociedade. Com isto, o Estado assume compromisso de transformar e tem a lei “como um instrumento de transformação por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade”¹²³.

Ao listar os valores fundantes da república, o constituinte teve em conta os direitos sociais como uma categoria jurídica essencial da ordem, no mesmo patamar

¹²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 231.

¹²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 94.

¹²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 98.

¹²³ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 104.

dos direitos políticos e civis¹²⁴. Não são promessas, mas objetivos a serem realizados. Isto configura a tarefa transformadora e promotora de direitos por parte do Estado, a qual tem implicação direta com a expansão do gasto público, tema que se conecta com a necessidade de aplicação racional (sem corrupção) do gasto estatal. Sem isto, comprometem-se os objetivos essenciais do Estado brasileiro.

O fato é que o vetor da legalidade, tal qual se compreende modernamente, traz a noção de que é ao Direito que política e Estado devem se conformar, não o contrário¹²⁵, naquilo que CANOTILHO chama de “domesticação do domínio político pelo Direito”¹²⁶.

Nesta linha, tem-se o Estado Democrático de Direito “como organização jurídica do poder, que se assenta em alguns princípios elementares e na declaração e garantia dos direitos fundamentais (cuja efetivação é sua finalidade, o motivo pelo qual foi criado)”. Em tal contexto, a legalidade e separação de Poderes, no viés tradicional do Estado liberal recebe novo significado, pois “apresenta um conjunto mais amplo dos princípios que o compõem indispensavelmente, como o princípio da certeza jurídica, da segurança jurídica, da irretroatividade das leis e do direito adquirido”¹²⁷.

A relação entre Estado e Lei ganha novos contornos, mais dinâmicos e complexos:

No Estado Democrático de Direito, fica patente a inter-relação entre Estado e Direito decorrente do princípio da legalidade: ao mesmo tempo em que é o Estado que elabora, executa e aplica leis, somente pode atuar, em qualquer de suas funções legislativa, executiva ou judiciária, vinculado, submetido à lei, à ordem jurídica. Por outro lado, o Estado não fica apenas limitado pela lei (nos moldes do Estado Liberal), mas é através dela que se coloca em condições de realizar intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da sociedade, ou seja, a lei passa a desempenhar relevante papel na transformação da realidade social¹²⁸.

Interessante notar, neste processo de assenhoreamento do poder pelo povo, que os direitos fundamentais estão na base do Estado Democrático de Direito. As

¹²⁴ GERVASONI, Tássia Aparecida; BOLESINA, Iuri. **Os direitos sociais como elemento de sustentabilidade e fundamentação do Estado democrático de direito**. REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v.10, n.2, p.127-144, mai./ago.2015, p. 139.

¹²⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant**. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 325.

¹²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93.

¹²⁷ TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 114.

¹²⁸ TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 114.

pessoas deixam de ser súditos para se tornarem destinatários do poder estatal, mediado e exercido dentro da ordem jurídica, cuja origem é o consenso obtido no processo estabelecido pelo regime democrático e “cujas condições de possibilidade são o princípio da liberdade e o princípio da igualdade”¹²⁹.

Como lembra BARROSO, no Estado Democrático de Direito, a fonte do poder é o povo, que decide sobre a forma, conteúdo e finalidade de seu exercício. Não mais impera a “dualidade cunhada pelo liberalismo, contrapondo Estado e sociedade. O Estado é formado pela sociedade e deve perseguir os valores que ela aponta”¹³⁰.

Em suma, a baliza inicial da correção da ação estatal é a ordem jurídica positiva, mas informada por todo um plexo de valores (princípios), que direcionam a atividade pública para fins predeterminados e irrenunciáveis. Há intensa conexão e diálogo entre a legalidade e outros valores, como a moralidade.

1.3.2 Moralidade administrativa

Delimitar o significado da moralidade administrativa é tarefa árdua, pois expressa valor aberto e de definição fluida e casuística, o que torna frequentemente difícil uma resposta exata quanto ao seu cumprimento *in concreto*. Esta dificuldade, contudo, é contrabalançada pela maleabilidade que alberga, o que enseja se adequar à realidade de dado momento¹³¹.

Importante, contudo, ter em conta “que ela (moralidade) não é inerente aos eventos humanos, mas sim valorada pelos intérpretes (relação sujeito e objeto) [...] sempre se referindo a determinadas condutas”¹³².

Consoante explanam JURIENA e LEAL, se atribui a Maurice Hauriou a sistematização da noção de moralidade administrativa. Na visão do autor francês, “não se busca impor, na prática da atividade administrativa, uma moral comum, mas sim uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da

¹²⁹ TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 117.

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89.

¹³¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 110-111.

¹³² CABRAL, Flávio Garcia. Características do princípio da moralidade administrativa como valor. **Revista da AGU**, Brasília-DF, ano 14, n. 02, p. 133-160, abr./jun. 2015, p. 158.

disciplina interior da Administração”¹³³. Este conjunto normativo é composto por regras regentes da atividade administrativa e valores como ética, razoabilidade, respeito ao próximo, justiça e honestidade¹³⁴, assim como pelas noções de lealdade e boa-fé¹³⁵. Como demonstra GARCIA, sintetizando o pensamento de HAURIUO:

Hauriou captara e desenvolvera a idéia de que o Estado não é um fim em si mesmo, mas, sim, um instrumento utilizado em prol do interesse público, o que exigia a construção de mecanismos que o mantivessem adstrito a este fim, tendo concluído, a partir das decisões do Conselho de Estado, ‘que os poderes da administração têm um certo objetivo ou que os atos da Administração têm uma certa causa final que é o interesse público ou a boa administração, e que se o administrador, no lugar de agir dentro do interesse geral, tomou sua decisão, seja sob influência de um interesse particular a satisfazer, seja mesmo sob a influência de um interesse fiscal, há um desvio de poder e o ato deve ser anulado’¹³⁶.

Com base nesta doutrina, fixou-se no Brasil a noção de que a moralidade administrativa aponta para a realização da boa administração, aquela que satisfaz aos interesses públicos¹³⁷. Portanto, sua definição demanda “contextualização no sistema estatal (e jurídico) em que ela se encontra positivada”, pelo que há de ser compreendida sob o prisma do Estado Social e Democrático de Direito, “pois é essa a configuração estatal básica definida pela Carta Magna ora vigente”¹³⁸.

Nesta senda, é importante não confundir a moralidade administrativa com a moral comum, pois aquela se qualifica como algo específico, informada que é por um conjunto normativo próprio¹³⁹, extraído da disciplina interior da Administração Pública.

A incorporação da moralidade administrativa na disciplina do Administração é um salto hermenêutico importantíssimo, pois agrega ao agir do administrador, para além de uma conformação formal ao princípio da legalidade, a necessidade de seguir uma valoração ética da conduta, aferida pelo atendimento *in concreto* do interesse

¹³³ JURUENA, Cynthia Gruending; LEAL, Rogério Gesta. Interloquções necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **Barbarói**, Santa Cruz do Sul, Edição Especial n.42, p.268-287, jul./dez. 2014, p. 278.

¹³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1016.

¹³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 123.

¹³⁶ GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. **Revista de informação legislativa**, v. 39, n. 155, p. 153-173, jul./set. 2002, p. 160.

¹³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação, **Revista de Direito Administrativo**, v. 190, p. 1-44, 1992, p. 8.

¹³⁸ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 1, p. 104-120, 2016, p. 106.

¹³⁹ “A moral administrativa, por sua vez, é extraída do próprio ambiente institucional, condicionando a utilização dos meios (*rectius*: poderes jurídicos) previstos em lei para o cumprimento da função própria do Poder Público, a criação do bem comum”. GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. **Revista de informação legislativa**, v. 39, n. 155, p. 153-173, jul./set. 2002, p. 162.

público. “A moralidade administrativa coexiste com a legalidade, não sendo mero apêndice desta”. Atua “como um mecanismo aglutinador, extraindo o sumo de todos os princípios regentes da atividade estatal e condensando-os em *standards*”¹⁴⁰.

Assim, é imperativo que a atuação administrativa e de seus agentes ocorra dentro de princípios éticos, cuja violação caracteriza infração à ordem jurídica, já que tais valores são positivos¹⁴¹, conectando moral e direito, como é próprio da principiologia constitucional. Sua incorporação no plano constitucional revela evidente “preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público”¹⁴².

Trata-se, assim, da estipulação de um filtro constitucional, que pode ser encaixado na teoria da responsabilidade de DWORKIN, impondo ao poder público uma “responsabilidade intelectual, ética, prática e moral, ou melhor, uma responsabilidade como virtude”, uma responsabilidade verificada entre pessoas e acontecimentos¹⁴³.

Por ser extraída não apenas da disciplina interna da Administração, mas, antes, vir elencada em diversas referências implícitas da Carta Política (como art. 5º, incisos LXVIII, LXIX e LXXIII), eleva-se à condição de “princípio constitucional fundamental [...], norma constitucional dotada de grau superior quando comparada aos demais princípios e regras constitucionais”¹⁴⁴. Neste passo, “a moralidade administrativa impõe a atuação proba, razoável e cooperativa da Administração Pública, suas entidades, órgãos e agentes públicos”¹⁴⁵, isto tanto em suas relações intrainstitucionais quanto na interface com os cidadãos.

Como especificação da moralidade tem-se o princípio da probidade administrativa, que informa as regras de vedação à improbidade, versadas no Capítulo

¹⁴⁰ GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. **Revista de informação legislativa**, v. 39, n. 155, p. 153-173, jul./set. 2002, p. 165.

¹⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 123.

¹⁴² ALMERON, Vanessa Manganaro de Araújo. Da importância da aplicação do princípio da moralidade na administração pública. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 5, n. 2, p. 55-68, ago. 2010, p. 66.

¹⁴³ DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias; CRISTO, Thais Karine de. O sistema de responsabilidade da teoria da unidade de valor, de Dworkin, como conceito epistemológico do princípio constitucional da moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 79 – 98, Jul./Dez. 2018, p. 96.

¹⁴⁴ FRANÇA, Vladimir da Roça. Considerações sobre o controle de moralidade dos atos administrativos. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 27, p.58-74, 1999.

¹⁴⁵ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 1, p. 104-120, 2016, p. 118.

3. Trata-se de um subprincípio da moralidade que mira a conduta do agente público e estabelece sanções específicas para quem se desvia do dever jurídico de agir conforme parâmetros de boa-fé, honestidade e boa administração¹⁴⁶.

A improbidade é, assim, a ação do servidor público que nega o valor da probidade, ou seja, que se distancia daquilo que é “honesto, justo, reto, honrado, do que tem caráter íntegro, que cumpre seus deveres e é criterioso ao agir”¹⁴⁷.

A Constituição Federal não a define, mas atrela a ideia de ato de improbidade à atuação administrativa que fere princípio da moralidade. As consequências previstas, seja pela Carta, seja pela LIA, são severas “e conduzem à conclusão de que o ato de improbidade não é uma simples violação da ordem jurídica”¹⁴⁸. Mais que um agir antijurídico, é uma ilegalidade que se qualifica pela desonestidade¹⁴⁹ na gestão dos interesses públicos a cargo do agente. A marca da má-fé¹⁵⁰ é essencial¹⁵¹.

A probidade é uma qualidade do administrador público, diretamente ligada ao princípio da moralidade¹⁵². Não apenas uma qualidade, já que foi transformada em dever jurídico pela Constituição de 1988 e amplificada pela LIA. Por esta razão, o agente que não se porta de modo probo se sujeita a graves consequências legais.

É essencial perceber que o Direito, ao estabelecer moralidade e probidade como bens jurídicos protegidos pelo ordenamento, amparável por remédios

¹⁴⁶ ALMERON, Vanessa Manganaro de Araújo. Da importância da aplicação do princípio da moralidade na administração pública. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 5, n. 2, p. 55-68, ago. 2010, p. 64.

¹⁴⁷ GOMES, José Jairo. In SAMPAIO, José Adércio Sampaio Leite et al. **Improbidade administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 245.

¹⁴⁸ PORTO NETO, Benedicto Pereira; PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende. **Violação ao dever de licitar e a improbidade administrativa**. In *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115-116.

¹⁴⁹ “É mais que a singela atuação desconforme com a fria letra da lei. Em outras palavras, não é sinônimo de mera ilegalidade administrativa, mas de ilegalidade qualificada pela imoralidade, má-fé. Em suma, pela falta de probidade do agente público no desempenho da função pública”. PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 19.

¹⁵⁰ “O princípio da boa-fé abrange um aspecto objetivo, que diz respeito à conduta leal, honesta, e um aspecto subjetivo, que diz respeito à crença do sujeito de que está agindo corretamente. Se a pessoa sabe que a atuação é ilegal, ela está agindo de má-fé”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 122.

¹⁵¹ “A Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e de boa-fé” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgInt no AREsp 569.385/SE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 06/03/2019).

¹⁵² “[...] o princípio da moralidade exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, mesmo que não previstas na lei. Constituem, pois, violação ao princípio da moralidade a conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa criada pela Administração”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 94.

processuais preestabelecidos, como a ação popular, “está outorgando ao cidadão legitimação ativa para provocar o controle judicial dos atos que sejam inválidos por ofensa a valores ou preceitos morais juridicizados”¹⁵³.

Esta vinculação estreita entre moralidade e cidadania é um dos pilares que fundamenta a presente tese e que será mais detalhada no Capítulo 5.

1.3.3 Eficiência

O conceito de eficiência foi importado das ciências de Administração, na esteira do movimento por uma Administração Pública gerencial¹⁵⁴, inserida em ideal de uma “Nova Gestão Pública”, inspirado por aspirações a um Estado mínimo, redução do espectro das funções públicas, perseguição do princípio empresarial da eficiência e para os “clientes” e revisão do quadro de funcionalismo público de carreira¹⁵⁵.

No Brasil, este movimento culminou na Emenda Constitucional nº 20 de 1998, cujo objetivo, na seara administrativa, era a promoção de uma Administração mais profissional e eficiente.

No entanto, a importação do instituto da eficiência, sem maior elaboração de seu conteúdo jurídico, ocasionou certa imaturidade científica e dificuldade prática, no campo do Direito, para lidar com o princípio; fator que, todavia, não ofusca seu caráter de norma positiva, com igual natureza “jurídica, hierarquia normativa e densidade axiológica que os demais princípios da Administração Pública brasileira”¹⁵⁶.

¹⁵³ CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.113.

¹⁵⁴ “A eficiência como diretriz a ser seguida pelo Estado representa a incorporação da feição gerencial à gestão estatal, visando uma maior racionalização administrativa, atrelada à economia de recursos e a uma otimização dos gastos realizados. Não basta mais atuar de acordo com a lei, mas deve-se agir, nos limites da legalidade, da melhor forma possível em termos de gestão dos gastos e cumprimento das finalidades”. CABRAL, Flávio Garcia. O princípio da eficiência administrativa na jurisprudência do TCU. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 151-174, jan./abr. 2018, p. 163.

¹⁵⁵ CARVALO, Fabíola Cristina da Costa de; SILVA, Cássia Carolina Borges da; GARCIA, Ana Paula Padro; DUQUE, Flávia de Paula. “Juntos Faremos”: Deliberação como Alternativa de Gestão na Administração Pública. **Administração Pública e Gestão Social**, 7(2), pp. 63-71, abr.-jun./ 2015, 63-71, p. 64.

¹⁵⁶ GABARDO, Emerson. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Tomo II (recurso eletrônico). Direito administrativo e constitucional. Coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 3.

A eficiência desdobra-se nos atributos de racionalização, produtividade, economicidade e celeridade¹⁵⁷, os quais estão a demandar da Administração ações eficazes¹⁵⁸ e eficientes, no sentido de sempre alcançar as finalidades públicas acometidas ao ente ou órgão de forma ótima e com o menor custo.

No entanto, “A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro”¹⁵⁹ ou redução de custos, pois a finalidade central da Administração não é financeira, mas a realização de direitos. Neste agir, deve buscar cumprir seus objetivos da forma mais econômica e efetiva o possível, sempre tendo como critério primordial a garantia das finalidades públicas que pensam sobre si.

Trata-se de “desempenhar as atividades administrativas no sentido de produzir resultados os mais satisfatórios possíveis ao atendimento das necessidades da coletividade e da própria máquina administrativa, dispendendo o mínimo de recursos públicos para tanto”¹⁶⁰. Na mesma linha, a eficiência expressa a contingência de “exercício da função administrativa de maneira célere, gerando menores custos, seja isoladamente, seja em uma relação entre os custos e os benefícios alcançados, sempre buscando o cumprimento das finalidades legais”¹⁶¹.

Como destaca FRANÇA, a aplicação do princípio da eficiência não se dá de forma estanque. Ao contrário, é sempre preciso conciliá-lo com outros valores constitucionais, pois a eficiência, “demonstrada pela otimalidade de Pareto [...] Não presta para o alcance da resposta imposta pela Constituição. Assim, mister se faz a

¹⁵⁷ GABARDO, Emerson. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Tomo II (recurso eletrônico). Direito administrativo e constitucional. Coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 6.

¹⁵⁸ “Nesta perspectiva, seria possível compreender o significado da expressão eficiência como a relação entre custo (input de energia) “real” e o custo “padrão” (ou desejado), enquanto a eficácia seria definida pela relação entre o produto (output de energia) “real” e o produto “padrão”. Neste último caso, verifica-se claramente uma separação entre meios (condicionadores da eficiência) e fins (determinantes da eficácia)”. GABARDO, Emerson. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Tomo II (recurso eletrônico). Direito administrativo e constitucional. Coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 5.

¹⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. **Revista de Doutrina do TRF4**. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao032/alexandre_aragao.html. Acesso em: 21/03/2022.

¹⁶⁰ MORAIS, Dalton Santos. Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 237, p. 165-196, Jul./Set. 2004, p. 192.

¹⁶¹ CABRAL, Flávio Garcia. O princípio da eficiência administrativa na jurisprudência do TCU. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 151-174, jan./abr. 2018, p. 171.

produção de sua filtragem, por meio dos valores do Direito, para que tenha serventia a esperada atividade da boa administração”¹⁶².

A eficiência administrativa, portanto, requer que a lei seja cumprida, mas não de qualquer forma, e sim pelo modo em que o atendimento da legalidade se dê pela melhor forma possível para alcance da finalidade pública em questão¹⁶³.

No direito europeu, a eficiência também é associada à ideia de boa administração, compreendida como “aquela que constrói essa relação de confiança” com o cidadão, a quem toda a atividade estatal deve visar para “proporcionar-lhe as ferramentas capazes de a fazer sentir como verdadeiro titular do poder público e da Administração”¹⁶⁴.

Eficiência, então, expressa a busca de um equilíbrio entre dois objetivos: “respeitar as imposições financeiras e responder às necessidades dos cidadãos-usuários”, sendo de se destacar que tal balanceamento não vem adrede configurado, havendo de ser determinado pelos “tomadores de decisões políticas, levando em conta a situação da coletividade”¹⁶⁵.

Como corolário da eficiência, está a exigência de que os agentes públicos sejam capacitados tecnicamente para suas missões, profissionais na essência do termo¹⁶⁶, de modo que sua investidura não pode mais se dar com base no carisma ou qualquer atributo que não tenha relação com o exercício adequado do *múnus* público¹⁶⁷, pelo que se liga intimamente aos valores de impessoalidade e publicidade.

¹⁶² FRANÇA, Phillip Gil. Concretização dos princípios constitucionais da administração pública no exercício do serviço público. **História: Debates e Tendências**, v. 15, n. 1, p. 114-127, jan./jun. 2015, p. 123.

¹⁶³ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo e princípio da eficiência**. As leis de processo administrativo – Lei Federal 9.784/1999 e Lei Paulista 10.177/1998, p. 330.

¹⁶⁴ FERNANDES, Sophia Perez. A boa administração nas ‘calhas de roda’ dos discursos jurídico-constitucionais português e da União – ‘Gira, a entreter a razão’...? **UNIO - EU Law Journal**, v. 3, n.1, p. 95-113, jan. 2017, p. 113.

¹⁶⁵ DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica**. São Paulo: Max Limonad, 2002, 152-153.

¹⁶⁶ Como lembra WEBER, em relação ao Estado pré-burocrático alemão e a processo que se seguiu nos Estados Unidos, foi preciso profissionalizar a Administração, como meio para livrá-la de desmandos: “A situação não é mais tolerável hoje em dia. A administração dos diletantes não corresponde mais às novas condições do país e a *Civil Service Reform* vem criando, em número cada vez maior, posições de funcionário de carreira, com o benefício da aposentadoria”. WEBER, Max. **Ciência e Política - Duas Vocações**. São Paulo: Editora Cultrix, 2011. Edição do Kindle, p. 99.

¹⁶⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Controle Social: promovendo a aproximação entre administração pública e cidadania**. In *Perspectivas para o controle social e a transparência na administração pública*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002, p. 111.

No plano judiciário, a eficiência se liga ao conceito de justiça da decisão, pelo menos sob a ótica da Análise Econômica do Direito (EAD – *Law and Economics*), que apregoa maior objetividade e precisão na definição do juízo sobre determinada situação jurídica¹⁶⁸.

Esta noção é albergada pelo Código de Processo Civil, ao determinar que, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (art. 8º).

1.3.4 Publicidade

O princípio da publicidade, em sistemas democráticos representativos, assume uma função instrumental essencial. É por ele que se viabiliza a prestação de contas e o controle dos representantes eleitos e de todos investidos em funções públicas. Ainda, é através dele que se assegura “o direito ao governo ético, à administração honesta”. Mais do que garantir acesso à informações, o princípio da publicidade “assegura o conhecimento da verdade, na atuação do Estado”¹⁶⁹. Serve, pois, como barreira ao despotismo¹⁷⁰.

A importância da publicidade já era ressaltada nos primórdios da democracia, pois Atenas e Roma já se assentavam em separação estrita entre os domínios público e privado¹⁷¹. “Nesta medida, a publicidade na antiguidade Clássica, existia como meio

¹⁶⁸ “Para a chamada Escola da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), a eficiência é um standard ético que deve auxiliar o jurista na perspectiva do que seja uma decisão justa. Isto é, para os juristas que adotam esse sistema a dicotomia entre justiça e eficiência é falsa, pois para uma decisão ser considerada justa é necessário que o segundo elemento seja considerado”. ORTEGA, Ana Clara da Silva; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A figura do juiz-gestor como mecanismo para a concretização do princípio da eficiência. **Revista de Processo**, v. 325/2022, pp. 17–38, Mar./2022, p. 20.

¹⁶⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 242.

¹⁷⁰ TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América: Leis e Costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 86.

¹⁷¹ “Que também pode ser descrita como uma dicotomia entre Sociedade Civil e Estado: Outro conceito importante é o de Sociedade Civil que, para Heller, exerce uma verdadeira reciprocidade com o Estado, identificando-se como um elemento da irredutível dicotomia ‘Sociedade Civil/Estado’. Pontua ainda que a origem da Sociedade Civil surgiu com a unificação do poder político e do poder jurídico que na Europa foi obra das monarquias absolutas, decorrente da sua função do Estado como um mediador entre a nobreza e a burguesia. O amadurecimento da Sociedade Civil é alcançado com o pleno

da ação política, isto é, como pilar da gestão da polis e da *res publica*”, constituindo um princípio fundador da ordem política. Sua essencialidade foi ressignificada no período iluminista, quando fora consagrada como “princípio basilar da ordem política através de uma reflexão filosófica de fundo. Ela tornar-se-á, deste modo, não a consequência de uma organização política, mas a sua própria justificação e legitimidade”¹⁷².

Esta noção é bem destacada por BENTHAM, ao asseverar que “a lei mais adequada para se assegurar a confiança pública, e provocá-la constantemente no sentido de avançar em direção ao objetivo de sua instituição [...] é aquela da publicidade”¹⁷³.

Nesta esteira, a publicidade se incorpora como valor universal, enunciado já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com o fim de garantir que “A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração”¹⁷⁴.

Publicidade, então, é corolário do Estado Democrático de Direito, que repele o exercício do poder sem controle e às escuras, o que só facilitaria “a arbitrariedade e corrupção”. Deste modo, a publicidade é intrinsecamente instrumental ao conceito de República, pois viabiliza o controle do poder público e, com isto, enseja “que os administrados possam conferir o que está sendo feito com os bens da nação, e, conseqüentemente, exercer sua fiscalização no lugar que lhe cabe de titular do poder”¹⁷⁵.

desenvolvimento do capitalismo, criando a chamada ‘Sociedade Civil Real’, que em um sentido positivo tratava-se de uma sociedade de classes cuja união se mantém mediante o predomínio de uma delas e para cuja subsistência é, sem dúvida, necessária a manutenção da ideologia da liberdade e da igualdade, desta feita, e em sentido negativo não existe nenhum livre mercado de troca, nem competência livre, nem autoresponsabilidade e autodeterminação livres e, sobretudo, não se conhece a formação não autoritária do jogo social mediante o jogo livre e igual das forças”. CRUZ, Paulo Márcio; FARIA, Daniela Lopes de; ITU, Christian Normitsu. A necessária evolução do Estado de Direito Social teorizado por Herman Heller ao Estado de Direito Socioambiental diante da crise ambiental na sociedade de riscos. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 1, 2016, p. 4.

¹⁷² MATEUS, Samuel. O princípio de publicidade - da dimensão crítica à dimensão sócio-antropológica. **Cadernos de Estudos Mediáticos**, nº 9, p. 73-74.

¹⁷³ BENTHAM, Jeremy. Da Publicidade. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº 6, Brasília, jul.-dez./2011, pp. 277-294, Tradução de Francisco Jamil Marques, p. 277.

¹⁷⁴ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris, 26 de agosto de 1789. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 29/03/2022.

¹⁷⁵ MACEDO, Alisson Landin. O princípio da publicidade como instrumento de controle social do estado e seu impacto no sistema financeiro nacional. **Revista Vertentes do Direito**, v. 3, n. 2, p. 154-155.

Cumpra, também, uma importante função de democratização dos atos governamentais, ao assegurar que os afetados pela ação estatal conheçam e possam participar do processo decisório que os envolve¹⁷⁶.

Ressalte-se, ainda, que a publicidade cumpre papel fundamental para propiciar a participação do cidadão nos negócios públicos, “em especial no tocante ao controle da corrupção”, pois para este desiderato, “não há método mais basilar do que garantir que os atos estatais se darão de forma transparente”¹⁷⁷.

Este atributo da publicidade diz respeito diretamente ao objeto central desta tese, “uma vez que se confia ser este o mandamento de otimização que, se observado, tem força de propiciar um campo fértil para o controle social”¹⁷⁸. Tal o que fora captado por BENTHAM:

Quanto maior a quantidade de tentações às quais o exercício do poder político é exposto, mais necessário se torna dar àqueles que o possuem as mais fortes razões para resistir a elas. Não há, porém, razão mais constante e universal do que a superintendência do público. O público compõe um tribunal que é mais poderoso do que todos os outros tribunais juntos”. [...] “Os inimigos da publicidade podem ser coligidos em três classes: os malfetores, que buscam escapar da advertência do juiz; o tirano, que tenciona suprimir a opinião pública, enquanto teme escutar sua voz; o homem tímido ou indolente, que reclama da incapacidade geral de modo a esconder a sua própria”. [...] “A censura interna não será suficiente para assegurar a probidade sem a assistência de censura externa. As reprimendas dos companheiros serão um pouco tímidas, e o indivíduo tornar-se-á insensível àquelas feitas por seus inimigos. O espírito da parte encarcera-se dentro de limites estreitos e priva, igualmente, tanto o aplauso quanto a censura de sua natureza”¹⁷⁹.

Além disso, sua importância cresce no Estado de bem-estar, já que a multiplicidade de tarefas a serem desempenhadas e a vasta gama de atribuições acometidas ao poder público só podem ser acompanhadas e sindicadas através da ampla divulgação das ações estatais¹⁸⁰, permitindo à sociedade, de forma difusa e colaborativa, uma fiscalização que se agrega àquela acometida às instituições de

¹⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14.

¹⁷⁷ PORTO, Thiago Heitor da Fontoura; WERLE, Caroline Cristiane. **A efetivação do princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos como forma de coibição da corrupção pública mediante o controle social**. *Barbarói*, n. 4, p. 137-154. 2015/ 2, p. 143.

¹⁷⁸ PORTO, Thiago Heitor da Fontoura; WERLE, Caroline Cristiane. A efetivação do princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos como forma de coibição da corrupção pública mediante o controle social. *Barbarói*, n. 4, pp. 137-154, 2015/ 2, p. 147.

¹⁷⁹ BENTHAM, Jeremy. Da Publicidade. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº 6, Brasília, jul.-dez./2011, pp. 277-294, Tradução de Francisco Jamil Marques, p. 278-279.

¹⁸⁰ BERNARDO, Leandro Ferreira. **A concretização do princípio da publicidade como instrumento de combate à malversação do dinheiro público**. In *TEMAS AVANÇADOS DA ADVOCACIA PÚBLICA*, Tomo IV - ADVOCACIA PÚBLICA E COMBATE À CORRUPÇÃO. Org. GRECO-SANTOS, Bruno et. al. Curitiba: ESA-PR, 2014, p. 256.

controle. Como já ressaltou BOBBIO, a publicidade, ao permitir que o cidadão controle o detentor de poder, é meio que permite distinguir o lícito do ilícito¹⁸¹.

De se notar que, como norteador da ação estatal decorrente do princípio republicano, o dever de publicidade se impõe a todos os Poderes, repelindo julgamentos de acesso restrito (salvo exceções constitucionalmente autorizadas), atos legislativos secretos, além de ações administrativas cujo teor seja sonogado do público¹⁸².

1.3.5 Impessoalidade

A impessoalidade decorre da burocratização da administração, movimento engendrado como reação ao patrimonialismo, muito influenciado pelo pensamento de WEBER, para quem o Estado burocrático é o “que melhor caracteriza o desenvolvimento racional do Estado moderno”, numa compreensão de que o funcionário é uma peça integrante de um grande sistema, que não é proprietário do dinheiro e dos bens que manipula em sua atividade^{183,184}.

Nesse processo, a Administração se organiza em cargos verticais, atribuições e poderes bem delimitados. “A subordinação é devida àquele que ocupa um cargo hierarquicamente superior, independentemente do respeito e consideração que o subordinado tem pelo seu chefe como pessoa”¹⁸⁵. Sob tal ótica, não há personalismos, nem quanto ao exercício da liderança, que independe de carisma ou

¹⁸¹ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 30.

¹⁸² GABARDO, Emerson. SALGADO, Eneida Desirre. **O princípio da publicidade e os abusos de poder político e econômico na democracia contemporânea**. In: *Direito, informação e cultura*. Org. GABARDO, Emerson; AFFORNALLI, Maria Cecília N. Munhoz. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 155.

¹⁸³ WEBER, Max. **Ciência e Política** - Duas Vocações. São Paulo: Editora Cultrix, 2011, Edição do Kindle, p. 58.

¹⁸⁴ “A lógica burocrática, porém, não sobreviveu incólume às mudanças e demandas sociais do pós-guerra, diante das pressões pela ampliação da oferta de políticas sociais. A partir da década de 1980, surgem questionamentos em relação ao Estado. São propostos métodos e procedimentos reformistas, que afetaram a dinâmica das funções públicas e resultaram em alterações na estrutura e nos arranjos organizacionais da máquina administrativa”. CARVALO, Fabíola Cristina da Costa de; SILVA, Cássia Carolina Borges da; GARCIA, Ana Paula Padro; DUQUE, Flávia de Paula. “Juntos Faremos”: Deliberação como Alternativa de Gestão na Administração Pública. **Administração Pública e Gestão Social**, 7(2), abr.-jun./ 2015, 63-71, p. 64.

¹⁸⁵ VERAS, Carlos Magno dos Anjos. **Teoria Burocrática**. Disponível em: https://www.academia.edu/4206271/Formalidade_Impessoalidade_Profissionalismo_Disfun%C3%A7%C3%B5es_Valoriza%C3%A7%C3%A3o_dos_regulamentos_normas_e_instru%C3%A7%C3%B5es_Valoriza%C3%A7%C3%A3o_da_hierarquia_Defesa_de_grupos_externos_Defesa_de_interesses_pessoais. Acesso em: 23/03/2022.

apadrinhamentos; nem em relação aos liderados, vistos como peças na estrutura burocrática, que podem ser substituídas se necessário, sem prejuízo à continuidade do serviço. Parte-se do pressuposto de que a função pública, em sua acepção moderna:

*exige um corpo de trabalhadores intelectuais especializados, altamente qualificados e que se preparam, ao longo de anos, para o desempenho de sua tarefa profissional, estando animados por um sentimento muito desenvolvido de honra corporativa, onde se acentua o capítulo da integridade. Se tal sentimento de honra não existisse entre os funcionários, estaríamos ameaçados por uma corrupção assustadora e não escaparíamos ao domínio dos filisteus.*¹⁸⁶

Nesta dimensão, serve para evitar que recursos públicos sejam instrumentalizados por interesses privados, assim como para vedar acesso a cargos públicos por afinidade pessoal ou familiar¹⁸⁷⁻¹⁸⁸. Assim, tem uma função promotora de isonomia, da imparcialidade e da neutralidade, pois “não é permitido à Administração Pública prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas por razões de caráter pessoal”¹⁸⁹. A Administração depende de uma hierarquização impessoal como condição para que se alcance seus fins¹⁹⁰.

Trata, também, de isentar a Administração de preconceitos, perseguições e favorecimentos, buscando a objetividade no exercício das funções públicas, “*en función de la conducta de los empleados públicos, pues las apreciaciones de estos se*

¹⁸⁶ WEBER, Max. **Ciência e Política** - Duas Vocações. São Paulo, Editora Cultrix, 2011, Edição do Kindle, p. 66.

¹⁸⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 70.

¹⁸⁸ A preocupação com nomeações realizadas por caráter meramente pessoal, como recompensa a partidários ou favor a amigos ou parentes, aparece nos escritos de WEBER na virada do Século XIX para o XX, em que fazia remissão ao *spoil system* estadunidense (sistema em que os cargos na Administração Pública são atribuídos aos partidários do candidato que vence a eleição para presidente ou governador) e a tentativa, até então frustrada, de usar do Senado como filtro para tais nomeações espúrias, tidas como fonte direta de corrupção. Como ressalta o próprio cientista político: “Em razão disso é que se vê processar-se, no interior dos partidos, a mais encarniçada luta em torno da *nomination*, pois o presidente é o senhor de cerca de trezentos a quatrocentos mil cargos, que ele distribui a seu prazer, após consulta aos senadores dos diferentes Estados. Isso faz dos senadores políticos poderosos. (...) Em verdade, o fato de que de trezentos a quatrocentos mil militantes não tivessem outra qualificação para exhibir, a não ser os bons e leais serviços prestados ao partido a que pertenciam, fez surgir, a longo alcance, grandes dificuldades e conduziu a uma corrupção e a um desperdício sem igual, só possíveis de serem suportados por um país de possibilidades econômicas ilimitadas”. WEBER, Max. **Ciência e Política** - Duas Vocações São Paulo: Editora Cultrix, 2011, Edição do Kindle, p. 95-96.

¹⁸⁹ GABARDO, Emerson. SLGADO, Eneida Desirre. **O princípio da publicidade e os abusos de poder político e econômico na democracia contemporânea**. In: *Direito, informação e cultura*. Org. GABARDO, Emerson; AFFORNALLI, Maria Cecília N. Munhoz. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 154.

¹⁹⁰ WEBER, Max. **Ciência e Política** - Duas Vocações. São Paulo, Editora Cultrix, 2011, Edição do Kindle, p. 120.

*convierten en las apreciaciones de la Administración*¹⁹¹, do que decorre uma relação estreita entre objetividade do serviço e imparcialidade dos servidores.

Com efeito, “a impessoalidade só pode ter a fórmula de círculo grande, abrangente de círculos menores, não menos dignos, consubstanciados nas noções de imparcialidade, objetividade e neutralidade política da Administração Pública”¹⁹², trazendo-lhe o duplo imperativo de organizar uma estrutura formalmente impessoal, que se materialize em ações efetivamente imparciais.

Deste modo, a impessoalidade é percebida, cientificamente, na denominada teoria da imputação dos atos administrativos, como a noção de que os atos dos servidores são imputáveis ao Estado, em nome de quem agem seus prepostos¹⁹³. Mais ainda, assume a condição estrutural para o Estado de Direito, como um:

*princípio da defesa da sociedade contra desvio ou excessos de poder. A impessoalidade na titularidade do poder é condição de existência do Estado Democrático de Direito; no exercício do poder, a impessoalidade é direito e dever fundamental do indivíduo, garantia a uma Administração Pública proba e eficiente, obtida pela imposição de condutas tendentes à realização do interesse público geral, caracterizado e valorado objetivamente, sem a ingerência de interesses públicos e privados, admitida apenas a ressalva de outro interesse público específico e compatível*¹⁹⁴.

Suas inflexões são imbricadas como a moralidade e publicidade, na medida em que “a impessoalidade configura-se meio para atuações dentro da moralidade; a publicidade, por sua vez, dificulta medidas contrárias à moralidade e impessoalidade; a moralidade administrativa, de seu lado, implica observância da impessoalidade e da publicidade”¹⁹⁵.

Esta principiologia essencial, informada por outros tantos ventilados na Constituição e em normas infraconstitucionais, inspira a construção de uma nova Administração, menos imperativa e mais participativa, pois centrada no cidadão.

¹⁹¹ CASADO, Eduardo Gamero; RAMOS, Severiano Fernándes. **Manual Básico de Derecho Administrativo**. Madrid: Tecnos, 2013, p. 76.

¹⁹² CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 311.

¹⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 668.

¹⁹⁴ ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. **O princípio da impessoalidade**. Imprensa: Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 3.

¹⁹⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 125.

1.4 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA RELAÇÃO DE SUJEIÇÃO PARA A PARTICIPAÇÃO

As alterações sucessivas e cada vez mais rápidas por que passam Estado e sociedade têm se refletido na maneira de operar da Administração Pública¹⁹⁶. As transições necessárias, primeiro, à implantação de um Estado Social, seguido, depois, da adoção de um modelo gerencial e, agora, participativo, de Administração Pública, impuseram novas dinâmicas ao modo de operar do Estado, que ora se reflete em uma gestão mais descentralizada e participativa, caracterizada como “consensualização da Administração Pública”¹⁹⁷.

Neste passo, ARAGÃO¹⁹⁸ destaca que a complexidade e pluralidade que marcam a realidade pós-moderna, faz nascer uma Administração marcada por órgãos e entes cada vez mais independentes, dotados de verdadeira autonomia, essencial para responder aos interesses sociais contemporâneos. Estando a sociedade a se tornar cada vez mais complexa, especialmente na vertente tecnológica, e sendo tarefa do Estado prover o bem-estar dos governados, lhe são impostas mudanças constantes para acompanhar o crescente número de subsistemas especializados que se desenvolvem, como na economia, ciências, transportes, mídia, entre outros.

O Estado é implicado intensamente na coordenação desses subsistemas da sociedade moderna, pois “é o responsável em última instância pela integração da sociedade, o que significa que ele é hoje o responsável pelo bom funcionamento desta engrenagem”. Assim, deve-se ter em mente que está superada uma separação absoluta entre Estado e sociedade, já que ambos estão interpenetrados, o que leva também à superação da dicotomia *público x privado*, fazendo a Administração evoluir

¹⁹⁶ “Uma administração é um sistema social de comportamentos organizados. Diferente de outras organizações, o agir da administração consiste no fato de que esse produz e comunica decisões que vinculam o destinatário. A administração pública é a administração do sistema político que dispõe da legitimidade para produzir decisões vinculantes nos confrontos de todos os destinatários”. DE GIORGI, Raffaele. A administração pública na sociedade complexa. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, Jan./Abr. 2011, p. 19.

¹⁹⁷ Ideia que não se confunde com a mera solução consensual de conflitos administrativos, mas denota um “movimento de busca de consenso e de promoção da consensualidade por novas técnicas administrativas”. MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 40.

¹⁹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração Pública pluricêntrica. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro**, n. 54, 2001.

“para a adoção de um modelo ‘pluricêntrico’, caracterizado pela coexistência de vários centros de decisão e responsabilidade”¹⁹⁹.

Para responder a novas necessidades e desafios em tempo oportuno, faz-se essencial seja a Administração dotada de entes com autonomia, inclusive normativa, e flexibilidade, refletida em descentralização administrativa, pautada nos princípios da eficiência, economicidade e finalidade, o que repele burocracias excessivas e desconexas com a atividade fim do ente.

Mas tal multiplicidade de centros decisórios deve atentar que, a um Estado garantidor, “corresponde uma Administração Pública garantidora, cenário em que “emerge o direito fundamental a uma boa administração”, previsto no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia”²⁰⁰.

Logo, não obstante o imperativo da descentralização, é essencial “para evitar o desvio democrático destas instituições [...] ter sempre clara a sua vinculação às pautas estabelecidas pelo Legislados para as políticas públicas”, bem como “a necessária coordenação que devem possuir com o restante da Administração Pública, com o Poder Executivo e com conjunto das demais instituições independentes”²⁰¹.

Deste modo, o Estado, não mais impositor²⁰² nem supremo em relação aos seus súditos, tal como se compreendia em bases clássicas que o caracterizavam no Século XVII²⁰³, tem seu poder legitimado na democratização de seus processos

¹⁹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração Pública pluricêntrica. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro**, n. 54, 2001, p. 28-29.

²⁰⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 8, n. 32, p. 1-256, abr./jun. 2008, p. 32.

²⁰¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração Pública pluricêntrica. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro**, n. 54, 2001, p. 45.

²⁰² “No âmbito do direito administrativo destaca-se a crescente participação do administrado na formação das decisões administrativas que, antes, eram unilaterais, impositivas e não contavam com a devida transparência. Hoje o ordenamento conta com previsões normativas que concretizam a aproximação entre administração e administrado, sendo certo que este perdeu a qualidade de súdito e alçou a qualidade de cidadão ativo”. SILVA, Alessandra Obara Soares da. **Participação popular na Administração Pública: efeitos e limites da influência da sociedade nas decisões administrativas**. Palestra proferida no XXXVI Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Participação popular na administração pública: efeitos e limites da influência da sociedade nas decisões administrativas. 2010, p. 1. Disponível em: https://www.academia.edu/28096441/Participa%C3%A7%C3%A3o_Popular_na_Administra%C3%A7%C3%A3o_P%C3%BAblica_efeitos_e_limites_da_influ%C3%Aancia_da_sociedade_nas_decis%C3%B5es_administrativas. Acesso em: 13/04/2022.

²⁰³ “Decorrente daquele ambiente, o Estado que se consolida no século XVII, e que em alguns aspectos responde pelo seu conceito atual, aparece quando a comunidade política se define, fundamentalmente,

decisórios, envolvendo os governados nas deliberações públicas, dentro de uma postura de “Estado mediador”, cuja principal tarefa é “compôr conflitos envolvendo interesses estatais e interesses privados, definitivamente incluindo os cidadãos no processo de determinação e densificação do interesse público”, de modo a construir um “consensualismo na Administração Pública, inserido em um contexto de Estado em rede e de Governança pública”²⁰⁴, que expressa a noção de autoridade compartilhada.

Em suma, e agora com atenção voltada às sucessivas remodelagens da configuração do Estado brasileiro, passa-se, em sequência ao patrimonialismo que caracterizou a colônia (e continua irradiando efeitos na República), ao modelo burocrático de inspiração weberiana e, já na década de 1990, sob inspiração neoliberal, ao modelo gerencial, focado em resultados e que vê o administrado quase como um cliente; até se chegar, em tempos mais recentes, à *Administração Pública Conformadora*, “uma grande entidade de composição de interesses (públicos e privados) das mais diferentes naturezas, iluminada pelo desiderato de eficiência administrativa, que deve contemplar o ‘longo prazo’”²⁰⁵.

Tal perspectiva conformadora, que tem, ou deve ter, o cidadão e a sociedade em seu radar no momento de elaborar a decisão pública, não ocorre por acaso nem por liberalidade política. Na verdade, se todo poder emana do povo, como proclamado pela Constituição Federal já em seu primeiro artigo²⁰⁶, nada mais natural e necessário

em função de sujeição comum a um poder político que exerce sua autoridade em um determinado âmbito territorial e sobre todos aqueles que se situem nele, seja qual seja a condição pessoal dos que coexistem em torno desse poder, exatamente o aspecto mais questionado atualmente”. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A TRANSNACIONALIDADE E A EMERGÊNCIA DO ESTADO E DO DIREITO TRANSNACIONAIS. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 26, n. 1: 159-176, jan./jun. 2010, p. 170.

²⁰⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, Ano 8, n. 32, p. 1-256, abr./jun. 2008, p. 33.

²⁰⁵ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 51.

²⁰⁶ “A Carta Política brasileira, ao estabelecer no artigo 1º, parágrafo único, que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, admite uma interpretação no que tange ao efetivo exercício da soberania popular, por meio da participação direta dos cidadãos, e é a partir desta renovada proposição que granjear-se-á efetividade à cidadania, elencada no artigo 1º, inciso II, da Carta de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil”. FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 2, pp. 69-90, 2017, p. 76.

que ele, o povo, atue diretamente na definição dos caminhos estatais e na sua fiscalização.

A cidadania, feita pilar do Estado Democrático de Direito, também orienta para a mesma conclusão, pois torna o cidadão protagonista dos rumos do Estado e da Administração²⁰⁷, que, afinal, visam ao seu bem-estar e garantia de seus direitos²⁰⁸.

A necessidade de envolvimento social decorre, ainda, de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, cujo art. 23 enuncia: “1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos”.

Note-se, assim, que a participação cidadã é prerrogativa constitucional que não se restringe ao poder de participar de eleições. Com efeito, conforme estudos elaborados nas últimas décadas, a teoria democrática passou por um processo de ressignificação, que se preocupa com o aprofundamento e melhora da qualidade da democracia, confluindo “com as teorias deliberativas, as quais propõem formas ampliadas de participação, desafiando o modelo elitista de democracia, fundado estritamente no voto como meio de participação”²⁰⁹.

No plano da Administração Pública, especificamente, a participação social pode ocorrer em dois momentos distintos, com características e consequências diversas: após uma atividade específica, com objetivo de sindicatizar a ação estatal; ou durante o processo que leva ao exercício da própria atividade, visando permitir ao indivíduo influir na vontade do Estado²¹⁰.

²⁰⁷ LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A cidadania na Constituição de 1988**. In BONAVIDES, Paulo e outros. *In Constituição e Democracia*. Estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 28.

²⁰⁸ O envolvimento cidadão é reforçado em diversas normas infraconstitucionais, a exemplo da Lei Complementar nº 101/ 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e das sucessivas Leis de Diretrizes Orçamentárias – LDO, todas prevendo instrumentos de transparência e participação, como audiências públicas, para dar ao indivíduo possibilidades de se integrar aos negócios públicos.

²⁰⁹ CARVALO, Fabíola Cristina da Costa de; SILVA, Cássia Carolina Borges da; GARCIA, Ana Paula Padro; DUQUE, Flávia de Paula. “Juntos Faremos”: Deliberação como Alternativa de Gestão na Administração Pública. **Administração Pública e Gestão Social**, 7(2), pp. 63-71, abr.-jun./2015, p. 63.

²¹⁰ “Nesse sentido, o ideal deliberativo resulta no governo reconhecer a capacidade do proceduralismo participativo, dos instrumentos públicos para o monitoramento dos governos e dos processos de deliberação pública no preenchimento parcial das dinâmicas de representação e deliberação idealizadas no modelo hegemônico de democracia” CARVALO, Fabíola Cristina da Costa

Em relação a atuação que se dá após a concretização da atuação da Administração, controle social *a posteriori*²¹¹, “tem um cunho basicamente fiscalizador, caracterizando uma participação-controle”²¹². Neste caso, o indivíduo “não quer formar propriamente a vontade do Estado, mas impor ao Estado a vontade dele, particular, que é a de penetrar na intimidade das repartições públicas para reconstituir fatos ou apurar responsabilidades”²¹³.

Trata-se de um verdadeiro poder, direito público subjetivo, instrumental para aquele que é fonte do Estado e de suas prerrogativas. “Do ângulo do Estado, então, os efeitos do controle social implicam uma posição de subalteridade ou *capitis deminutio*, pois sempre há a submissão ao controle e “o Estado é obrigado a ‘baixar a crista’, passando a figurar numa relação jurídica concreta em que o direito subjetivo (alheio) passa a falar mais alto do que o poder político (próprio)”²¹⁴.

Neste contexto, a Constituição legitima o cidadão a agir em nome próprio e em seu próprio interesse, quando cria, por exemplo, um direito fundamental a exigir informações que possibilitem exercício de seus direitos (direito de certidão, *habeas data etc*); mas, igualmente, “aparelha a pessoa privada para imiscuir-se nos negócios do Estado para dar satisfações a reclamos que repercutem no universo social por inteiro”²¹⁵, como se passa, por exemplo, com a prerrogativa de propor ação popular.

de; SILVA, Cássia Carolina Borges da; GARCIA, Ana Paula Padro; DUQUE, Flávia de Paula. “Juntos Faremos”: Deliberação como Alternativa de Gestão na Administração Pública. **Administração Pública e Gestão Social**, 7(2), pp. 63-71, abr.-jun./ 2015, p. 68.

²¹¹ “A fiscalização que nasce de fora para dentro do Estado é, naturalmente, a exercida por particulares ou por instituições da sociedade civil. A ela é que se aplica a expressão ‘controle popular’ ou ‘controle social do poder’, para evidenciar o fato de que a população tem satisfações a tomar daqueles que formalmente se obrigam a velar por tudo que é de todos”. BRITO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, p. 114-122, jul-set /1992, p. 115.

²¹² SILVA, Alessandra Obara Soares da. **Participação popular na Administração Pública: efeitos e limites da influência da sociedade nas decisões administrativas**. Palestra proferida no XXXVI Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Participação popular na administração pública: efeitos e limites da influência da sociedade nas decisões administrativas. 2010, p. 8. Disponível em: https://www.academia.edu/28096441/Participa%C3%A7%C3%A3o_Popular_na_Administra%C3%A7%C3%A3o_P%C3%BAblica_efeitos_e_limites_da_influ%C3%Aancia_da_sociedade_nas_decis%C3%B5es_administrativas. Acesso em: 13/04/2022.

²¹³ “o direito ao controle social do poder é tão direito público subjetivo quanto a liberdade de locomoção, o respeito à integridade física e moral do preso, a inviolabilidade domiciliar e tantos outros modelos constitucionais de direito público subjetivo, com a particularidade de pertencer ao rol dos direitos políticos”. AYRES BRITO, Carlos. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, p. 114-122, jul-set /1992, p. 118.

²¹⁴ AYRES BRITO, Carlos. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, p. 114-122, jul.-set./1992, p. 117.

²¹⁵ AYRES BRITO, Carlos. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, p. 114-122, jul.-set./1992, p. 115.

Trata-se de cenário que resgata a soberania popular como fonte de legitimidade da ação estatal (Teoria da Ação Comunicativa), o que abre espaço para “emergência de novos atores e a construção de práticas inovadoras, bem como possibilitando a reconexão entre democracia e a noção de bem comum”²¹⁶.

Então, o controle social, como sindicante das ações já realizadas pelo Estado, tem a finalidade de “forçar o Estado a acatar a conduta do particular perante ele, Estado, porque o gozo do direito subjetivo implica a assunção de uma conduta privada que se quer respeitada pelo Poder Público”²¹⁷.

Como resultado, seja da participação prévia, seja da controladora, tem-se um ganho de inteligência²¹⁸, pois novas ideias e novos atores são empregados na qualificação da ação pública.

Mas estes traços da nova Administração não negam ou repelem o modelo de organização burocrática. Ao contrário, permite que esta se adeque a uma sociedade altamente complexa²¹⁹, para engendrar soluções dialogadas e, portanto, mais qualificadas e como maior legitimidade, que não partem da setorização dos problemas e das políticas públicas, mas de sua compreensão global, inter-relacionada com

²¹⁶ CARVALO, Fabíola Cristina da Costa de; SILVA, Cássia Carolina Borges da; GARCIA, Ana Paula Padro; DUQUE, Flávia de Paula. “Juntos Faremos”: Deliberação como Alternativa de Gestão na Administração Pública. **Administração Pública e Gestão Social**, 7(2), pp. 63-71, abr.-jun./ 2015, p. 66.

²¹⁷ AYRES BRITO, Carlos. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, pp. 114-122, jul.-set./1992, p. 116.

²¹⁸ CARVALO, Fabíola Cristina da Costa de; SILVA, Cássia Carolina Borges da; GARCIA, Ana Paula Padro; DUQUE, Flávia de Paula. “Juntos Faremos”: Deliberação como Alternativa de Gestão na Administração Pública. **Administração Pública e Gestão Social**, 7(2), pp. 63-71, abr.-jun./ 2015, p. 66.

²¹⁹ “Na sociedade mundial, a complexidade pode ser tratada, elaborada, compreendida somente a partir da emergência de ordens redutoras de tipo heterárquico, isto é, de ordens que não toleram nem um centro, nem uma periferia. Estas ordens são produzidas por diferenciações internas da sociedade na sociedade e se especificam conforme funções que oferecem soluções a problemas sociais. Na sociedade, não há um lugar privilegiado de sua completa representação e, conseqüentemente, não há um lugar de controle e guia. A ordem do mundo não é uma condição possível, mas uma grave e absurda ameaça. Esta sociedade não tolera hierarquias. Sua estrutura não admite múltiplas identidades, mas experimenta diferenças. Isto se vê claramente na dimensão temporal da produção de sentido. Nesta dimensão, a contingência do possível caracteriza, de modo dúplice, a experiência do mundo. A respeito do presente, a contemporaneidade dos eventos torna o mundo inobservável, justifica a construção de ordens altamente redutoras e motiva sua contínua revisão. Quanto ao futuro, a contingência se manifesta na forma de um futuro aberto, no qual tudo é possível e, então, se manifesta na forma de um horizonte do “não saber”. Esta característica do futuro faz obsoleto qualquer significado do passado como reserva de saber e, portanto, como referência plausível para a construção de expectativas no presente. Diante destas condições, o vínculo do futuro é possível apenas na forma do risco, cuja alternativa não é a segurança, mas outro risco — e não se sabe qual. Risco é o necessário “não saber” de cada saber. E, portanto, quanto mais se incrementa o saber, tanto mais se incrementa o risco”. DE GIORGI, Raffaele. A administração pública na sociedade complexa. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 9-12, jan./abr. 2011, p. 13.

questões afetadas e que não podem ser desconsideradas. Se “O caráter da decisão é constitutivo da redução de complexidade, porque fixa precisão no âmbito de possibilidades diversas”²²⁰, pelo menos a participação amplia os cenários e as escolhas.

É preciso reconhecer, no entanto que a crescente participação e envolvimento cidadão e social demandam maior “flexibilidade, maleabilidade, adaptabilidade do Direito, permitindo sua perpetuação”, pois estes predicados, em contexto de “evolução da sociedade e das formas de exercício do poder, [...] sem distanciar-se dos pilares fundamentais, evita a completa ruptura ao aceitar a adaptabilidade”²²¹.

Há, com efeito, um novo Direito Administrativo, do tipo que “redesenha um conjunto de instrumentos de colaboração”²²² público-privado e que tem o cidadão como fonte e destinatário da atividade estatal.

Esta via de convergência, público-privada, é benéfica ao povo e ao Estado, simultaneamente. Ao aproximar os cidadãos do Estado, mais influentes ficam aqueles, mais forte fica a organização estatal como centro de poder e mais fortalecidos restam os valores fundantes da ordem política²²³. Aliás, como sustenta BOBBIO, a participação na forma de controle social é imanente ao próprio Estado Social, que pressupõe várias formas de participação política, para exercício de influência, direta ou indireta, junto ao poder político, concluindo que a “expressão ‘Estado Social’ pode ser entendida não só no sentido de Estado que permeou a sociedade, mas também do Estado permeado pela sociedade”²²⁴.

É nesta dimensão que o controle social pode ser visto como um ‘aglutinador’, em que “a sociedade será conhecedora das dificuldades e do que é possível ser feito”,

²²⁰ DE GIORGI, Raffaele. A administração pública na sociedade complexa. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, v. 256, jan./abr. 2011, p. 19.

²²¹ SILVA, Alessandra Obara Soares da. **Participação popular na Administração Pública**: efeitos e limites da influência da sociedade nas decisões administrativas. Palestra proferida no XXXVI Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Participação popular na administração pública: efeitos e limites da influência da sociedade nas decisões administrativas. 2010, p. 7. Disponível em: https://www.academia.edu/28096441/Participa%C3%A7%C3%A3o_Popular_na_Administra%C3%A7%C3%A3o_P%C3%ABlica_efeitos_e_limites_da_influ%C3%Aancia_da_sociedade_nas_decis%C3%B5es_administrativas. Acesso em: 13/04/2022.

²²² MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 31.

²²³ SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito Administrativo de Participação**: Cidadania, Direito, Estado, Município. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

²²⁴ BOBBIO, Norberto. **Governo, Estado, Sociedade**: Para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 51.

compreensão que traz “uma confluência para um objetivo comum ao invés de um embate entre interesses diversos”²²⁵.

Não se há de inferir, contudo, que o novo modelo de Estado e novo viés da Administração, mais abertos e permeados aos titulares reais do poder, se construa com facilidade. Pelo contrário, são muitos os óbices ao efetivo exercício do controle social, especialmente advindos do arraigado patrimonialismo político que ainda se faz sentir e cuja superação é “tarefa complexa e demorada e o desafio que se coloca é construir novos hábitos, neutralizar o clientelismo e aproximar o cidadão do processo decisório”²²⁶.

Por isto, é importante a lembrança de que o “controle social não deve ser um simples elemento procedimental sem aptidão para interferir na gestão estatal”; para além disso, é essencial que se traduza em mecanismo “eficaz para proporcionar a responsabilização dos maus gestores”²²⁷.

É aqui que o controle social se conecta intimamente com a corrupção, tema do Capítulo seguinte, pois para a realização dos objetivos e fundamentos do Estado, especialmente erradicar a pobreza, promover a igualdade e demais direitos garantidos ao indivíduo e à sociedade, é cada vez mais necessário que os cidadãos se envolvam, “participando e controlando ativamente as decisões estatais para que os recursos sejam efetivamente destinados às prioridades constitucionalmente estabelecidas”²²⁸.

Todos têm interesse na gestão adequada dos recursos públicos, na medida em que os que forem desviados farão falta para a promoção daqueles valores fundamentais.

²²⁵ CONCEIÇÃO, Antonio Cesar Lima da. **Controle Social da Administração Pública**: Informação & Conhecimento – interação necessária para a efetiva participação popular nos orçamentos públicos. Brasília: 2010, p. 14. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Orçamentos Públicos do Instituto Serzedello Corrêa – ISC/DF.

²²⁶ CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. **Controle social e democracia participativa**. In *Temas Avançados da Advocacia Pública III: Direito Administrativo e Políticas Públicas*. GREGO-SANTOS, Bruno; BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSO, William. (Org.). Maringa, 2013, v. III, p. 165-202, p. 186.

²²⁷ ASSIS, Cristiane Costa; SILVA, Adriana Campos. Controle Social e Responsabilidade Estatal. **Revista PRIM@ FACIE**, João Pessoa, PPGCJ, v. 16, n. 33, 2017, p. 2.

²²⁸ ASSIS, Cristiane Costa; SILVA, Adriana Campos. Controle Social e Responsabilidade Estatal. **Revista PRIM@ FACIE**, João Pessoa, PPGCJ, v. 16, n. 33, 2017, p. 9. As autoras ainda acrescentam (p.11): “O caminho mais eficaz e democrático para o combate da corrupção é a transparência da função pública e a promoção de um controle social permanente”.

Embora a Constituição Federal imponha ao Estado, em caráter primário e indeclinável, o dever de evitar e reprimir a corrupção, o que será abordado no Capítulo 3, não se pode perder de vista que o cidadão e a sociedade exercem também um papel indispensável neste campo.

Seu exercício, contudo, depende do fortalecimento dos mecanismos de *accountability* ora disponíveis, especialmente a *accountability vertical*²²⁹, exercida pelo titular do poder (o povo) para com seus mandatários e agentes. Assim, o reforço do controle demanda “fortalecer a esfera privada” para que se dê “aos cidadãos a oportunidade de controlar e interferir na esfera pública exigindo do Estado uma atuação responsável”²³⁰. Justamente o que se propõe no Capítulo 5, com esteio na experiência estadunidense, relatada no Capítulo 4.

1.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

O Estado-Administração moderno é republicano, governado por leis, provedor de prestações, garantidor de direitos e trata aos seus como destinatários, não mais sujeitos, de suas ações. Para isto, as autoridades são dotadas de programas de ação claros (competências legalmente estabelecidas), que devem ser desempenhadas rigorosamente com vistas nas finalidades de sua instituição (com moralidade e sem desvio) e dentro de parâmetros que otimizem a realização dos direitos com custos racionais (eficiência). E para garantir que isto de fato ocorra, e ainda para assegurar que todos sejam igualmente tratados, sem privilégios ou discriminações (impessoalmente), tudo há de ser feito às claras, de forma democrática e participativa, com promoção da maior publicidade, de modo de que o titular do poder e seu destinatário possa exercer controle sobre os atos de seus representantes.

A República Federativa do Brasil, erigida em 1988, é essencial e fundamentalmente republicana. Os princípios mencionados neste capítulo são reforços ao cumprimento deste ideal. O patrimonialismo histórico, contudo, tem embaraçado a promoção dos valores republicanos e seus consectários, em tema que

²²⁹ O'DONNELL, Guillermo. *Accountability Horizontal. La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política*. **Revista ISONOMÍA**, No. 14, Abril/2001, p. 22

²³⁰ ASSIS, Cristiane Costa; SILVA, Adriana Campos. *Controle Social e Responsabilidade Estatal*. **Revista PRIM@ FACIE**, João Pessoa, PPGCJ, v. 16, n. 33, 2017, p. 16.

tem estreita ligação com o examinado no capítulo seguinte. Com isto, tem-se por provada a primeira hipótese levantada nesta tese.

É de se reforçar que a Constituição não é conformista, mas transformadora. Neste caminho, o cidadão, soberano do poder e seu destinatário, envolvido como partícipe – não mero objeto - do desempenho da atividade administrativa, precisa integrar as transformações planejadas em 1988, pelo que não deve ser excluído nem limitado da função de fiscal da atividade estatal. Pelo contrário, como será aprofundado no Capítulo 5.

Capítulo 2

CORRUPÇÃO

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO

A corrupção²³¹ é fenômeno social antigo, comum a diversas nações do globo, embora sentido em graus distintos em cada sociedade. Embora Ciência Política, Ciências Sociais, Antropologia e História sejam os principais ramos do saber que se dedicam ao seu estudo, a Economia tem cada vez mais dedicado atenção ao tema, muito preocupada com os efeitos gerados na produção de riquezas e desempenho dos governos. O Direito, a seu turno, tem buscado responder a esta prática, especialmente nos países em que se verifica maior ocorrência, atentando menos para as causas e mais para mecanismos legais que possam inibir casos de corrupção.

Tanta atenção dada ao tema se justifica: “Se o patrimonialismo é o primeiro inimigo da República, o segundo principal adversário atende pelo nome de corrupção”²³². É a corrupção que desorienta o gasto público, corrói a confiança cívica²³³ e impede a realização de direitos.

Na incursão feita neste Capítulo, busca-se considerar as principais causas já diagnosticadas da corrupção, avaliar seus efeitos mais recorrentes, lançar um olhar sobre o caso particular do Brasil para, analisados instrumentos nacionais disponíveis

²³¹ “(...) do latim *corruptio*, significando o ‘ato de quebrar em pedaços’; isto é, de ‘deteriorar ou decompor algo’. Na gestão do Estado, a corrupção remete ao ato de conceder ou receber vantagens indevidas ou de agentes públicos ou do setor privado, com o intuito de obter vantagens”. SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle, p. 95.

²³² SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle, p. 95.

²³³ Como lembra ACKERMAN, é um erro ver a corrupção como um apenas outro problema social. Quando ela é disseminada, afeta a legitimidade do governo democrático, pois as decisões não mais decorrem da soberania do povo. “*If payoffs are a routine part of life, ordinary people will despair of the very idea that they, together with their fellow citizens, can control their destinies through the democratic rule of law*”. A preocupação é tamanha que o professor de Yale propõe, em sua teoria de reconstrução do modelo de separação de Poderes, para adequar a ideia de Montesquieu ao Século XXI, a criação de um braço independente, que denomina “*The Integrity Branch*”, inspirado em experiências positivas de Hong Kong e Singapura. ACKERMAN, Bruce. THE NEW SEPARATION OF POWERS. **Harvard Law Review**. V. 113, n. 3, p. 633-725, Jan./2000, p. 692-693.

(Capítulo 3) e estadunidenses correlatos (Capítulo 4), propor um instrumento legal apto a melhorar o enfrentamento do problema no cenário nacional (Capítulo 5).

Com isto em vista, deve-se estabelecer deste já, com esteio na lição de VALLS²³⁴, que a corrupção tem dimensões público e privada, a depender da origem dos recursos envolvidos no ato.

Há formas de corrupção que se passam entre entes privados, como os atos de fornecedor que paga comissão ao síndico de condomínio se for contratado para determinado serviço ou de profissional da saúde que prescreve tratamento visando prêmio do laboratório farmacêutico. Aliás, lembra KLITGAARD que normalmente ocorre uma interface público-privada, em que “o setor privado está envolvido na maioria dos atos de corrupção do governo”²³⁵.

Nesta tese, no entanto, o foco é a corrupção que ocorre no setor público, aquela que se manifesta na atividade administrativa (celebração de contratos superfaturados, pagamento de serviços não prestados, concessão de licenças indevidas), política (nomeação para cargos públicos para angariar fundos para partido ou projeto político, nepotismo, candidaturas de fachada para levantar recursos do fundo partidário), judicial (decisões proferidas em troca de propina) e mesmo legislativa²³⁶ (elaboração de leis negociadas por interesses escusos, mediante pagamento de contraprestação financeira, ou edição de atos normativos que tem por fim dificultar a punição de agentes corruptos)²³⁷.

²³⁴ VALLS, Alejandro Pastrana. Estudio sobre la corrupción en América Latina. **Revista Mexicana de Opinión Pública**, n. 27, jul./dic. 2019. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-49112019000200013. Acesso em: 20/07/2020.

²³⁵ KLITGAARD, Robert. A cooperação internacional contra a corrupção. **Revista Finanças e Desenvolvimento**, Mar./1998, p. 4.

²³⁶ Segundo pesquisa realizada pela Transparência Internacional em 2019, nas Américas, 46% dos participantes percebem a polícia e o Legislativo como órgãos mais corruptos. INTERNATIONAL TRANSPARENCY. **Global Corruption Barometer**: citizens' voices from around the world. Disponível em <https://www.transparency.org/en/news/global-corruption-barometer-citizens-voices-from-around-the-world>. Acesso em: 16/07/2020.

²³⁷ “En términos generales, la corrupción puede clasificarse como privada o pública. En el ámbito público, existe abuso en la posición de poder; se violentan las reglas conductuales, y se busca el privilegio particular, lo cual afecta los intereses de los propietarios o accionistas. En oposición a la privada, este tipo de corrupción se distingue por la naturaleza pública de los recursos. De ella existen tres tipos: 1) corrupción administrativa, tanto de “cuello blanco”, de altos niveles, como una más modesta; 2) corrupción política, y 3) corrupción legislativa. En esta última, la condición pública puede observarse en la formulación de leyes, así como en la prestación o producción de servicios y bienes públicos”. VALLS, Alejandro Pastrana. Estudio

Corrupção é a ação do funcionário público que atua, normalmente, dentro de suas atribuições, mas sem mirar a satisfação do interesse geral, porquanto orientado por favorecer a si próprio ou pessoa específica, que, em troca, promete ou paga benefícios indevidos ao agente estatal²³⁸. Disto advêm flagrantes danos ao interesse público e à coletividade, pelo escoamento de recursos públicos para searas não prioritárias, quando não ilícitas, limitando ainda mais o orçamento público, já insuficiente para atender as demandas essenciais da coletividade.

Sob outro enfoque, que se atém à clandestinidade e ao desvio de recursos públicos, a corrupção é vista como “conjunto de acciones u omisiones que implican un uso desmesurado de recursos considerados como públicos para favorecer un interés particular”. Nesta perspectiva, o caráter essencial do ato corrupto é o fato de ocorrer à escuras, na clandestinidade, implicando, normalmente, o descumprimento de normas legais e deveres profissionais previamente estabelecidos²³⁹.

Deste modo, a corrupção de âmbito público pode ser definida como o ato de induzir um funcionário público²⁴⁰, por meios impróprios (como propina), a cometer

sobre la corrupción en América Latina. **Revista Mexicana de Opinión Pública**, n. 27, jul./dic. 2019, p. 16. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-49112019000200013.

Acesso em: 20/07/2020.

²³⁸ VALLS, Alejandro Pastrana. Estudio sobre la corrupción en América Latina. **Revista Mexicana de Opinión Pública**, n. 27, jul./dic. 2019, p. 17. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-49112019000200013. Acesso em: 20/07/2020.

²³⁹ VALLS, Alejandro Pastrana. Estudio sobre la corrupción en América Latina. **Revista Mexicana de Opinión Pública**, n. 27, jul./dic. 2019, p. 16. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-49112019000200013. Acesso em: 20/07/2020.

²⁴⁰ Segundo o Artigo 2º da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **United Nations Convention against Corruption – UNCAC**. Viena: 2004, p. 7, disponível em: https://www.unodc.org/unodc/corruption/tools_and_publications/UN-convention-against-corruption.html. Acesso em: 10/11/2020), funcionário público é definido como: “a) Por “funcionario público” se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; b) Por “funcionario público extranjero” se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública; c) Por “funcionario de una organización internacional

violações de dever²⁴¹. Ou como expressa a clássica definição formulada por ROSE-ACKERMAN, “*the abuse of public office for private gain*”²⁴²⁻²⁴³.

A isto se agrega a pertinente definição estabelecida por NYE, ao caracterizá-la como um comportamento que se desvia dos deveres formais da função pública em virtude de recompensa privada (pessoal, familiares próximos, amigos), que pode consistir tanto em ganhos pecuniários como de status²⁴⁴.

O ato ‘vendido’ pelo agente que se corrompe não necessariamente implica a execução de uma ilegalidade. Como destaca HUSTED, “corrupção pode ser concebida como uma transferência de serviço entre o pagador da propina e seu recebedor”²⁴⁵. O serviço pode ser de duas ordens: a. de acordo com a regra (*according-to-rule services*), em que o recebedor vende um ato de ofício, que, em si, não viola a lei, mas em seu contexto revela desonestidade, como cobrar para acelerar uma licença; b. contra a lei (*against-the-rule services*), em que o agente recebe para fazer algo que está proibido por lei, como entregar um contrato a quem não é mais qualificado ou não oferece a proposta mais vantajosa para a Administração.

pública” se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre”.

²⁴¹ KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 344-345.

²⁴² ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform**. London: Cambridge University Press, 1999.

²⁴³ Em sentido semelhante: “*Por ‘corrupción’ se entiende una práctica o fenómeno que supone el uso o abuso de poderes y funciones públicas para generar indebidamente riqueza o beneficios privados*”. UNIVERSIDAD DE CHILE. **Transparencia, Rendición de Cuentas y Lucha Contra la Corrupción en América**. Santiago: Informe de la reunión regional que tuvo lugar en Santiago de Chile entre el 3 y el 5 de diciembre de 2004, p. 19. Disponível em: <https://libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/393/submission/proof/files/assets/basic-html/index.html#5>. Acesso em: 28/08/2022.

²⁴⁴ Corrupção é “*behavior which deviates from the formal duties of a public role because of private-regarding (personal, close family, private clique) pecuniary or status-gains; or violates rules against the exercise of certain types of private-regarding behavior*”. NYE, Joseph S. Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis. Cambridge: **American Political Science Review**, v. 61(2), p. 417-427.

²⁴⁵ HUSTED, Bryan W. Honor among Thieves: A Transaction-Cost Interpretation of Corruption in Third World Countries. **Business Ethics Quarterly**, v. 4, n. 1, pp. 17-27, Jan./1994, p. 19.

Mantendo o enfoque econômico, pode-se perceber a corrupção como um mercado, na verdade, um mercado superlativo, que consome 5% do PIB do mundo²⁴⁶ e se constitui na terceira maior indústria do globo²⁴⁷.

Nesse mercado, o ato corrupto expressa “*uma transacção, um processo de troca, uma relação contratual*”²⁴⁸. Tem-se um mercado informal, ilegal, onde interagem agentes econômicos pelo lado da oferta e da procura, em que um lado dos polos, investido legitimamente em funções estatais, vende decisões, como licenças, compras públicas e autorizações; enquanto o outro as compra, orientado por racionalidade econômica, buscando maximizar suas utilidades individuais.

Com estas considerações, conceitua-se corrupção como o ato praticado clandestinamente por agente público, com desvio dos deveres legais, das normas que regem sua conduta funcional e da persecução de finalidades públicas, em troca de vantagem indevida, pecuniária ou não, para si, seus familiares ou círculo próximo de amigos²⁴⁹.

²⁴⁶ World Economic Forum. **Report Anti-corruption**. 2012. Disponível em: https://reports.weforum.org/global-agenda-council-2012/councils/anti-corruption/?doing_wp_cron=1568314042.2188379764556884765625. Acesso em: 22/08/2022.

²⁴⁷ MUÑOZ, Jaime Rodríguez Arana. **Análisis de la directiva europea de contratación pública y la lucha contra la corrupción**. In *Combate a la corrupción: reflexiones y experiencias multilaterales*. Colección Buen Gobierno, Derechos Humanos y Combate a la Corrupción. ALVAREZ, Adriana de Santiago; TRUJILLO, Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera (Organizadores). Guanajuato, 2020, p. 66.

²⁴⁸ ABREU, Cristina de. **A ECONOMIA DA CORRUPÇÃO – A ANÁLISE ECONÓMICA DA CORRUPÇÃO NAS SOCIEDADES DESENVOLVIDAS CONTEMPORÂNEAS**. Porto: Fronteira do Caos Editores, 2011, p. 18-19.

²⁴⁹ Este conceito se alinha ao adotado pela ONU: “O conceito de corrupção é amplo, incluindo as práticas de suborno e de propina, a fraude, a apropriação indébita ou qualquer outro desvio de recursos por parte de um funcionário público. Além disso, pode envolver casos de nepotismo, extorsão, tráfico de influência, utilização de informação privilegiada para fins pessoais e a compra e venda de sentenças judiciais, entre diversas outras práticas”. UNODOC – Escritório de Ligação e Parceria no Brasil. **UNODOC e Corrupção**. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/index.html>. Acesso em: 11/11/2021.

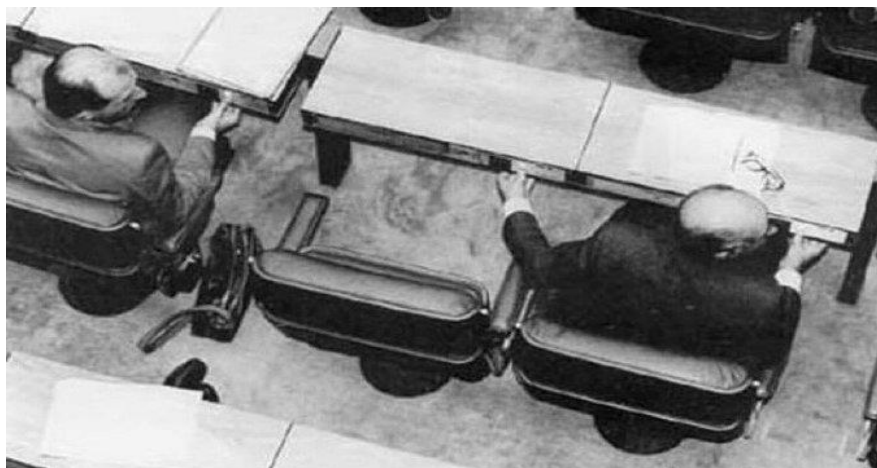


Figure 1 – Deputado vota em lugar de colega ausente.²⁵⁰

Acerca dos modos pelos quais se apresenta, convém pontuar que o termo ‘corrupção’ é como um guarda-chuva que cobre diversos tipos de comportamentos²⁵¹. Seguindo esta trilha, os atos de corrupção podem ser catalogados em 5 espécies²⁵², segundo relatório do *Conselho Internacional de Política de Direitos Humanos*²⁵³:

1. *Propina*²⁵⁴, consistente em promessa, oferta ou presente a oficial público, ou solicitação ou aceitação, por parte deste, de

²⁵⁰ ASSOCIAÇÃO BAHIANA DE IMPRENSA. **Fotojornalismo baiano perde o talento de Luciano Andrade**. Edição online, 24/03/2021. Foto de Luciano Andrade. Disponível em: <https://abi-bahia.org.br/fotojornalismo-baiano-perde-o-talento-de-luciano-andrade/>. Acesso em: 14/10/2021.

²⁵¹ KÖBIS, Nils; STARKE, Christopher; RAHWAN, Iyad. **Artificial Intelligence as an Anti-Corruption Tool (AI-ACT) Potentials and Pitfalls for Top-down and Bottom-up Approaches**. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/2102.11567>. Acesso em: 01/03/2021.

²⁵² Normalmente, se associa corrupção com suborno, mas aquela não se restringe a esta. Veja-se a ilustração de CÁRDENAS e CHAYER, referente aos modos como a corrupção pode se manifestar no Poder Judiciário: “*la corrupción judicial tiene mil caras. No es solamente aquella que se materializa y mide en dinero, como es el caso de los sobornos. Es también aceptar presiones políticas o influencias de cualquier tipo; o el sucumbir al nepotismo; o el presionar indebidamente con o para obtener una asignación patológica de los recursos; o influir en los ascensos. Todo esto es ciertamente corrupción*”. CÁRDENAS, Emilio J.; CHAYER, Héctor M. **Corrupción judicial** : mecanismos para prevenirla y erradicarla. Buenos Aires: Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia, 2005, p. 3.

²⁵³ INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. **Corruption and Human Rights: making the connection**, Suíça, 2009, p. 34-35. Disponível em: <http://www.ichrp.org/files/reports/40/131_web.pdf>. Acesso em: 10/11/2020.

²⁵⁴ “Em Portugal, com a criação da Biblioteca Pública em 1797, o conceito de ‘propina’ remetia ao costume de retirar um exemplar de cada edição nacional para que ficasse guardado na instituição. Nada havia de ilegal na atividade, que tampouco intentava satisfazer interesses individuais. Ao contrário, a propina tinha como objetivo preservar a memória editorial de modo a garantir que os acervos públicos preservassem exemplares de todas as publicações do país. Lembrava, de toda maneira, o ato de receber ‘contribuições’, em exemplares, dos vários editores ou livreiros”. SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. Edição do Kindle, p. 96.

vantagem indevida de qualquer natureza²⁵⁵, para si ou terceiro, para que o oficial aja ou abstenha-se de agir no exercício de suas funções oficiais;

2. *Desfalque ou apropriação indébita*, que ocorre quando o agente público se aproveita das facilidades de sua posição para se apropriar de bens ou valores públicos ou sob sua guarda para proveito próprio ou de terceiro;
3. *Tráfico de influência*, definido como a promessa, oferta ou presente concedido ao oficial público, ou por ele solicitado, para que este, valendo-se de sua posição, influencie outra autoridade ou pessoa, visando a vantagem para o pagador da oferta indevida;
4. *Abuso de poder*, que ocorre quando o agente público age ou deixa de agir, de forma contrária às suas obrigações legais, com vistas a obter vantagem indevida para si ou para terceiro;
5. *Enriquecimento ilícito*, que corresponde ao aumento expressivo e sem origem comprovada do patrimônio do agente público, havido em dissonância com seus ganhos lícitos²⁵⁶.

²⁵⁵ As doações para campanhas eleitorais, ainda que feitas licitamente, podem, em tese, configurar propina, desde que feitas com o objetivo de influir, de modo espúrio na atividade oficial do patrocinado, de modo a ensejar o cometimento de ato ilícito, na esteira do que assentou o STF no julgamento da Ação Penal 966 (STF, AP 996, Relator Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/05/2018, PUBLIC 08-02-2019). Contudo, como bem pontuou o Ministro Glimar Mendes no voto lançado em referido julgado, não se deve esquecer que é da natureza das doações eleitorais apoiar um candidato e seus projetos, de modo que, quando feitas legalmente, se presumem legítimas, sendo ônus da acusação demonstrar que destoam da normalidade e assumem a feição de pagamento indevido por ato oficial concreto e ilícito.

²⁵⁶ Forma controversa e não universalmente aceita, pois sustenta-se que viola a presunção de inocência e inverte o ônus da prova em desfavor do agente público. Não obstante, há situações em que agentes públicos enriquecem após ingressar no serviço público, sem correspondente fonte lícita de renda para tal enriquecimento. Atento a este problema, foi editado o Decreto 10.571, de 09/12/2020, que confere à CGU a tarefa de avaliar a evolução patrimonial de certos agentes públicos federais (art. 11), além de prever mecanismo para evitar conflitos de interesses, potencialmente geradores de corrupção, obrigando que autoridades declarem relações conjugais, privadas ou patrimoniais que possam implicar em conflito com suas atividades públicas (art. 10).

CORRUPÇÃO	propina
	desfalque
	tráfico de influência
	abuso de poder
	enriquecimento ilícito

Dentre as formas acima, a propina é certamente a forma mais conhecida e que tem recebido maior reprovação social. Já outras modalidades, “como lobby, oferta de presentes a funcionários públicos e contratação preferencial” não recebem o mesmo grau de reprovação e, em certos contextos, não são considerados ilícitos²⁵⁷.



Figure 2 - Maurício Marinho, diretor de Contratação e Administração de Material dos Correios, recebendo R\$ 3 mil, em episódio que deu impulso ao escândalo do Mensalão.²⁵⁸

É de se pontuar, ainda, que em decorrência da globalização e intensificação do uso de meios tecnológicos, a corrupção também experimenta processo de mutação, ao se atualizar a esses contextos.

²⁵⁷ PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. **Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement:** Potential Lessons for Institutional Design. International Research Initiative on Brazil and Africa, Working paper n. 5. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2497936>. Acesso em: 08/05/2021.

²⁵⁸ REVISTA VEJA, edição online, 27/09/2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/radar/depois-de-o-pt-quebrar-os-correios-dirceu-critica-privatizacao-da-estatal/>. Acesso em: 14/10/2021.

Nos últimos anos, são frequentes casos de corrupção transnacional, como decorrência direta da globalização econômica e política. À medida em que os negócios se expandem para outras fronteiras, os corruptos também passam a conspirar mais em plano transnacional, tornando ainda mais difícil processar essas ofensas, diante da complexidade inerente à coordenação de esforços investigativos em plano internacional e das diferentes molduras legais dos países envolvidos.

Além disso, o uso crescente e rápido de novas tecnologias, como sistemas *online* de pagamentos, *blockchains* e criptomoedas tem facilitado que a corrupção esteja um passo à frente das agências de investigação²⁵⁹. Trata-se de um cenário que adiciona complexidade a um tema já cercado de obstáculos.

2.2 BREVE HISTÓRIA DA CORRUPÇÃO

Voltando-se, agora, o olhar para as origens históricas da corrupção, KLITGAARD, lembra que a corrupção é tão antiga quanto o próprio governo. Refere que, “escrevendo há cerca de 2300 anos, O Primeiro-Ministro Brâmane de Chandragupta listou pelo menos quarenta formas de desviar dinheiro do governo”. Também no antigo império chinês já se percebia o problema, com uma compreensão de que as raízes da corrupção eram a paixão por uma vida luxuosa junto ao grupo dominante. E para cobrir as despesas com o luxo, a elite dominante recorria ao negócio corrupto. Para contornar o problema, passou a ser pago aos oficiais um abono extra chamado *Yang-lien*, que significa ‘nutrir a incorruptibilidade’. Aparentemente, contudo, “esta nutrição frequentemente falhava em atingir o seu propósito”²⁶⁰.

Aliás, KLITGAARD recorda que já em Platão havia a preocupação com o tema, tendo o filósofo mencionado sobre a propina nas leis, advertindo que os servidores da nação deveriam prestar seus serviços sem receber nenhum presente em troca²⁶¹.

TOCQUEVILLE também já havia dedicado, na célebre obra *Democracy in America*, da primeira metade do Século XIX, um capítulo inteiro (XIII) ao tema.

²⁵⁹ DURI, Jorum. **Corruption and economic crime**. Transparency International Anti-Corruption Helpdesk Answer. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/corruption-and-economic-crime>. Acesso em: 11/06/2021.

²⁶⁰ KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 176-181.

²⁶¹ KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 181-182.

Destacou na ocasião a corrupção dependia da forma de governo adotada, sendo facilitada nas democracias, pois “nos governos aristocráticos, os indivíduos que são colocados à frente dos assuntos são homens ricos, que desejam apenas o poder. Nas democracias, os estadistas são pobres e têm suas fortunas a ganhar”. Destacava, por outro lado, que “nos estados aristocráticos os governantes raramente são acessíveis à corrupção e têm muito pouco desejo por dinheiro; enquanto o contrário é o caso nas nações democráticas”²⁶².

Mesmo que sempre presente, KLITGAARD pontua que a corrupção não é admitida como natural, mas percebida como algo negativo:

*Legal scholar John T. Noonan, Jr. shows that, while bribery is as old as government itself, this longevity is not because bribery is approved in some cultures. Among his conclusions is the following: Bribery is universally shameful. Not a country in the world which does not treat bribery as criminal on its lawbooks*²⁶³.

O professor, também conselheiro econômico e político de diversos governos, prossegue sua análise e se depara com a pergunta: “algumas pessoas são mais corruptas que outras?” Esclarece, então, que o fenômeno perpassa as nações, sejam ou não desenvolvidas, evitando enfoque cultural ou racial. Prefere ênfase pragmática, que se preocupe com maneiras de enfrentar a corrupção, onde quer que ocorra²⁶⁴.

Trata-se, portanto, de um desvio de conduta que, embora antigo, não se incorporou a moral das diferentes sociedades, em diferentes tempos e espaços territoriais. Contudo, resistindo ao fatalismo de que se trata de um mal sem solução, é de se indagar sobre suas causas, na busca de eventuais respostas a este problema.

²⁶² “In aristocratic governments the individuals who are placed at the head of affairs are rich men, who are solely desirous of power. In democracies statesmen are poor, and they have their fortunes to make. The consequence is that in aristocratic States the rulers are rarely accessible to corruption, and have very little craving for money; whilst the reverse is the case in democratic nations”. TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. The Pennsylvania State University, 2002, p. 251.

²⁶³ KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 226-228.

²⁶⁴ “To other observers, racial and cultural factors are not primary causes; they note that corruption has been prevalent at various times in all cultures. We might cite histories of the selling of offices in Europe, widespread corruption in Elizabethan England, or-as mentioned in the text-the present-day corruption scandals in Europe, Japan, and the United States. The real question for policymaking purposes is what to do about various forms of corrupt behavior, wherever they occur. When searching for answers, we should take cultural and other variables into account, while steadfastly resisting the temptations of cultural fatalism or insidious racialism”. KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 205-208.

2.3 CAUSAS DA CORRUPÇÃO

Indagar sobre os fatores que ensejam práticas corruptas é de fundamental importância para a busca de soluções para um mal que drena recursos públicos no mundo todo. Não obstante, investigar as causas da corrupção representa adentrar em terreno instável, pois trata-se de assunto extremamente controverso, insuscetível de respostas simples tampouco unívocas.

Em um cenário de complexidade e causalidade concorrente, a investigação das causas da corrupção, quando tendente à proposição de soluções concretas, deve ser limitada a sua ocorrência em determinada realidade²⁶⁵. Pode-se pensar na corrupção como uma doença, que afeta aos poucos seu paciente (Estado e sociedade) e, se não tratada, segue se espalhando até comprometer sensivelmente a integridade do corpo.

Nesta perspectiva, assim como um médico que trata um paciente específico, para quem não importa tanto saber sobre a incidência mundial de doenças cardíacas, ou se as doenças cardíacas são uma ameaça maior em um país ou continente do que em outro²⁶⁶; quem se propõe a averiguar o que leva a comportamentos corruptos, deve fazê-lo tendo em conta seu próprio ‘paciente’, ou seja, o Estado ou governo que esteja ‘contaminado’ pela corrupção e que esteja sob seus ‘cuidados’.

Esta análise é reforçada pela Transparência Internacional, organização não governamental sem fins lucrativos que se dedica à luta contra a corrupção em mais de 100 países. Ao analisar reformas que tiveram efeito positivo, constatou que *“la eficacia de ciertos enfoques contra la corrupción depende de las circunstancias políticas, económicas, legales e institucionales del país”*²⁶⁷.

Conforme destacam CALOCCI, SBERNA e VANUCCI, as abordagens sobre condutas corruptas giram em torno de três linhas básicas. O primeiro enfoque centra-se em uma perspectiva cultural, que leva em consideração normas sociais e costumes que acabam por facilitar ou dificultar atos de corrupção. Já sob uma aproximação

²⁶⁵ “(...) jogar de acordo com as regras do jogo pode fazer com que sejamos promovidos na Noruega, embora garanta que jamais chegaremos ao poder no Uzbequistão”. KLASS, Brian. **Corruptíveis**: o que é o poder, que tipos de pessoas o conquistam e o que acontece quando chegam ao topo. São Paulo: Editora Cultrix, 2022, Edição do Kindle, p. 359.

²⁶⁶ KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 224-226.

²⁶⁷ CHÊNE, Marrie. **REFORMAS EXITOSAS EN MATERIA ANTICORRUPCIÓN**. Transparency International. Anti-corruption Helpdesk. 2015, p. 4. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-exitosas-en-materia-anticorrupcion>. Acesso em: 17/07/2020.

econômica, sublinham o papel de oportunidades e incentivos econômicos no engajamento de indivíduos em atos viciados. A corrupção é fruto de escolhas racionais do indivíduo, que responde a estímulos que o ajudam a formar uma equação de custos e benefícios de suas ações. E há um terceiro enfoque neo-institucional, que considera estímulos externos e fatores endógenos as redes corrompidas:

Once a certain organizational texture and ‘cultural adaptation’ to corruption has developed, informal codes and governance structures provide internal stability and enforcement mechanisms to illegal dealings in specific areas of public activity, reducing uncertainty among partners in relationships which thus appear more lucrative and less morally censurable. The coevolution of economic incentives and cultural values, in other words, is path dependent: the heritage of corruption in the past produces increasing returns in subsequent periods by neutralizing moral barriers; by creating more profitable opportunities rooted in formal procedures and decision-making processes; by providing informal norms, organizational shields and mechanisms of protection against external intrusion by the authorities and internal friction among corrupt actors²⁶⁸.

Para os fins deste trabalho, em que se busca inventariar as causas já identificadas como facilitadoras da corrupção, pode-se perquirir acerca de dois grandes grupos de fatores que, de modo geral, ensejam ou pelo menos a facilitam, fatores que podem ser divididos por sua natureza estrutural ou pessoal.

2.3.1 Fatores estruturais

Há características do Estado e de sua máquina administrativa que podem favorecer a prática de atos corruptos. Países com maior desigualdade social e com instituições frágeis, desprovidas de órgãos de controle eficientes, são presas mais fáceis.

Nesta esteira, leciona SCHLOSS²⁶⁹ que a corrupção é um fenômeno complexo e com raízes arraigadas em distorções políticas, em problemas de governança e em incentivos negativos ao corpo social. Uma análise de suas causas estruturais sugere que pode ser explicada pela desigualdade social e econômica. O “*enfoque institucional señala que la corrupción responde a la presencia o ausencia de medidas*

²⁶⁸ CALOSSI, Enrico; SBERNA, Salvatore; VANUCCI, Alberto. **Disasters and Corruption, Corruption as Disaster**. In A. de Guttery et al. (eds.). *International Disaster Response Law*. Hague: ASSER PRESS, 2012, p. 667.

²⁶⁹ SCHLOSS, Miguel J. **Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad**. Washington: Georgetown University, Universia, 2010, vol. 4 n. 1, p. 16-38.

*institucionales de control, al débil desarrollo institucional o al tipo de normas formales e informales*²⁷⁰.

Normalmente, a corrupção se instala na brecha representativa que descola os representantes eleitos ou investidos de qualquer função pública dos anseios daqueles em função de quem as funções públicas deveriam ser exercidas. Como ressalta VALLS, esse descolamento²⁷¹:

inhibe la participación ciudadana y fortalece el clientelismo, la compra-venta de votos y el financiamiento ilegal, así como las prácticas corruptas en el parlamento o congreso, a partir de la ratificación de legislaciones que favorecen a determinados grupos y colocan en posiciones de desventaja a otros, a cambio de contraprestaciones.

Na mesma esteira, reportando-se à pesquisa de HEIDENHEIMER da década de 1970, SPECK ressalta que a diferença entre normas legais estabelecidas e comportamentos socialmente aceitos pode ser um estímulo forte para práticas corruptas. Afirma que “Somente se a norma está apoiada no reconhecimento social será ela obedecida”. E conclui que é possível detectar três categorias de corrupção - preta, cinza ou branca:

*“corrupção preta” — quando lei e norma social coincidem; “corrupção cinza” — quando os atores avaliam determinado comportamento de forma controversa; e “corrupção branca” — quando a lei reprova, mas a maioria da população ou se mostra tolerante ou sequer reconhece determinado comportamento como moral mente questionável*²⁷².

Quando as instituições são fracas, o problema fica mais evidente. Embora não seja problema limitado aos países em desenvolvimento, a corrupção neles encontra maiores facilidades, pois as instituições judiciais, os meios de sancionamento e a polícia, dentre outros organismos legais, tendem a não ser confiáveis. Como o Estado de Direito normalmente é frágil, tende a ser capturado por interesses desvirtuados. E

²⁷⁰ VALLS, Alejandro Pastrana. Estudio sobre la corrupción en América Latina. **Revista Mexicana de Opinión Pública**, n. 27, jul./dic. 2019, p. 20. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-49112019000200013. Acesso em: 20/07/2020.

²⁷¹ VALLS, Alejandro Pastrana. Estudio sobre la corrupción en América Latina. **Revista Mexicana de Opinión Pública**, n. 27, jul./dic. 2019, p. 18. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-49112019000200013. Acesso em: 20/07/2020.

²⁷² SPECK, Bruno Wilhelm. Mensurando a corrupção: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas. **Cadernos Adenauer**, Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, n. 10, dezembro de 2000, p. 14-15.

uma vez que os sistemas de governo e controle são débeis ou ausentes, as circunstâncias se tornam mais favoráveis à corrupção²⁷³.

Nos países ricos, por outro lado, embora o fenômeno não seja tão perceptível como costuma ser nos países em desenvolvimento, também são detectados casos de corrupção interna e, com frequência maior, na esfera das relações transnacionais, especialmente em transações comerciais entre grandes empreendimentos comerciais ou entre esses e governos estrangeiros. Neste passo, há um movimento que canaliza recursos a partir de nações mais ricas para mover a máquina corruptora na direção de nações menos favorecidas²⁷⁴.

Países praticamente livres de corrupção em seus governos podem se envolver na cadeia de atos corruptos transnacionais. Segundo a *Transparência Internacional*, “diversos escândalos em 2019 demonstraram que a corrupção transnacional muitas vezes é facilitada, possibilitada e perpetuada por países nórdicos aparentemente íntegros”. O relatório destaca que “Nações com as pontuações mais altas no IPC, como Dinamarca, Suíça e Islândia, não são imunes à corrupção”. Inobstante o mal não os assole em seus territórios, pois “possuem alguns dos setores públicos mais íntegros do mundo, a corrupção ainda existe, particularmente nos casos de lavagem de dinheiro e outros tipos de corrupção privada”²⁷⁵.

O envolvimento de países da OCDE na observância de leis contra pagamento de propina no exterior tem sido baixo, gerando episódios recentes de pagamentos feitos por empresas nórdicas e canadenses (que figuram no top do ranking das nações menos corruptas do mundo) a governos da África e Ásia para celebração de contratos nestes continentes. Fica também exposto o envolvimento de instituições financeiras da Alemanha, Dinamarca e Suécia na lavagem de recursos de origem ilícita vindos de países com maior grau de corrupção.

²⁷³ SCHLOSS, Miguel J. **Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad**. Washington: Georgetown University, Universia, 2010, vol. 4 n. 1, p. 17.

²⁷⁴ “En muchos casos, empresas de países desarrollados que invierten y operan en zonas emergentes “compran” favores y fomentan la corrupción aprovechando debilidades institucionales obteniendo posiciones privilegiadas. [...] el abuso de un cargo público para beneficio personal, como la corrupción generalmente se define, ocurre en países ricos y pobres y se tiene que atacar tanto en los sitios donde los pagos originan como donde se reciben”. SCHLOSS, Miguel J. **Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad**. Washington: Georgetown University, Universia, 2010, vol. 4 n. 1, p. 17.

²⁷⁵ Transparência Internacional. **Índice de percepção da corrupção 2019**, p. 24-25. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Acesso em 22/07/2020.

É ilustrativo o caso dos *Arquivos Fishrot*, que “revelou que a Samherji – um dos maiores conglomerados da indústria da pesca da Islândia – teria supostamente subornado oficiais do governo da Namíbia para obter os direitos a enormes cotas de pesca no país”²⁷⁶. A imagem a seguir, constante do citado relatório da Transparência Internacional, facilita a compreensão da dinâmica transfronteiriça do suborno e do envolvimento entre nações tidas por não corruptas nesses atos:

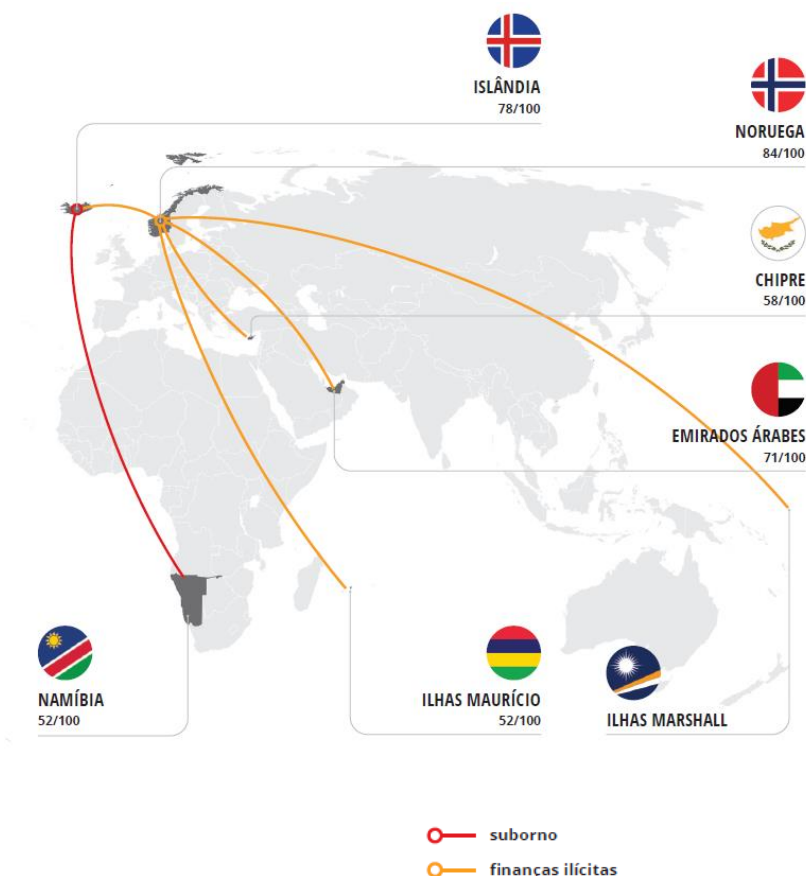


Figure 3 - Elaborado pela Transparência Internacional

Também é mencionado fato de 2019, em que “a gigante das telecomunicações sueca, Ericsson, concordou em pagar US\$ 1 bilhão para resolver um caso de propina transnacional”. A apuração deu conta de “uma campanha que durou 16 anos e que consistia em pagar para receber contratos na China, no Djibuti, no Kuwait, na

²⁷⁶ Transparência Internacional. **Índice de percepção da corrupção 2019**, p. 24. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Acesso em 22/07/2020.

Indonésia e no Vietnã”²⁷⁷. Novamente, a imagem do relatório é bastante representativa:



Figure 4 - Elaborado pela Transparência Internacional

No que diz respeito aos Estados Unidos, país cuja solidez econômica não se questiona, PINTO, LEANA e PIL²⁷⁸ ressaltam resultados de pesquisa que se debruçou sobre a incidência de práticas corruptas no ambiente corporativo. Ali se apurou que mais da metade dos empregados pesquisados havia constatado pelo menos um ato de desvio ético em seu ambiente de trabalho; e 36% reportou ter constatado dois ou mais. Outra observação, feita com 725 executivos e gerentes de empresas estadunidenses, indicou que 75% deles havia diretamente constatado práticas de fraude, superfaturamento ou outras ações de gestão indevida em suas corporações²⁷⁹.

²⁷⁷ Transparência Internacional. **Índice de percepção da corrupção 2019**, p. 25. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Acesso em 22/07/2020.

²⁷⁸ PINTO, Jonathan. LEANA, Carrie, PIL, Frits. Corrupt Organizations or Organizations of Corrupt Individuals? Two Types of Organization-Level Corruption. **Academy of Management Review**, Pittsburgh, v. 33, n. 3, 2008, p. 687-709. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/271517426_Corrupt_Organizations_or_Organizations_of_Corrupt_Individuals_Two_Types_of_Organization-Level_Corruption. Acesso em: 10/07/2020.

²⁷⁹ “The prevalence of corrupt behaviors in organizations appears to be quite high in the United States. A recent survey found more than half of U.S. employees observed at least one example of workplace ethical misconduct in the previous year, and 36 percent observed two or more (Ethics Resource Center, 2005). In another survey of 725 executives and managers, 65 percent of the respondents had personally observed or obtained direct evidence of one or more types of fraud, waste, and overstatement of cost or mis-management within their organizations. PINTO, Jonathan”. LEANA, Carrie, PIL, Frits. Corrupt

Via de regra, os atos de corrupção se inserem em contexto de mercado, na tentativa de maximizar ganhos. Daí a advertência de SCHLOSS, ao afirmar que “*la corrupción es un crimen de cálculo, no una pasión. En todos estos casos, la corrupción ocurre cuando las oportunidades económicas prevalecen y falta la voluntad política para combatirla*”²⁸⁰.

Isto não implica, contudo, afirmar seja o sistema capitalista a causa do problema. Como lembra KLITGAARD, se muitos observadores apontam o capitalismo como vilão²⁸¹, há tantos outros que defendem a ampliação dos métodos de mercado como única solução para a corrupção²⁸². O que importa, então, não é o modelo econômico em si, mas a existência de concorrência e de meios de controle²⁸³.

Na linha sustentada por KLITGAARD²⁸⁴, a conjunção de três fatores principais tende a aumentar a incidência da corrupção: poder de monopólio (*monopoly power*), discricionariedade e controles fracos, o que é expresso pelo pesquisador na seguinte equação:

$$CORRUPTION = MONOPOLY + DISCRETION - ACCOUNTABILITY.$$

Quanto ao monopólio, agentes estatais que têm ingerência sobre a distribuição de certos bens em caráter de exclusividade, como proteção policial, permissões para importar ou exportar, lançamento de tributos, concessão de vagas em universidades, entre outros, acabam por ostentar um poder atrativo e sofrem tentação maior de distribuir esses serviços de forma indevida.

Organizations or Organizations of Corrupt Individuals? Two Types of Organization-Level Corruption. **Academy of Management Review**, Pittsburgh v. 33, n. 3, 2008, p. 703. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/271517426_Corrupt_Organizations_or_Organizations_of_Corrupt_Individuals_Two_Types_of_Organization-Level_Corruption. Acesso em: 10/07/2020.

²⁸⁰ SCHLOSS, Miguel J. *Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad*. Washington: Georgetown University, Universia, 2010, vol. 4 n. 1, p. 20.

²⁸¹ “*To some observers, including many intellectuals in developing countries, the root causes of corruption are capitalism and its historical ally, colonialism. Islamic leaders in Iran blamed the corruption of the Shah's regime in large measure on the evils of capitalism. Commentators in the Soviet Union generally attribute instances of corruption among Soviet officials today to 'vestiges of the past' that will wither away as the Socialist system becomes ever more firmly established*”. KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 810-814.

²⁸² KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 819-820.

²⁸³ “*might not be capitalism versus state socialism, or the private sector versus the public sector, but rather competition and accountability*”. KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 839.

²⁸⁴ KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 908-913.

Do lado do mercado, quando poucas corporações detêm o domínio de certo setor, sua influência econômica e política acaba por estreitar laços com o poder público que podem facilitar eventos impróprios.

Trata-se de risco frequente e que deve estar no radar das autoridades, pois a tendência ao monopólio é uma tentação forte no mundo empresarial, conforme já advertira BORSELLINO, citado por STILLE: “O desejo de prevalecer sobre a competição, combinado com a falta de um Estado crível, não pode criar um mercado normal: a prática comum não é fazer melhor do que a concorrência, mas destruí-la”²⁸⁵.

Ao monopólio se soma o tema da discricionariedade conferida ao agente público. Trata-se de problema cada vez mais presente nas sociedades modernas, marcadas pela complexidade e mutabilidade constante, não captáveis pela legislação, que para fazer frente a tal realidade, recorre à delegação de poderes para valoração normativa sobre a aplicação da lei às autoridades administrativas. Quando há excessiva margem de discricionariedade (e baixo controle), o governo corre risco de deixar de ser ‘da lei’ para se tornar ‘dos homens’, favorecendo a corrupção²⁸⁶.

Com efeito, quanto maior a liberdade de decisão atribuída ao funcionário público, maior o risco de práticas corruptas²⁸⁷. Trata-se de situação apontada com recorrência pelos estudiosos do tema e muito bem pontuada por SCHLOSS, ao referir que “*en primera instancia, muchos de los problemas suelen darse cuando hay excesivos poderes discrecionales*”²⁸⁸.

²⁸⁵ STILLE, Alexander. **Morte a vossa excelência**. Porto Alegre: Citadel Grupo Editorial, 2020, Edição do Kindle, p. 30.

²⁸⁶ “*The laws of our society follow the pattern of ancient ethics, and therefore are poorly suited to governing a complex, crowded, changeable world. Our epicyclic solution is to augment statutory law with administrative law. Since it is practically impossible to spell out all the conditions under which it is safe to burn trash in the back yard or to run an automobile without smog-control, by law we delegate the details to bureaus. The result is administrative law, which is rightly feared for an ancient reason-Quis custodiet ipsos custodes?-“Who shall watch the watchers themselves?” John Adams said that we must have “a government of laws and not men.” Bureau administrators, trying to evaluate the morality of acts in the total system, are singularly liable to corruption, producing a government by men, not laws*”. HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, v. 162, Dez./1968, p. 1245-1246.

²⁸⁷ “*Altos ejecutivos de los principales países emergentes consideran que el pago internacional de sobornos es más prevaleciente en los sectores de obras públicas y construcción, seguido por la industria militar e industrias extractivas – lo que no debiera causar sorpresa, dado los factores mencionados arriba, especialmente la menor competencia que rige en dichas industrias, y con ello la mayor discrecionalidad y alto volumen de dinero que suelen barajarse en dichos sectores*”. SCHLOSS, Miguel J. **Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad**. Washington: Georgetown University, Universia, 2010, vol. 4 n. 1, p. 23.

²⁸⁸ SCHLOSS, Miguel J. **Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad**. Washington: Georgetown University, Universia, 2010, vol. 4 n. 1, p. 20.

TANZI e DAVAODI também apontam a discricionariedade na definição de gastos públicos como algo que aumenta o risco de desvios, especialmente em decisões como escolha do tipo de projeto a ser executado e o tamanho e localização de obras e serviços de grande magnitude.

Nas decisões discricionárias, indivíduos em posições de alto nível terão considerável controle e influência, sobretudo quando instituições essenciais de controle ou auditoria não estejam bem desenvolvidas, resultando em instrumentos de controle fracos²⁸⁹. Como consequência, as decisões são mais suscetíveis de influência pessoal ou financeira. Daí os chamados ‘elefantes brancos’, ou ‘pontes que não levam a lugar nenhum’.

Os autores lembram que estas escolhas estratégicas estão, muitas vezes, relacionadas ao pagamento de comissões a agentes públicos e intermediadores (*rent-seeking*) para celebração de contratos. E quanto maior o contrato, maior a comissão. Nesta contingência, quando a aprovação de projetos de investimento é influenciada por oficiais corruptos de alto nível, a taxa de retorno dos projetos, calculada na sua relação de custo-benefício, deixa de ser o critério de seleção²⁹⁰.

²⁸⁹ “*in these decisions, [...] some high-level individuals will have considerable control or influence. This will happen especially when some of the essential controlling or auditing institutions are not well developed and, therefore, institutional controls are weak*”. INTERNATIONAL MONETARY FUND – Fiscal Affairs Department. **Corruption, Public Investment, and Growth**. IMF Working Paper. Org. TANZI, Vito; DAVAODI, Hamid, p. 105. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/30/Corruption-Public-Investment-and-Growth-2353>. Acesso em: 01/07/2020.

²⁹⁰ Quando a aprovação de projetos de investimento é influenciada por oficiais corruptos de alto nível, a taxa de retorno dos projetos, calculada na sua relação de custo-benefício, deixa de ser o critério de seleção. INTERNATIONAL MONETARY FUND – Fiscal Affairs Department. **Corruption, Public Investment, and Growth**. IMF Working Paper. Org. TANZI, Vito; DAVAODI, Hamid, p. 109. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/30/Corruption-Public-Investment-and-Growth-2353>. Acesso em: 01/07/2020.

A liberdade conferida ao agente, se usada com distanciamento da finalidade pública que a legitima²⁹¹, solta-o das amarras estritas do poder vinculado²⁹², criando oportunidades para atrasar ou acelerar processos, gerar dificuldades para logo em seguida vender a solução, bem como – para perseguir o inimigo ou favorecer o amigo.

Não por outra razão frisa KLITGAARD que, com base estudo de caso que embasou a construção de sua teoria, no Departamento de Receita Interna (*Bureau of Internal Revenue*) das Filipinas, “*jobs - jobs with considerable discretion had often been assigned corruptly*”²⁹³.

Em associação com a discricionariedade, procedimentos complexos e excessivamente burocráticos são um campo farto para a corrupção. Como frisa relatório elaborado pelo G20²⁹⁴, o fenômeno ocorre em, e é mascarado por, lentos e opacos processos burocráticos, que acabam por gerar oportunidades valiosas para os desviados do interesse público²⁹⁵.

²⁹¹ BRESSMAN aponta os riscos da delegação excessiva de poder a agências governamentais pelo Congresso estadunidense como um fator de desvirtuamento da atividade administrativa, esclarecendo que, com frequência, isto se dá de modo racional e consciente, visando a possibilidade de reeleição de agentes eletivos, perpetuação no cargo de dirigentes de agências e facilitação de interesses sectários em detrimento do público (“*Agency decisionmaking reflects the interests of regulated entities more often than the interests of regulatory beneficiaries*” – p. 1714). Como antidotos, aponta a necessidade de um esquema que obrigue os órgãos executivos a declinar detalhadamente as razões do exercício de sua autoridade e a fixação de padrões de atuação, que deverão guiar a atividade administrativa em todas as situações. BRESSMAN, Lisa Schultz. *Judicial Review of Agency Inaction: An Arbitrariness Approach*. **New York University Law Review**, v. 79, n. 5, Nov./2004, pp. 1657-1718.

²⁹² “[...] quando a autoridade, ante determinada circunstância, é obrigada a tomar decisão determinada, pois sua conduta é ditada previamente pela norma jurídica. O ordenamento confere ao administrador um poder de decisão, mas predetermina as situações e condições, canalizando-o a uma só direção. Por isso na doutrina se diz que há matérias de reserva legal absoluta, em que o vínculo da Administração ao bloco de juridicidade é máximo. Se houver uma só solução, como consequência da aplicação de uma norma, ocorre o exercício do poder vinculado”. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 103.

²⁹³ KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 306-307.

²⁹⁴ Fórum permanente de cooperação internacional sobre os temas mais importantes da economia mundial e da agenda financeira, composto pelas 20 maiores economias do mundo. Disponível em: <https://www.g20foundation.org/g20/what-is-the-g20>. Acesso em: 18/02/2021.

²⁹⁵ Por isto é ressaltada a importância do desenvolvimento de ferramentas tecnológicas de informação e comunicação pela Administração pública, como meio de racionalização e agilização de serviços públicos, em contraposição à burocracia tradicional. Por exemplo, as compras públicas deveriam se dar sempre em plataformas digitais, que conferem maior possibilidade de participação de licitantes e mais facilidade de controle. Também, o intercâmbio de comunicações e provas entre autoridades anticorrupção de distintos países deveria se dar de forma informatizada, em substituição aos demorados procedimentos de colaboração ou cartas rogatórias, de modo a dar maior efetividade na apuração e punição de atos de corrupção. G20. **High-Level Principles for Promoting Public Sector Integrity Through the Use of Information and Communications Technologies (ICT)**. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKE>

Ainda no plano institucional, o enfraquecimento dos órgãos de controle e perseguição completa a equação. Como é exposto no tópico a seguir, a debilidade destas instituições acaba sendo o incentivo definitivo ao delinquente: reduzido o temor de punição, a tentação de violar os deveres funcionais em busca do lucro ilícito tenderá a preponderar. E quando esta estrutura é tão débil a ponto de ela própria propiciar atos corruptos, este comportamento passa a ser institucionalizado²⁹⁶.

Outro ponto a ser considerado é a falta de institucionalidade, caracterizada pela excessiva pessoalização das relações entre agentes públicos e privados. Nesta linha, aliás, a corrupção generalizada no México é atribuída, em parte, à grande importância dada as relações pessoais, já que *“If a friend asks you for a favor, you want to do it even if you happen to be a government official and the favor is against the rules”*²⁹⁷.

E quanto maior a proximidade do servidor público com o ator privado, com relações que se estabelecem em patamar não profissional, maior o ensejo à oferta ou solicitação de vantagens escusas²⁹⁸.

O desenho institucional do Estado é outro fator de sensível importância na causalidade da corrupção. Neste campo, a excessiva concentração de poderes no Executivo é fator fundamental, sobretudo quando o poder econômico se associa ao governante hipertrofiado, pois favorece a alteração de marcos legais e regulatórios e a criação de políticas dissonantes do interesse público²⁹⁹.

Sistemas políticos frágeis, compostos por um número muito grande de partidos, também facilitam atos viciados. A necessidade de formar coalizões de ocasião para

[wjkhIPEmPTuAhU8GbkGHeoSAlcQFjAAegQIARAD&url=https%3A%2F%2Fg20.gov.sa%2Fen%2Fmedia%2FDocuments%2FHLPs%2520ICT.pdf&usg=AOvVaw0E1D-4LbmKMcemw04tIMxQ](https://www.researchgate.net/publication/277237414_Las_instituciones_supremas_de_auditoria_y_la_s_iniciativas_de_anticorruptcion). Acesso em: 18/02/2021.

²⁹⁶ MURPHY, David S. Las instituciones supremas de auditoría y las iniciativas de anticorrupción. Contabilidad y Negocios: **Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas**, Lima, v.4, n. 7, Jul./2009, p. 37. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277237414_Las_instituciones_supremas_de_auditoria_y_la_s_iniciativas_de_anticorruptcion. Acesso em: 17/07/2020.

²⁹⁷ KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 786-788.

²⁹⁸ “Para diminuir esta proximidade, é importante que haja alteração periódica do local em que o servidor exerça suas funções: fazer um rodízio de pessoas para que ninguém fique muito acomodado. Sangue fresco não traz apenas novas perspectivas. Também fornece anticorpos contra a corrupção”. KLASS, Brian. **Corruptíveis: o que é o poder, que tipos de pessoas o conquistam e o que acontece quando chegam ao topo**. São Paulo: Editora Cultrix, 2022, Edição do Kindle, p. 3945.

²⁹⁹ BRITOS, Armando Rafael Aquino. **La corrupción como fenómeno y la afectación al sistema político**. In *Combate a la corrupción: reflexiones y experiencias multilaterales*. Colección Buen Gobierno, Derechos Humanos y Combate a la Corrupción. ALVAREZ, Adriana de Santiago; TRUJILLO, Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera (Organizadores). Guanajuato, 2020, p. 36 e 47.

cada lei que se pretende aprovar abre um leque de oportunidades para negociatas, como os que se comprovaram nos escândalos do Mensalão e da Lava-Jato³⁰⁰.

Não se pode olvidar que a corrupção se manifesta de modo distinto e se origina de causas variáveis, a depender do espaço territorial que se examine. Neste campo, por força de reforma constitucional operada em 2015, o México instituiu um Sistema Nacional Anticorrupção (SNA), dentro do qual foi criada uma Secretaria Executiva, que tem, dentre outras, a função de elaborar estudos sobre o fenômeno naquele país.

Um desses estudos, a *Política Nacional Anticorrupção (PNA)*, de 29/01/2020, faz um diagnóstico das principais causas do problema no México, destacando-se³⁰¹: a) falta de mérito, profissionalismo e integridade no serviço público; b) processos de gastos públicos não lastreados em critérios claros para justificar os investimentos e sem transparência; c) carência orçamentária e de autonomia nos órgãos de fiscalização e controle; d) faltas administrativas e crimes de corrupção não investigados e punidos de maneira eficaz; e) uso insuficiente de dados, evidência e inteligência nas atividades de persecução de atos de corrupção; f) espaços de opacidade e arbitrariedade na relação de cidadãos e empresas junto ao governo;

É de se ressaltar a importância de um estudo como o PNA mexicano, pois, ao se lançar às origens do problema, aumenta em muito as chances de atacá-lo de modo adequado, pelo que constitui importante inspiração para outras nações também assoladas pela mesma agrura.

³⁰⁰ “O caso Petrobras parece ter resultado de uma infeliz “tempestade perfeita” entre dois grandes incentivos para pagamentos ilícitos –grandes contratos, exclusivos, prometendo enormes lucros, e a necessidade de recursos para facilitar atividades políticas, tanto eleitorais quanto a aprovação de leis no Congresso. [...] A relação com políticos eleitos que podem usar recursos para promover suas próprias agendas em um sistema com um número excessivo de partidos adicionou incentivos extras. [...] No entanto, uma resposta mais forte seria a reforma do sistema partidário brasileiro para tornar o processo legislativo menos dependente da formação de coalizão de uma multitude de partidos a cada lei que se quer aprovar. Uma forma de fazer isso seria elevar a barreira para a admissão de um partido ao Legislativo, encorajando fusões de agremiações”. ROSE-ACKERMAN, Susan. Susan Rose-Ackerman e a corrupção como troca econômica. **Folha de São Paulo**, 07/08/2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/08/1799288-susan-rose-ackerman-e-a-corrupcao-como-troca-economica.shtml?origin=folha>. Acesso em: 11/08/2021.

³⁰¹ SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN – SECRETARÍA EJECUTIVA. **POLÍTICA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN**. Disponível em: <https://www.sesna.gob.mx/politica-nacional-anticorrupcion/>. Acesso em: 18/02/2021.

A profissionalização do serviço público é outra questão sensível³⁰². Interessa notar que a forma de seleção deve ser a mais ampla³⁰³ e impessoal possível, com o concurso público preferindo as nomeações *ad nutum*. Isto evita o risco de contratar pessoas sem qualificação técnica e estreitamente vinculadas ao nomeante, o que torna difícil resistir às investidas ilícitas.

Igualmente, a atribuição de remuneração injusta ao servidor, não condizente com as responsabilidades do cargo ocupado; e a ausência de capacitação permanente e de sistema de controle hierárquico ou externo eficaz são elementos que favorecem a atos ilícitos.

A verdade é que a corrupção é um contrato, embora normalmente informal e sempre de objeto ilícito. Mas ao se analisar suas causas, não se pode deixar de notar que assim como há quem ‘se venda’, há do outro lado quem ‘o compre’. “*Así como hay una mano que recibe (la demanda), también hay una que ofrece la corrupción*”³⁰⁴.

Logo, pela ausência de relações em patamar de profissionalidade, como ante posturas desonestas de todos os envolvidos, agentes públicos e pessoas privadas se inserem mutuamente na cadeia de causalidade da corrupção.

A tentação de angariar renda maior, ainda que indevidamente, e o menor risco de ser apanhado, desempenham papel fundamental na decisão de delinquir ou não, como será explorado a seguir.

2.3.2 Fatores pessoais

A realidade tem demonstrado que a mera existência da lei não implica, necessariamente, em sua observância. No trato da coisa pública não é diferente. A proliferação de estatutos legais não é garantia de melhores condutas. Bem por isto BECKER sustenta que, como a obediência à Lei não pode ser tida como garantida,

³⁰² “no debe sorprender que cuanto mayor el nivel profesional en servicio civil o en la existencia de una administración pública con credibilidad (un tema neurálgico particular en países en desarrollo), tanto menor son los niveles percibidos de corrupción”. SCHLOSS, Miguel J. **Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad**. Washington: Georgetown University, Universia, 2010, vol. 4 n. 1, p. 20.

³⁰³ “Quando se trata de recrutamento, há três respostas principais. Primeira, consiga muitos candidatos. Em segundo lugar, busque de modo proativo o tipo de pessoa que você quer no poder. E terceiro, dedique recursos suficientes para excluir as pessoas corruptas e corruptíveis que se autosselecionam para posições de autoridade”. KLASS, Brian. **Corruptíveis: o que é o poder, que tipos de pessoas o conquistam e o que acontece quando chegam ao topo**. São Paulo: Editora Cultrix, 2022, Edição do Kindle, p. 3756.

³⁰⁴ SCHLOSS, Miguel J. **Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad**. Washington: Georgetown University, Universia, 2010, vol. 4 n. 1, p. 23.

geralmente são necessários grandes investimentos públicos e privados para prevenir ofensas e punir os ofensores³⁰⁵.

Segundo MURPHY, há três fatores determinantes da decisão individual de se corromper: “*oportunidad, presión y racionalización*”³⁰⁶.

Nesta ótica, a oportunidade existe quando uma pessoa identifica um método para desviar recursos públicos e uma forma de encobrir o desvio. A pressão está representada pela necessidade de dinheiro, experimentada pela generalidade das pessoas, algumas das quais enxergam o problema financeiro como insolúvel, a não ser pela corrupção. Salários baixos, frequentes na remuneração de agentes públicos de muitos países, contribuem para o fator ‘pressão’ e proporcionam argumentos para a racionalização da corrupção. Racionalização que é o mecanismo de justificação mental do ato corrupto.

Intimamente, o indivíduo que se entrega à práticas corruptas desenvolve raciocínios de justificação que, segundo FREITAS JÚNIOR e MEDEIROS³⁰⁷, com base em estudos de ANAND, ASFORTH e JOSHI, compreendem: a. negação de responsabilidade (a corrupção é inevitável, não há outro caminho³⁰⁸); b. negação do dano (a pessoa se convence de que ninguém é lesado por sua conduta); c. negação de vítima (o lesado mereceu a lesão); d. ponderações sociais (há coisas piores do que o ato praticado); e. apelo para lealdades elevadas (a violação se deveu a

³⁰⁵ “*obedience to law is not taken for granted, and public and private resources are generally spent in order both to prevent offenses and to apprehend offenders*”. BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, Mar.-Abr./1968, p. 169.

³⁰⁶ MURPHY, David S. Las instituciones supremas de auditoría y las iniciativas de anticorrupción. Contabilidad y Negocios: **Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas**, Lima, v.4, n. 7, Jul./2009, p. 34-35. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277237414_Las_instituciones_supremas_de_auditoria_y_la_s_iniciativas_de_anticorrupcion. Acesso em: 17/07/2020.

³⁰⁷ FREITAS JÚNIOR, Luiz Romeu de; MEDEIROS, Cintia Rodrigues de Oliveira. ESTRATÉGIAS DE RACIONALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO NAS ORGANIZAÇÕES: UMA ANÁLISE DAS DECLARAÇÕES DE ACUSADOS EM CASOS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL. **Revista de Ciências da Administração**, v. 20, n. 50, p. 8-23, Abr./2018, p. 12.

³⁰⁸ Há sociedades, com corrupção disseminada, que incorporam as práticas corruptas como algo normal e mesmo inevitável. Como ensina BRITOS, há uma série de ‘muletas’ para justificar o que debería ser abominado, como “*el “roba, pero hace”, “siempre fue así”, “debe aprovechar la oportunidad”, “nunca se va a poder cambiar porque es consustancial al sistema”, entre otros*”. BRITOS, Armando Rafael Aquino. **La corrupción como fenómeno y la afectación al sistema político**. In *Combate a la corrupción: reflexiones y experiencias multilaterales*. Colección Buen Gobierno, Derechos Humanos y Combate a la Corrupción. ALVAREZ, Adriana de Santiago; TRUJILLO, Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera (Organizadores). Guanajuato, 2020, p. 22.

compromissos com superiores); f. metáfora do equilíbrio (o desvio é uma forma de compensar o tempo e esforço empregados no trabalho).

Contudo, ao lado dos raciocínios justificadores e demais fatores declinados por MURPHY, a decisão de se corromper se insere num contexto comportamental mais amplo, sendo, na verdade, reflexo de uma racionalidade muito bem compreendida por BECKER, cuja aproximação pioneira é muito elucidativa para ajudar a desvelar as causas que levam o indivíduo a cometer ilícitos e, como consequência, para o desenho de políticas que procurem diminuir sua incidência. A delinquência (no sentido de quebra à lei, seja qual for sua natureza) é analisada sob prisma econômico³⁰⁹, vendo o violador da norma como um ser racional, que pondera os possíveis ganhos e custos de seus atos.

Esta visão trata o delito como uma espécie de atividade econômica³¹⁰, que segue lógica semelhante à adotada pelas atividades econômicas lícitas, compreendendo que, além do mesmo raciocínio fundante, os efeitos dos atos ilícitos também geram consequências na economia³¹¹.

Este ângulo de análise é reforçado por POSNER³¹², para quem a economia é uma poderosa ferramenta para analisar uma vasta gama de questões legais, uma vez que “*economics is the science of rational choice in a world — our world — in which resources are limited in relation to human wants*”, de modo que o homem, como um maximizador racional dos seus próprios interesses, responde a incentivos.

Também KLITGAARD enfatiza, em bases econômicas, a motivação financeira e o raciocínio de custo-benefício na origem de atos viciados. Na sua visão, o agente público, agindo em nome do ‘diretor’ (seu dever de ofício) e diante de seu ‘cliente’ (o

³⁰⁹ “A crime is apparently not so different analytically from any other activity that produces external harm and when crimes are punishable by fines, the analytical differences virtually vanish”. BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, Mar.-Abr./1968, p. 201.

³¹⁰ “[...] *crime is an economically important activity or industry, notwithstanding the almost total neglect by economists*”. BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, Mar.-Abr./1968, p. 170.

³¹¹ “[...] *criminal activities are an important subset of the class of activities that cause diseconomies, with the level of criminal activities measured by the number of offenses*”. BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, Mar.-Abr./1968, p. 173.

³¹² POSNER, Richard. A. **Economic Analyses of Law**. Cambridge: Wolters Kluwer, 1986, p.3-4.

corruptor)³¹³, será tentado a se corromper quando o ganho esperado com esta atitude superar os riscos envolvidos:

The agent is employed on the understanding that she is to act on the principal's behalf vis-a-vis the client. But the agent also has her own private interests, such as her bank account. In the pursuit of her official duties as agent, she may betray the principal's interests for the sake of her own - that is, she may be corrupt. What makes this an economic model is the following proposition: the agent will act corruptly when her likely net benefits from doing so outweigh the likely net costs³¹⁴.

O medo de ser pego e pagar pelo ilícito é o grande freio entre o agente e a corrupção. Isso também é comprovado pelo enfoque econômico do comportamento humano, que demonstra ser o homem reativo a estímulos, assim como os mercados, pois sempre busca a maximização de suas preferências. Então, tanto quanto um imposto reduz a produtividade de um mercado, um aumento na chance de ser punido (um imposto maior para o delinquente), reduz a produtividade do 'mercado' da delinquência³¹⁵.

Quanto menor este temor, maior o incentivo para envolvimento em práticas ilegais. Do mesmo modo como operam os grandes agentes de mercado, o indivíduo pondera os custos e benefícios de determinada ação e se direciona pelo caminho que lhe traga maior retorno³¹⁶.

³¹³ O esquema *principal – agent*, utilizado para descrever a corrupção, é bem explanado por BANFIELD: “*The agent is a person who has accepted an obligation (as in an employment contract) to act on behalf of his principal in some range of matters and, in doing so, to serve the principal's interest as if it were his own. The principal may be a person or an entity such as an organization or public. In acting on behalf of his principal an agent must exercise some discretion; the wider the range (measured in terms of effects on the principal's interest) among which he may choose, the broader is his discretion. (...) An agent is personally corrupt if he knowingly sacrifices his principal's interest to his own, that is, if he betrays his trust*”. BANFIELD, Edward C. Corruption as a Feature of Governmental Organization. *The Journal of Law and Economics*, v. 18, n. 3, pp. 587-605, Dec./1975, p. 186.

³¹⁴ KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 353-355.

³¹⁵ BECKER, Gary S. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

³¹⁶ Este fenômeno é bem ilustrado por BAROFISKY, ao descrever o cenário pós crise financeira de 2008, em que grandes bancos socorridos pelo governo estadunidense por serem “grande demais para falir” (*too big to fail*), acabaram se tornando “grandes demais para prender” (*too big to jail*). As consequências dos ilícitos cometidos contra investidores e mutuários foram tímidas, mostrando que, “para um seletivo grupo de executivos e instituições, o crime compensa”, o que inspira o risco real de que as mesmas fraudes tornem a se repetir (BAROFISKY, Neil. **Bailout: An Inside Account of How Washington Abandoned Main Street While Rescuing Wall Street**. New York: 2012, Free Press. Edição do Kindle, p. 233).

Quem comete um ilícito também é um maximizador e pondera o que pode ganhar com o desvio de conduta e os prejuízos envolvidos na ação³¹⁷. POSNER endossa esta ideia, destacando que o indivíduo comete o ilícito por esperar que os benefícios excedam os custos da ação³¹⁸.

Na mesma linha, a abordagem proposta por BECKER insiste em que o violador da lei é um ser racional³¹⁹ que pondera as variáveis de seu comportamento, de modo que há uma *“function relating the number of offenses by any person to his probability of conviction, to his punishment if convicted”* além de outras variáveis, como *“the income available to him in legal and other illegal activities, the frequency of nuisance arrests, and his willingness to commit an illegal act”*³²⁰.

Como bem adverte POSNER, a noção do delinquente como calculador racional pode chocar a princípio, por soar irreal. No entanto, vários estudos têm apontado que os criminosos e violadores da lei em geral respondem a mudanças nos custos de oportunidade³²¹, ou seja, dos ganhos que se abre mão ao se escolher determinada opção. São responsivos à probabilidade de serem pegos, à severidade da punição cabível³²² e outros fatores relevantes que os assemelham ao calculador racional dos modelos econômicos³²³.

³¹⁷ *“a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities”*. BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, Mar.-Abr./1968, p. 176.

³¹⁸ *“A person commits a crime because the expected benefits of the crime to him exceed the expected costs”*. POSNER, Richard. A. **Economic Analyses of Law**. Cambridge: Wolters Kluwer, 1986, p.205.

³¹⁹ *“Sociologists and economists, one may say that the first consider crime as deviant behavior whereas the latter consider it as rational”*. EIDE, Earling. **Economics of Criminal Behavior**. Disponível em: <<http://encyclo.findlawcorn/8100book.pdf>> Acesso em 11/07/2020, p. 352.

³²⁰ BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, Mar.-Abr./1968, p. 177.

³²¹ *“opportunity cost — the benefit forgone by employing a resource in a way that denies its use to someone else”*. POSNER, Richard. A. **Economic Analyses of Law**. Cambridge: Wolters Kluwer, 1986, p. 6.

³²² *“As a whole, criminometric studies clearly indicate a negative association between crime and the probability and severity of punishment. The result may be regarded as a rather firm corroboration of the deterrence explanation obtained from the theory of rational behavior: an increase in the probability or severity of punishment will decrease the expected utility of criminal acts, and thereby the level of crime”*. EIDE, Earling. **Economics of Criminal Behavior**. Disponível em: <<http://encyclo.findlawcorn/8100book.pdf>> Acesso em 11/07/2020, p. 360.

³²³ *“The notion of the criminal as a rational calculator will strike many readers as highly unrealistic [...] A growing empirical literature on crime has shown that criminals respond to changes in opportunity costs, in the probability of apprehension, in the severity of punishment, and in other relevant variables as if they were indeed the rational calculators of the economic model”*. POSNER, Richard. A. **Economic Analyses of Law**. Cambridge: Wolters Kluwer, 1986, p. 206.

EIDE também sufraga esta avaliação. Segundo refere, baseado em clássica lição de BENTHAM, o delinquente é impulsionado pelo lucro e freado pelo medo de ser apanhado:

Theories of criminal behavior based more or less on the assumption of rational choice were proposed by Beccaria and Bentham. Bentham ([1788] 1843, p. 399) wrote that ‘the profit of the crime is the force which urges man to delinquency: the pain of the punishment is the force employed to restrain him from it. If the first of these forces be the greater, the crime will be committed; if the second, the crime will not be committed.’³²⁴

EHRlich sufraga a visão de que o ofensor se baseia na racionalidade de ganhos e perdas, enfatizando que mais importante que uma motivação especial ou propensão intrínseca é a existência de oportunidades disponíveis para cometimento do ilícito, fator este que prepondera na decisão de quebrar a ordem legal³²⁵.

A abordagem baseada nos custos e benefícios da violação à lei comporta confirmação empírica³²⁶. Quando o ambiente é de pouco controle e vigilância, o agente público tende mais a se desviar de suas funções. O ator privado, igualmente, se sente mais confortável a ingressar em negociações escusas, oferecendo ou aceitando pagar suborno³²⁷.

Como sustentam SCHAEFER e SHIKIDA³²⁸, “a possibilidade de que os benefícios da atividade criminosa suplantem seus custos e compensem todo o risco estipulado está fortemente relacionado com a eficácia policial (polícias bem preparadas) e judicial”, podendo-se acrescer à sua equação o vigor maior ou menor com que outras instituições, como Ministério Público, Tribunais de Contas, Controladorias e Corregedorias, desempenham suas funções.

³²⁴ EIDE, Earling. **Economics of Criminal Behavior**. Disponível em: <<http://encyclo.findlawcorn/8100book.pdf>> Acesso em 11/07/2020, p. 346.

³²⁵ “The basic thesis underlying our theory of participation in illegitimate activities is that offenders, as a group, respond to incentives in much the same way that those who engage in strictly legitimate activities do as a group. [...] The rate of specific felonies is found to be positively related to estimates of relative gains and negatively related to estimates of costs associated with criminal activity”. EHRlich, Isaac. Participation in Illegitimate Activities: An Economic Analysis. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 81, n. 3, May-Jun./1973, p. 112.

³²⁶ “Many empirical studies may be interpreted as support for the view that threat of punishment also has a preventive effect on expressive crime”. EIDE, Earling. **Economics of Criminal Behavior**. Disponível em: <<http://encyclo.findlawcorn/8100book.pdf>> Acesso em 11/07/2020, p. 364.

³²⁷ “The individual will commit the offense if the expected utility is positive, and he will not if it is negative. [...] increases in either the probability or the severity of punishment might change the expected utility from being positive to being negative”. EIDE, Earling. **Economics of Criminal Behavior**. Disponível em: <<http://encyclo.findlawcorn/8100book.pdf>> Acesso em 11/07/2020, p. 346-347.

³²⁸ SCHAEFER, Gilberto José. SHIKIDA, Pery Francisco Assis. **Economia do crime**: elementos teóricos e evidências empíricas. Porto Alegre: Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS, Análise Econômica, a. 19, n. 36, 2001, p. 200.

A menor probabilidade de ser flagrado, pela ausência de mecanismos de controle eficientes, maximiza a possibilidade de ganhos com a atividade ilícita. Assim, mais do que o tipo de punição, importa o temor real e concreto de ser a ela submetido³²⁹. Quando o temor é baixo, violar a lei passa a ser uma opção considerável. Este o principal motor de quem transgride a regra legal.

Além disso, deve-se ponderar que o comportamento do violador da norma é regido por uma espécie de inércia: “An offender is likely to repeat his illegitimate activity if the opportunities available to him remain unchanged”³³⁰.

A corrupção, então, é um fenômeno muito complexo e com causalidade múltipla. Mas uma boa representação de sua causalidade é dada por CALOSSI, SBERNA e VANUCCI³³¹:

$$“Ct = f (R; D; H; - A; -Mc; Ct-1, t-2,...)”.$$

Nessa expressão, a corrupção em certo tempo (Ct) é uma função dos rendimentos esperados (R); discricionariedade conferida ao agente público (D); informações escondidas (H- *hidden information*), que criam um comércio ilegal de dados privilegiados para vantagem competitiva; controle (A – *accountability*), que reduz a corrupção quanto mais forte for; custos morais da corrupção (Mc – *moral costs*), maior ou menor aversão individual à corrupção, que refletem costumes, normas sociais e constrangimentos informais; e corrupção em períodos pretéritos, consistindo em redes de corrupção forjadas no passado que se refletem sobre as condições presentes para a corrupção (t-2).

Como resumem os pesquisadores italianos, “the shadow of past corruption may also influence its spread in the present through the intentional activities of actors

³²⁹ “For example, Lord Shawness (1965) said, ‘Some judges preoccupy themselves with methods of punishment. This is their job. But in preventing crime it is of less significance than they like to think. Certainty of detection is far more important than severity of punishment.’ Also see the discussion of the ideas of C. B. Beccaria, an insightful eighteenth-century Italian economist and criminologist, in Radzinowicz (1948, I, 282)”. BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, Mar.-Abr./1968, p. 176.

³³⁰ EHRLICH, Isaac. Participation in Illegitimate Activities: An Economic Analysis. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 81, n. 3, May-Jun./1973, p. 77.

³³¹ CALOSSI, Enrico; SBERNA, Salvatore; VANUCCI, Alberto. **Disasters and Corruption, Corruption as Disaster**. In A. de Guttery et al. (eds.). *International Disaster Response Law*. Hague: ASSER PRESS, 2012, p. 668.

implicated in corruption networks”³³², os quais podem obstruir a apurações e fortalecer as expectativas de impunidade através de mudanças legislativas ou institucionais tendentes a manter o status quo.

Deste modo, a mudança de comportamentos ilegais, e dos corruptos em particular, pressupõe a alteração do ambiente que os favorece. Sem isto, graves consequências irão ocorrer, como se analisa a seguir.

2.4 CONSEQUÊNCIAS DA CORRUPÇÃO

Embora sempre reprovada sob prisma moral³³³, já se sustentou que a corrupção pudesse ter efeitos econômicos benéficos, na medida em que poderia facilitar o desenvolvimento³³⁴, além de servir para acelerar processos burocráticos, em especial naquelas situações em que o agente público cobre para agilizar sua tarefa (*speed Money*), ou para estimular o funcionário a se empenhar mais em suas atividades.

Os economistas, entretanto, têm demonstrado que os custos superam possíveis benefícios e se alinharam à compreensão de que práticas desvirtuadas terminam por emperrar o crescimento econômico, ao diminuir a eficiência do Estado, com impacto direto na produção econômica³³⁵.

Então, os principais debates passaram a se centrar mais em como aferir o exato efeito da honestidade burocrática no crescimento da economia, tema em que MAURO

³³² CALOSSI, Enrico; SBERNA, Salvatore; VANUCCI, Alberto. **Disasters and Corruption, Corruption as Disaster**. In A. de Guttery et al. (eds.). *International Disaster Response Law*. Hague: ASSER PRESS, 2012, p. 669.

³³³ Nas últimas décadas, o mote da moralidade cedeu espaço para preocupações mais concretas, a partir da constatação de que a corrupção “produz graves efeitos negativos nos graus de desenvolvimento econômico e social, e, mais especificamente, como responsável por várias deficiências na educação, saúde, infraestrutura, enfim, como causador de efeitos maléficos sobre a qualidade de vida da população, sobretudo dos mais pobres e vulneráveis”. SADEK, Maria Tereza Aina. *Combate à corrupção: novos tempos*. **Revista da CGU**, n. 20, ago.-dez./2019, p. 1277.

³³⁴ HUNTINGTON, Samuel. **A Ordem Política nas Sociedades em Mudança**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense Universitária/EDUSP, 1975.

³³⁵ Os próprios agentes econômicos se encarregaram de refutar a tese de que a corrupção era benéfica para a economia. Como explana SPECK, a partir dos anos 1980, agências de classificação de risco passaram a tentar aferir o grau de corrupção dos países, sinalizando ser esse um indicativo relevante para o investidor. Com isso, “Antes que a disputa acadêmica sobre o impacto econômico da corrupção tivesse sido decidida, os agentes econômicos do mercado global deixaram claro que, para eles, a corrupção representa, sim, um possível risco de investimento”. SPECK, Bruno Wilhelm. **Mensurando a corrupção**: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas. *Cadernos Adenauer*, Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, no. 10, dezembro de 2000, p. 25.

desponta pioneiro, indicando, com bases empíricas, que a corrupção reduz investimentos privados e desacelera o crescimento da nação afetada³³⁶.

Contudo, não se olvide que, assim como na causalidade há diferenças em cada realidade estudada, também os efeitos são percebidos de modo distinto pelas diversas nações do globo. Enquanto o fenômeno leva populações inteiras à pobreza, a China convive com índices consideráveis de corrupção e alto crescimento econômico³³⁷.

Os impactos de subornos e outras formas de desvios de conduta, aliás, não se circunscrevem à economia. Segundo a Transparência Internacional, “a corrupção corrói a confiança, enfraquece a democracia, dificulta o desenvolvimento econômico e ainda exacerba a desigualdade, pobreza, divisões sociais e crises ambientais”³³⁸. Quando disseminada, afeta o império da lei e enfraquece o Estado de Direito, gerando um ciclo vicioso que é “uma das principais razões por que as partes menos desenvolvidas de nosso planeta tendem a continuar assim”³³⁹.

Além disso, quando praticada por um agente público, drena a reserva de confiança pública nas instituições democráticas, pois quando os agentes públicos passama a desrespeitar a lei sistematicamente, a anarquia tende a se instalar³⁴⁰.

³³⁶ Segundo MAURO, uma melhora de 1 ponto no índice de corrupção eleva o investimento em 2,9% do PIB (p. 695). Ainda, “*The negative association between corruption and investment, as well as growth, is significant in both a statistical and an economic sense. [...] there is evidence that bureaucratic efficiency actually causes high investment and growth*”. MAURO, Paolo. Corruption and growth. The Massachusetts Institute of Technology Press. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 110, n. 3, pp. 681-712, Aug./1995, p.705. Disponível em: URL: <http://www.jstor.org/stable/2946696>. Acesso em: 22/07/2020.

³³⁷ “*For example, China has been able to grow fast while being ranked among the most corrupt countries. Is corruption less harmful in China? Or would China have grown even faster if corruption was lower? These types of questions have received some attention, but more work along what context and type of corruption matters is likely to be fruitful*”. SVENSSON, Jakob. Eight Questions about Corruption. **Journal of Economic Perspectives**, v. 19, n. 3, pp. 19-42, Summer 2005, p. 40.

³³⁸ “*corruption erodes trust, weakens democracy, hampers economic development and further exacerbates inequality, poverty, social division and the environmental crisis bientais*”. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **What is corruption**. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>. Acesso em 16/07/2020.

³³⁹ KLITGAARD, Robert. **A cooperação internacional contra a corrupção**. Revista Finanças e Desenvolvimento, Mar./1998, p. 5.

³⁴⁰ “*When a public official abuses his office, he drains the reservoir of public trust on which our democratic institutions rely. Justice Brandeis once noted ‘if the government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy’*”. PETTY, Aaron R. How Qui Tam Actions Could Fight Public Corruption. **University of Michigan Journal of Law Reform**, v. 39, Issue 4, 2006, p. 872.

KLITGAARD é outro pesquisador a expor uma rede ampla de efeitos decorrentes da corrupção, dividindo-os em quatro categorias, quais sejam eficiência, equidade distributiva, incentivos e políticas³⁴¹.

Nesta perspectiva, a corrupção diminui a eficiência administrativa pelo desperdício de recursos públicos, distorção das políticas públicas e criação dos chamados “*public bads*”³⁴², efeitos sociais nocivos gerados pelo exercício indevido das atividades públicas, como construções irregulares que ponham em risco os indivíduos ou o meio ambiente, só possíveis pela omissão da autoridade fiscalizadora.

Em termos redistributivos, a corrupção provoca maior alocação de recursos em favor dos mais poderosos, detentores de influência política, militar ou financeira, em detrimento do atendimento das necessidades sociais³⁴³.

Como bem expôs a “Global Declaration Against Corruption”, documento resultante do Anti-Corruption Summit, realizado em Londres, em maio de 2016, “*corruption is at the heart of so many of the world’s problems. We must overcome it, if our efforts to end poverty, promote prosperity and defeat terrorism and extremism are to succeed*”³⁴⁴.

Representa, ainda, um incentivo negativo, pois canaliza a energia de agentes públicos e pessoas privadas para atividades socialmente improdutivas, restritas à busca de ganhos fáceis e indevidos. Tome-se como ilustrativo o caso do *speed money*, dinheiro pago ao funcionário público para que agilize a tarefa a seu cargo,

³⁴¹ KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 535-536.

³⁴² “*Corruption may lead to other inefficiencies. If bribes lead to unsafe buildings, unqualified government employees, or police negligence, ‘public bads’ may be produced. According to sociologist Robert Wade, corruption in Indian Soil Conservation departments has led government officers not to enforce the policy of ‘contour bunding,’ which is the careful construction of shallow ridges to prevent erosion during the rainy season. The result has been disastrous*”. KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 551-553.

³⁴³ “*A second category of consequences of corruption is to redistribute resources. Most studies show that the rich and privileged benefit from corrupt schemes at the expense of the poor, the rural, and the disadvantaged. Sometimes military or police powers are translated corruptly into economic gains to the disbenefit of those without such powers. ‘The art of the possible’ was Napoleon’s definition of politics, noted a leading Uruguayan economist. ‘An observer of the Uruguayan scene might prefer to say that it is the fine art of transferring real resources from the general public to the ruler’s political friends’*”. KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 561-564.

³⁴⁴ O evento, então pioneiro, reuniu líderes mundiais e representantes do mundo corporativo e sociedade civil, em busca de um pacote de ações para frear a corrupção. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/topical-events/anti-corruption-summit-london-2016>. Acesso em: 13/05/2022.

conduta que pode levar à ineficiência administrativa e queda na produtividade empresarial³⁴⁵.

Politicamente, a reiteração de práticas corruptas mina a confiança dos cidadãos no governo, gerando alienação do processo político e cinismo, além de serem fontes de instabilidades governamentais, pois o controle do Estado e da Administração passa a representar oportunidade de acesso a amplo manancial de recursos financeiros.

Ainda no plano político, a corrupção distorce o processo de tomada de decisões importantes para a comunidade, ao alterar o critério de decisão, do interesse público para a busca de vantagens privadas indevidas³⁴⁶⁻³⁴⁷. São apontadas, igualmente, evidências associando-a a um aumento dos gastos públicos³⁴⁸, menor receita dos governos, menores gastos com manutenção e operação dos equipamentos públicos existentes e piora da qualidade da infraestrutura pública³⁴⁹.

No que tange ao aumento do gasto público, uma das explicações é o sobrepreço arcado pelo governo por um serviço ou obra que, em condições livres de vícios, seria mais econômico. É evidente que o empreendedor que paga a propina para garantir o contrato público não arca com este custo, mas repassa o acréscimo ao próprio contratante, seja através de aditivos contratuais desnecessários, cobrança

³⁴⁵ KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 577-579.

³⁴⁶ “*corruption, particularly political or "grand" corruption, distorts the entire decision-making process connected with public investment projects. The degree of distortions is higher with weaker auditing institutions*”. INTERNATIONAL MONETARY FUND – Fiscal Affairs Department. **Corruption, Public Investment, and Growth**. IMF Working Paper. Org. TANZI, Vito; DAVAODI, Hamid, p. 100. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/30/Corruption-Public-Investment-and-Growth-2353>. Acesso em: 01/07/2020.

³⁴⁷ Esta mesma constatação é partilhada por SCHLOSS, quando destaca que a corrupção “*puede distorsionar los procesos de decisión en proyectos de inversión y otras transacciones comerciales como igualmente la estructura social de un país*”. SCHLOSS, Miguel J. **Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad**. Washington: Georgetown University, Uniersia, 2010, vol. 4 num. 1, p. 18.

³⁴⁸ Há evidências de que a medida anticorrupção adotada na Argentina provocou uma “*reducción del 10 por ciento en los precios de las licitaciones luego de que se aplicaran medidas de supervisión y auditoría más rigurosas a los funcionarios del sector en Buenos Aires*”. CHÊNE, Marrie. **Reformas exitosas en materia anticorrupción**. Transparency International. Anti-corruption Helpdesk. 2015, p. 9. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-exitosas-en-materia-anticorrupcion>. Acesso em: 17/07/2020.

³⁴⁹ “*The evidence presented shows that higher corruption is associated with (i) higher public investment; (ii) lower government revenues; (iii) lower expenditures on operations and maintenance; and (iv) lower quality of public infrastructure*”. INTERNATIONAL MONETARY FUND – Fiscal Affairs Department. **Corruption, Public Investment, and Growth**. IMF Working Paper. Org. TANZI, Vito; DAVAODI, Hamid, p. 109. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/30/Corruption-Public-Investment-and-Growth-2353>. Acesso em: 01/07/2020.

por serviços não prestados ou diminuindo a qualidade dos produtos utilizados na execução do objeto contratual³⁵⁰.

Com efeito, a corrupção gera custos de eficiência em termos de desperdício e má alocação. Nas compras públicas, estima-se que gere um incremento indevido no gasto estatal na monta de 10% a 25% do valor dos contratos³⁵¹⁻³⁵². Examinando-se apenas as compras feitas pelo setor público em países em desenvolvimento, estas custam de 20% a 100% mais do que o preço que seria paga em situações idôneas³⁵³.

Esta constatação ajuda a notar que as consequências da corrupção, muito mais que uma indagação teórica, representam, na verdade, uma questão que se faz presente com frequência nas relações entre setor público e privado, gerando custos adicionais e desorientando a persecução de finalidades coletivamente importantes.

Há, inclusive, evidências de que a corrupção impacta diretamente o Produto Interno Público das nações. Neste passo, diferente do que costuma a ocorrer em outros aspectos, os países mais ricos chegam a sofrer impacto maior do que os menos desenvolvidos, como demonstra *Relatório de Evidências sobre a Corrupção*, elaborado pelo Departamento de Desenvolvimento Internacional do Reino Unido:

in low-income countries (LICs), a 1-unit increase on the Corruption Perceptions Index (CPI) is associated with a reduction in gross domestic product (GDP) per capita growth rates of 0.07%. Across all countries (low, middle and high income), the effect is 0.12 percentage points. This suggests the effect on low-income economies is actually less severe than that on middle- and high-income economies³⁵⁴.

³⁵⁰ INTERNATIONAL MONETARY FUND – Fiscal Affairs Department. **Corruption, Public Investment, and Growth**. IMF Working Paper. Org. TANZI, Vito; DAVAODI, Hamid, p. 109. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/30/Corruption-Public-Investment-and-Growth-2353>. Acesso em: 01/07/2020.

³⁵¹ United Nations Office on Drugs and Crime. **Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances: Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption**. Viena: 2013, p. 1.

³⁵² “No âmbito do Poder Executivo, o processo licitatório é, sem dúvida, a principal e mais ampla porta de entrada para a corrupção no setor público — a OCDE estima que 20 e 25% do orçamento global destinado às licitações se perdem por causa da corrupção, algo em torno de 2 trilhões de dólares anuais”. MOHALLEN, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **DIAGNÓSTICO INSTITUCIONAL: PRIMEIROS PASSOS PARA UM PLANO NACIONAL ANTICORRUPÇÃO**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p.17.

³⁵³ “Corruption has efficiency costs in terms of the waste and misallocation that often accompany it. For example, a typical finding is that because of corrupt procurement policies, governments in developing countries pay from 20 to 100 percent more than the price they would pay under noncorrupt conditions”. KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 645-646.

³⁵⁴ UNITED KINGDOM - Department of International Development. **Why corruption matters: understanding causes, effects and how to address them Evidence paper on corruption**. 2015, p. 38. A pesquisa demonstra também (p. 39) que o aumento de 1 ponto no índice de corrupção reduz o

Quanto aos impactos nas relações de mercado, pesquisa realizada pelo escritório estadunidense *Miller & Chavalier* em 2016 ilustra a recorrência da corrupção na vida corporativa, pontua distorções criadas e o impacto da desonestidade na integridade dos mercados.

No levantamento, que já havia sido produzido em 2008 e 2012, foram ouvidos 637 representantes de empresas atuantes nos Estados Unidos e na América Latina. Destaca que enquanto grandes escândalos seguem ocupando as manchetes, os atos ilícitos na América Latina seguem abalando a confiança nas instituições políticas da região e a criar um efeito corrosivo na integridade dos mercados³⁵⁵.

A incidência de corrupção é percebida tão intensamente que 52% dos entrevistados afirmaram ter perdido negócios para concorrentes que se valeram de expedientes indevidos. Ainda, 48% reportaram que a corrupção é um obstáculo significativo para que suas empresas celebrem negócios.

Já o estudo conduzido pelo Departamento de Desenvolvimento Internacional do Reino Unido³⁵⁶ reforça as conclusões acima, ao indicar que cerca de 10% das empresas na América Latina já foram solicitadas a pagar propina ao menos uma vez. Outros 11% reportaram que as autoridades têm expectativas de receber ‘presentes’ “para resolver as coisas” (*To get the things done*).

Ainda, ficou registrado que a corrupção aumenta o custo de fazer negócios em até 10%, concluindo que muitas evidências apontando para seu impacto na lucratividade das empresas, no comportamento comercial e nas escolhas de indivíduos e empresas³⁵⁷.

crescimento econômico da nação afetada em 0,13%. Já o crescimento per capita, é afetado em 0,4% nos países da OCDE e Ásia e em 0,64% na América Latina. Ainda, o aumento de 1 ponto no índice de corrupção policial diminui o PIB per capita em cerca de 0,6%..

³⁵⁵ “[...] *with high-profile scandals regularly filling headlines, corruption in Latin America continues to undermine confidence in the region’s political institutions and to have a corrosive effect on the integrity of its markets*”. MILLER & CHEVALIER. **2016 Latin America Corruption Survey**. Disponível em: <https://www.millerchevalier.com/publication/2016-latin-america-corruption-survey>. Acesso em: 15/07/2020.

³⁵⁶ UNITED KINGDOM - Department of International Development. **Why corruption matters: understanding causes, effects and how to address them** Evidence paper on corruption. 2015, p. 43.

³⁵⁷ “*There is a substantial body of evidence assessing the impact of corruption on firm profitability, and on the commercial behaviour and choices of individuals and businesses. The evidence overwhelmingly suggests corruption has negative impacts on productivity, on investment and, overall, on profitability and growth*”. UNITED KINGDOM - Department of International Development. **Why corruption matters: understanding causes, effects and how to address them** Evidence paper on corruption. 2015, p. 46.

O problema é sério e os dados são superlativos: estima-se que, a cada ano, U\$ 1 trilhão são pagos a título de suborno³⁵⁸. Mais que isto, de cada U\$ 1 milhão pago em propina, resultam U\$ 100 milhões em danos sociais, representados por custos adicionais ou decisões de investimentos mal direcionadas³⁵⁹.

Com tanto dinheiro envolvido, os custos agregados pela corrupção representam externalidade negativa no processo macroeconômico, na medida em que afetam o crescimento das nações, por aumentar o investimento público de baixa produtividade e diminuir o recurso orçamentário disponível, impedindo a manutenção e ampliação da infraestrutura logística, o que significa maiores dispêndios para o governo e empresas, decorrentes de congestionamentos, atrasos, colapsos nas estradas, ferrovias, portos, etc³⁶⁰.

Aumento dos gastos públicos e a piora da sua qualidade também afetam as futuras gerações. O gasto extra gerado pela corrupção diminui os recursos disponíveis para investir em educação e outras políticas sociais que poderiam contribuir para a formação e desenvolvimento de crianças e jovens³⁶¹.

A diminuição de recursos também tem impacto significativo na prestação dos serviços públicos³⁶², representando menor oferta e piora de qualidade das prestações

³⁵⁸ “*Extrapolating from firm and household survey data, the World Bank Institute estimates that total bribes in a year are about \$1 trillion (Rose-Ackerman, 2004). While the margin of error in this estimate is large, anything even in that general magnitude (\$1 trillion is about 3 percent of world GDP) would qualify as an enormous issue*”. SVENSSON, Jakob. Eight Questions about Corruption. **Journal of Economic Perspectives**, v. 19, n. 3, pp. 19-42, Summer 2005.

³⁵⁹ INTERNATIONAL TRANSPARENCY. **Exporting Corruption**. Progress Report 2020: Assessing Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention, p.21-22. Lead author: Gillian Dell. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Acesso em 10/11/2020.

³⁶⁰ INTERNATIONAL MONETARY FUND – Fiscal Affairs Department. **Corruption, Public Investment, and Growth**. IMF Working Paper. Org. TANZI, Vito; DAVAODI, Hamid, p. 127. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/30/Corruption-Public-Investment-and-Growth-2353>. Acesso em: 01/07/2020.

³⁶¹ “*La evidencia también indica que la corrupción, tiende a encarecer la inversión pública, reduciendo su productividad – y por sobre todo genera cuantiosas pérdidas de recursos por inversiones no económicas [...] En general, las inversiones en países vistos como altamente corruptos tienden a mostrar deficiencias en la educación y en otros gastos sociales porque las erogaciones en infraestructuras costosas o el mantenimiento de cuantiosos programas de defensa (incluyendo adquisición de armas) reducen el apoyo financiero para educación y otras inversiones en infraestructura social (Mauro, 1998). Esto sugiere que la corrupción tiende a hipotecar las futuras generaciones, dado que el crecimiento económico de largo plazo está directamente relacionado con logros en educación*”. SCHLOSS, Miguel J. **Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad**. Washington: Georgetown University, Universia, 2010, vol. 4 num. 1, p. 18.

³⁶² “*la corrupción en la gestión de los recursos públicos compromete la capacidad de los gobiernos para cumplir con sus obligaciones de derechos sociales, incluidos salud, educación, agua, transporte o saneamiento, que resultan esenciales para la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y en particular de las poblaciones y grupos en condición de más vulnerabilidad*.”

oferecidas pelo Estado, sentidas em maior grau por mulheres e pessoas de menor renda³⁶³.

É de se destacar que a corrupção também está associada ao aumento da informalidade da economia. Com isto, a base tributária é reduzida e, mais que drenar recursos orçamentários, acaba ainda por diminuir o ingresso de receitas tributárias, afetando, mais uma vez, a capacidade de investimento estatal em infraestrutura, segurança, educação, saúde e tantos outros aspectos fundamentais ao desenvolvimento social³⁶⁴.

Quanto à saúde, há indicativos de que quanto mais corrupto o país, menor o valor aplicado nessa área³⁶⁵:

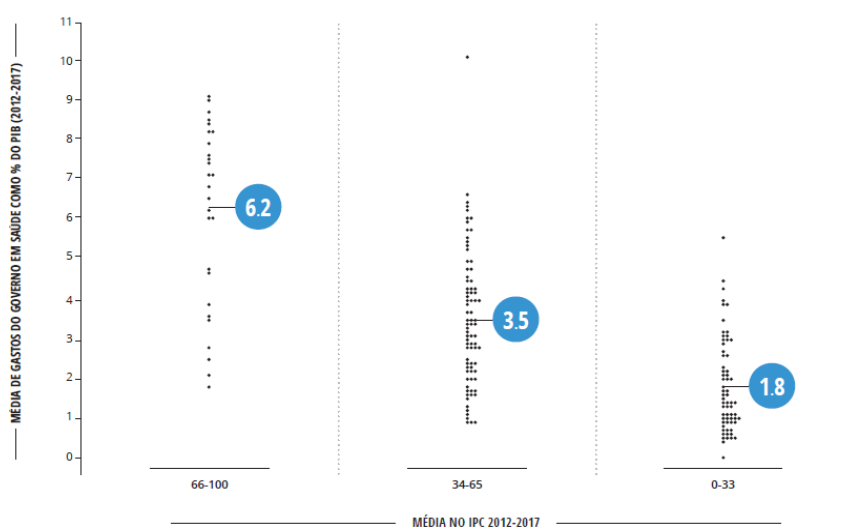


Figure 5 - Elaborado pela Transparência Internacional

Entre estos grupos, las mujeres, los líderes sociales, defensores del derecho a la tierra, pueblos afrodescendientes y pueblos indígenas son los más afectados. Asimismo, el impacto de la corrupción es muy grave en la garantía de los derechos de las personas privadas de libertad, en las personas migrantes, y en personas LGBTI". ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **RESOLUCION 1/18: CORRUPCION Y DERECHOS HUMANOS**, p. 6.

³⁶³ UNITED KINGDOM - Department of International Development. **Why corruption matters: understanding causes, effects and how to address them** Evidence paper on corruption. 2015, p. 51.

³⁶⁴ "Por ello, las encomías que tienen niveles altos de corrupción tienden a tener igualmente sectores formales más pequeños y por ende una proporción más alta en los sectores informales, como puede apreciarse en el gráfico siguiente. Mientras una proporción de la economía pasa a los sectores informales, se pierden bases para los impuestos, se reducen los ingresos fiscales y con ello el gasto público en inversiones tanto en la infraestructura humana (como educación) como física (como transporte), limitando con ello las posibilidades de desarrollo económico. De ahí la importancia de la reducción de la corrupción para formalizar la economía y romper el círculo vicioso que mantiene atrapado a las economías menos desarrolladas". SCHLOSS, Miguel J. **Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad**. Washington: Georgetown University, Univerisia, 2010, vol. 4 num. 1, p. 34.

³⁶⁵ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Índice de Percepção da Corrupção 2020**. Disponível em: www.transparenciainternacional.org.br/ipc. Acesso em: 09/03/2021.

Sob outro prisma, há indicativos de que a corrupção enfraquece o tecido social, ao premiar maus agentes enquanto despreza os indivíduos que trabalham seriamente, o que se reflete no total da riqueza produzida por determinada sociedade³⁶⁶. Com isto, leva a comprometimento direto de direitos humanos³⁶⁷, ao encorajar a discriminação, privar pessoas vulneráveis de renda e impedir que direitos políticos³⁶⁸, civis, sociais, econômicos e culturais sejam efetivados³⁶⁹.

Deste modo, pode-se dizer que os efeitos da corrupção não se limitam ao preço maior pago em determinado contrato; ou à deslegitimação do agente que pratica o ato. Na verdade, trata-se de fenômeno extremamente danoso, que desperdiça recursos públicos, diminui a receita tributária, abala a crença nas instituições e na política, afeta a competitividade econômica, o desenvolvimento nacional e, ainda, prejudica a realização plena da formação das novas gerações, o que torna ainda mais difícil superar sua ocorrência.

No caso do Brasil, em que há uma série de compromissos constitucionais para com direitos individuais e sociais pendentes de cumprimento, não há como deixar de tributar boa parte da frustração de tais deveres à corrupção.

³⁶⁶ *“Corruption is capable of rewarding indolence and penalizing hard work, undermining morale and esprit de corps, compromising a nation’s external security, threatening internal order and stability, and generally slowing down the pace of economic growth and sustainable development”*. GEBEYE. Berihun Adugna. **Corruption and Human Rights: Exploring the Relationships**. Disponível em: <https://www.du.edu/korbel/hrhw/workingpapers/2012/70-gebeye-2012.pdf>, p. 9. Acesso em: 08/11/2020.

³⁶⁷ Exame de caso ocorrido no Kosovo, de solicitação de suborno para atendimento médico preferencial denota que a corrupção pode implicar na violação de pelo cinco direitos fundamentais, pois evidencia: a) uma iniquidade preexistente no sistema de saúde, b) a violação ao direito de não ser extorquido e viver em uma sociedade livre de corrupção, c) a discriminação dos que serão preteridos pelo atendimento preferencial indevido ao pagador de suborno, d) a não detecção da ofensa pelos órgãos de repressão, a atestar sua ineficiência em proteger direitos garantidos, e e) a detecção posterior, mas não persecução da violação, possivelmente também devida à pagamento de propina. BRYANE, Michael. **What Does Kosovo Teach Us About Using Human Rights Law to Prosecute Corruption Offences?** Disponível em: https://works.bepress.com/bryane_michael/52/, p. 4. Acesso em: 08/11/2020.

³⁶⁸ O baixo comparecimento às eleições do Kosovo em 2009 é associado à corrupção do sistema político, inclusive dos partidos que o compõe. TANJUG, Low. **Turnout Expected in the Upcoming Elections in Kosovo-Metohija**. Disponível em: https://www.b92.net/eng/news/politics.php?yyyy=2009&mm=11&dd=10&nav_id=62940. Acesso em: 08/11/2020.

³⁶⁹ *“[...] in numerous ways...corruption encourages discrimination, deprives vulnerable people of income, and prevents people from fulfilling their political, civil, social, cultural and economic rights”*. BRYANE, Michael. **What Does Kosovo Teach Us About Using Human Rights Law to Prosecute Corruption Offences?** Disponível em: https://works.bepress.com/bryane_michael/52/, p. 3. Acesso em: 08/11/2020.

2.5 MUDANÇA DO CENÁRIO

A corrupção é um problema milenar. Por isto, muitas iniciativas já foram propostas e outras colocadas em prática para combatê-la, algumas bem-sucedidas, outras não. Longe de apontar respostas prontas para situação tão complexa, o presente exame se dispõe a avaliar algumas medidas que buscam alterar o contexto que incentiva o indivíduo a praticar atos de corrupção, assim como iniciativas que, no plano institucional, têm se provado, de modo geral, eficazes no enfrentamento da corrupção.

Isto sem perder de vista, é claro, que, sendo a corrupção uma moléstia que afeta as sociedades de modos e em gradações distintas, o melhor tratamento depende do tipo de paciente, do estágio da doença, nível de contágio e dos instrumentos à disposição dos tratadores em cada situação específica³⁷⁰.

2.5.1 Desenhando a política anticorrupção

Com isto em mente, pode-se partir para a procura de políticas que, em um primeiro momento, representem ao indivíduo estímulo contrário à busca de oportunidades de lucro escuso.

Nesta perspectiva, e lembrando que (a) o medo de ser punido é o principal freio entre o delinquente e a violação da lei e (b) os recursos disponíveis são limitados³⁷¹, sobretudo em países em desenvolvimento; é de se questionar, assim como fizera

³⁷⁰ “*A la larga, cada sociedad debe encontrar soluciones para sus propios desafíos*”. SCHLOSS, Miguel J. **Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad**. Washington: Georgetown University, Universia, 2010, vol. 4 num. 1, p. 35.

³⁷¹ “Os direitos não têm somente um custo orçamentário, mas também um custo social. Os danos infligidos a indivíduos particulares por pessoas suspeitas de cometer um crime e libertadas sob fiança, por exemplo, podem ser contabilizados sob os custos sociais de um sistema que se esforça para proteger os direitos dos acusados. Um estudo abrangente do custo dos direitos, portanto, necessariamente dedicaria uma atenção considerável a esses custos não monetários. O custo orçamentário dos direitos, no entanto, estudado isoladamente dos custos sociais e custos privados, constitui um domínio amplo e importante de exploração e análise. A concentração exclusiva no orçamento também é a maneira mais simples de chamar a atenção para o quanto as liberdades individuais dependem de contribuições coletivas administradas por autoridades públicas”. SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. Edição do Kindle, p. 206.

BECKER, “*how many resources and how much punishment should be used to enforce different kinds of legislation*”³⁷²?

Com efeito, quanto mais agentes da lei, equipamentos especializados e tecnologia estiverem disponíveis, mais fácil será descobrir as ofensas³⁷³. Contudo, muitos orçamentos não suportariam um investimento em extensão tão ampla³⁷⁴⁻³⁷⁵; fato já percebido pelos legisladores estadunidenses, o que os fez adotar já em seus estatutos coloniais e do princípio da República independente, em suporte às medidas de *enforcement* estatal, outras de *enforcement* privado, recorrendo ao engajamento dos cidadãos para resguardo e aplicação da lei³⁷⁶.

Pontue-se que, mesmo que os orçamentos suportassem, não seria de todo recomendável a implantação de aparato regulador quase ilimitado, pois isto poderia forjar um Estado excessivamente policial, com instabilidade na proteção das liberdades individuais.

De outro lado, não se pode ignorar que não apenas fiscalização e punição que devem integrar a equação contra a corrupção. O crescimento econômico, que traz mais oportunidades de auferir renda em atividades lícitas; e maior educação da

³⁷² BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, Mar.-Abr./1968, p. 170.

³⁷³ BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, Mar.-Abr./1968, p. 174.

³⁷⁴ “Punishments affect not only offenders but also other members of society. Aside from collection costs, fines paid by offenders are received as revenue by others. Most punishments, however, hurt other members as well as offenders: for example, imprisonment requires expenditures on guards, supervisory personnel, buildings, food, etc. Currently about \$1 billion is being spent each year in the United States on probation, parole, and institutionalization alone, with the daily cost per case varying tremendously from a low of \$0.38 for adults on probation to a high of \$1 1.00 for juveniles in detention institutions (President's Commission, 19676, pp. 193-94)”. BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, Mar.-Abr./1968, p. 180.

³⁷⁵ Conforme leciona EHRlich (EHRlich, Isaac. Participation in Illegitimate Activities: An Economic Analysis. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 81, n. 3, May-Jun./1973), é inegável que o aumento de despesas com o Sistema judiciário diminui o grau de delinquência, pois aumenta a probabilidade de punição (p. 90-91). No entanto, este enfoque é muito custoso financeiramente. É preciso avaliar as opções disponíveis e os custos das alternativas existentes: “*Whether it would pay society to spend more resources in order to enforce existing laws would then depend not only on the effectiveness of such expenditure in deterring crime, but also on the extent to which alternative methods of combating crime would pay*” (p. 112).

³⁷⁶ “Na América, os meios que são postos à disposição da autoridade para descobrir os crimes e processar os criminosos são poucos. A polícia administrativa não existe; os passaportes são desconhecidos. A polícia judiciária, nos Estados Unidos, não poderia ser comparada à nossa; os agentes do ministério público são pouco numerosos e nem sempre têm a iniciativa dos processos; a instrução é rápida e oral. Duvido, porém, que em qualquer outro país o crime escape tão raramente à pena. O motivo disso é que todos se acham interessados em fornecer as provas do delito e em prender o delinqüente”. TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América: Leis e Costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 108.

população, que inspira uma atitude de maior obediência à lei por parte dos cidadãos³⁷⁷; igualmente requerem atenção orçamentária e induzem progressos diversos, para além do combate à ilicitude.

No modelo proposto por OSBORNE e BENOÎT, há duas maneiras de enfrentar a delinquência: severidade das punições e gasto social, incluindo dispêndios não só com o aparato de aplicação da lei, mas também como transferências redistributivas.

Sob este enfoque, a eficácia do enfrentamento à ilicitude não pode ignorar o nível de renda dos grupos sociais envolvidos, pois dependendo de como afeta segmentos de rendas distintas, a redução na atividade delinquente pode demandar menos punição e mais gastos sociais³⁷⁸. Neste passo, a “sociedade deve estar atenta aos elementos coibidores do crime, como estruturação dos aparatos policiais, formação educacional, oferta de trabalho, urbanização planejada, distribuição de renda, etc”³⁷⁹.

Assim, são necessárias ações abrangentes e duradouras³⁸⁰, que compreendam vários aspectos da vida social. A simples proliferação de leis não basta, pois, se é certo que “o Estado de Direito tem muitos inimigos”, é igualmente indubitável que “um deles é a legislação ruim”³⁸¹.

KLITGAARD faz uma observação que pode causar desconforto de início, mas ajuda a harmonizar o combate à corrupção com a necessidade de atender a outros imperativos de ordem social. Segundo sustenta, o grau ótimo de corrupção não é zero, pois o custo social para isto superaria os benefícios visados³⁸².

³⁷⁷ BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, Mar.-Abr./1968, p.178-177.

³⁷⁸ “[...] we find that depending on how crime affects different income groups, a reduction in criminal activity may actually be obtained through less severe punishments and greater expenditure”. OSBORNE, Martin J., BENOÎT, Jean-Pierre. Crime, Punishment, and Social Expenditure. **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, n. 151, 1995, p. 328.

³⁷⁹ SCHAEFER, Gilberto José. SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Economia do crime: elementos teóricos e evidências empíricas. Porto Alegre: Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS, **Análise Econômica**, Ano 19, n. 36, 2001, p. 200.

³⁸⁰ “La experiencia ha mostrado que el combate de la corrupción necesita la adopción de una estrategia más holística y coherente que el camino popular de emitir declaraciones, denuncias políticas o refrendar más legislación. Para asegurar mejores resultados, necesitamos concentrarnos más en las causas subyacentes de la corrupción y en mecanismos de apoyo mutuo entre gobiernos, prácticas comerciales en el sector privado, y la sociedad civil”. SCHLOSS, Miguel J. **Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad**. Washington: Georgetown University, Universia, 2010, vol. 4 num. 1, p. 19.

³⁸¹ FERGUSON, Niall. **A Grande Degeneração**. São Paulo: Planeta, 2012. Edição do Kindle, p. 854.

³⁸² KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 387-388.

Adverte, assim, que embora seja uma preocupação essencial, a corrupção não pode ser o foco exclusivo das políticas públicas, especialmente porque este combate representa a alocação de expressivos recursos, não apenas financeiros e de pessoal, mas igualmente de atenção e foco político. E se tais energias forem deslocadas de modo excessivo para um tema em especial, o resultado pode ser a negligência ao atendimento global das necessidades sociais³⁸³.

Inobstante também defenda a atenção a outros setores que não apenas o aparato punitivo, BECKER reconhece que, mesmo sendo necessária uma atuação holística, é quase consenso que se todas as variáveis se mantiverem constantes, será o aumento da probabilidade de ser flagrado e condenado o fator decisivo para a diminuição do cometimento de ilícitos³⁸⁴⁻³⁸⁵.

Logo, “What is needed is a criterion that goes beyond catchy phrases and gives due weight to the damages from offenses, the costs of apprehending and convicting offenders, and the social cost of punishments”³⁸⁶, devendo-se considerar, quanto aos custos, que a perspectiva concreta de uma condenação e punição reduz o número de ofensas, os danos gerados por elas e desencoraja outras pessoas a cometer ilícitos, de modo que acaba por aumentar o bem-estar social³⁸⁷.

O objetivo, então, é achar um grau ótimo de *enforcement* que não comprometa a realização de direitos e, ao mesmo tempo, seja capaz de criar um ambiente em que o ilícito não compense (*illegal activities "would not pay"*)³⁸⁸.

³⁸³ “Corruption is not the only thing we care about. We also care about the costs of reducing corruption, which may be both direct (in terms of expenditures and staff) and indirect (in terms of hampering the organization's other objectives). Therefore, the design of anticorruption policies must be quite clear about how and how much various kinds of corrupt and illicit activities hurt our organization and the society”. KLITGAARD, Robert. Controlling Corruption. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 414-416.

³⁸⁴ “Practically all the diverse theories agree, however, that when other variables are held constant, an increase in a person's probability of conviction or punishment if convicted would generally decrease, perhaps substantially, perhaps negligibly, the number of offenses he commits”. BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, Mar.-Abr./1968, p. 178.

³⁸⁵ EIDE corrobora esta constatação, afirmando que “many empirical studies may be interpreted as support for the view that threat of punishment also has a preventive effect on expressive crime”. EIDE, Earling. **Economics os Criminal Behavior**. Disponível em: <<http://encyclo.findlawcorn/8100book.pdf>> Acesso em 11/07/2020.

³⁸⁶ BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, Mar.-Abr./1968, p. 181.

³⁸⁷ BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, Mar.-Abr./1968, p. 204-205.

³⁸⁸ BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, Mar.-Abr./1968, p. 207.

Neste caminho, a mesma abordagem econômica que ajuda a entender o fenômeno também contribui para combatê-lo, pois, como lembra POSNER, a ciência econômica é capaz de prever quais efeitos serão gerados no preço da ilicitude pelo aumento na severidade da punição e na probabilidade de sua imposição e, com isso, será possível estimar a possibilidade de reduzir sua incidência³⁸⁹.

Tornar custoso e arriscado para o indivíduo praticar a corrupção é um bom caminho para reduzir sua incidência. Incutir o receio de ser pego e, uma vez pego, receber uma sanção proporcional, pode fazer com que a ocorrência de práticas corruptas caia significativamente, pois, num tal contexto, esses atos deixam de ser “*percibidos como acciones que maximizan la utilidad o abundancia personal*”³⁹⁰.

Então, é crucial que o formulador de políticas públicas analise cuidadosamente a realidade em questão³⁹¹, a extensão e os tipos de corrupção que estão sendo praticados, para, avaliando seus custos e possíveis benefícios, adotar medidas corretivas “até o ponto em que os benefícios marginais em termos de redução da corrupção correspondam aos custos marginais das medidas corretivas”³⁹².

Em suma, o desenho de políticas anticorrupção deve atender para: a) as características da sociedade afetada; b) as variadas maneiras através das quais a corrupção se manifesta; c) a necessidade de incutir receio concreto de ser punido por parte dos indivíduos que cogitem de ações corruptas; d) redução de nichos de monopólio, da discricionariedade dos agentes públicos e fortalecimento dos órgãos de controle; e) investimento público em outras áreas que, indiretamente, arrefeçam o

³⁸⁹ “*The economist is led to predict that an increase in either the severity of the punishment or the likelihood of its imposition will raise the price of crime and therefore reduce its incidence*”. POSNER, Richard. A. **Economic Analyses of Law**. Cambridge: Wolters Kluwer, 1986, p.5.

³⁹⁰ MURPHY, David S. Las instituciones supremas de auditoría y las iniciativas de anticorrupción. Contabilidad y Negocios: **Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas**, Lima, v.4, n. 7, Jul./2009, p. 31-38. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277237414_Las_instituciones_supremas_de_auditoria_y_las_iniciativas_de_anticorrupcion. Acesso em: 17/07/2020.

³⁹¹ A falha no exame de cenário, da qual resulta uma distância muito grande entre o desenho da política pública em relação ao contexto social sobre o qual deve incidir, é a grande causa de insucessos das medidas anticorrupção. HEEKS, Richard. **Understanding success and failure of anti-corruption initiatives**. Bergen: Chr. Michelsen Institute. U4 Brief, 2011:2. Disponível em: <https://www.u4.no/publications/understanding-success-and-failure-of-anti-corruption-initiatives>. Acesso em: 12/05/2021.

³⁹² “*The policymaker has to analyze the extent of various kinds of corruption, assess their costs and possible benefits, and then undertake (costly) corrective measures up to the point where the marginal benefits in terms of reduced corruption match the marginal costs of the corrective measures*”. KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 903-906.

impulso delincente, como desenvolvimento econômico e educação; f) os custos envolvidos na implementação da política e os de eventuais alternativas.

2.5.2 Algumas experiências já testadas

Por ser a corrupção fenômeno antigo e disseminado por todo o globo, natural que muitas iniciativas já tenham sido empregadas na tentativa de debelar o problema. Difícil, no entanto, definir com caráter de universalidade quais sejam eficazes, porquanto a mesma medida, aplicada em contextos diversos, tende a apresentar resultados distintos; e, também, porque a aferição de resultados de ações anticorrupção é usualmente afetada pela ausência de métodos e dados confiáveis que permitam uma avaliação segura das políticas implementadas³⁹³.

Da literatura especializada, contudo, é possível extrair as iniciativas empregadas com maior frequência, dentre as quais: a. centrais de planejamento orçamentário e gerenciamento; b. Instituições Supremas de Auditoria; c. fomento da liberdade de imprensa; d. aprimoramento nas compras públicas e em procedimentos de tributação e Alfândega; e. estratégias nacionais anticorrupção; f. rastreamento do gasto público; g. estímulo à contribuição da sociedade civil organizada; h. melhorias em transparência e acesso à informação; i. criação de agências anticorrupção e Cortes anticorrupção; j. descentralização administrativa e redução da discricionariedade dos agentes públicos; k. inovação tecnológica.

Muitas dessas iniciativas foram examinadas e avaliadas, segundo grau de evidências disponíveis e eficácia aferível, no relatório elaborado pelo Departamento de Desenvolvimento Internacional do Reino Unido, que assim as cataloga e valora³⁹⁴:

³⁹³ JOHNSØN, Jesper; SØREIDE, Tina. **Methods for learning what works and why in anti-corruption**: An introduction to evaluation methods for practitioners. U4 Anti-Corruption Resource Centre. Disponível em: <https://www.u4.no/publications/methods-for-learning-what-works-and-why-in-anti-corruption-an-introduction-to-evaluation-methods-for-practitioners>. Acesso em: 12/05/2021.

³⁹⁴ UNITED KINGDOM - Department of International Development. **Why corruption matters**: understanding causes, effects and how to address them Evidence paper on corruption. 2015, p. 78.

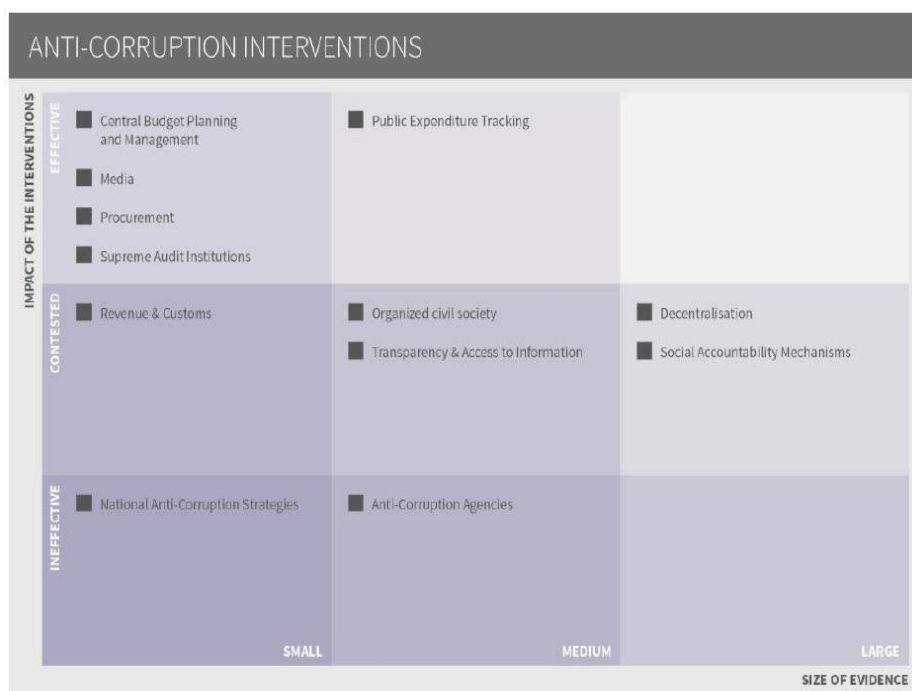


Figure 6 - Elaborado por UNITED KINGDOM - Department of International Development

Interessante notar que ações nacionais anticorrupção (programas essencialmente de reformas legislativas, de grande impacto midiático) e agências específicas anticorrupção³⁹⁵ não têm se provado efetivas, provavelmente por falta de maior empenho em sua implementação e de critérios claros de aferição de sua eficácia no período de implementação, bem como pela possível concentração de foco na repercussão pública dessas ações, não acompanhada por mudanças efetivas nas causas da corrupção³⁹⁶.

³⁹⁵ "El poco éxito conseguido por los organismos anticorrupción en el cumplimiento de su mandato se atribuye a factores internos, como la formación de su fuerza laboral, sus líderes, la solidez del poder judicial, etc". CHÊNE, Marrie. **Reformas exitosas en materia anticorrupción**. Transparency International. Anti-corruption Helpdesk. 2015, p. 4. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-exitosas-en-materia-anticorrupcion>. Acesso em: 17/07/2020. Quanto às agências anticorrupção, releva notar que nas últimas décadas 60 países as instituíram, com resultados muito diversos. as experiências exitosas se verificam em países com boa governança geral e baixos níveis de corrupção. Por outro lado, nos países em desenvolvimento e com governança fraca, a instituição de agências anticorrupção não tem se mostrado efetiva na mudança de cenário (PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. **Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement: Potential Lessons for Institutional Design**. International Research Initiative on Brazil and Africa, Working paper n. 9, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2497936>. Acesso em: 08/05/2021). Pode-se inferir que essa ferramenta não é decisiva no combate à corrupção, que depende de uma multiplicidade de órgãos e de envolvimento social considerável para resultados mais consistentes.

³⁹⁶ Não obstante, um redesenho do papel da CGU poderia, no caso Brasileiro, ser salutar. O órgão, que hoje exerce, além de atividades anticorrupção, as de ouvidoria e corregedoria do serviço público

Neste ponto, SCHLOSS³⁹⁷ observa que as reformas mais impactantes estão ligadas a alterações de incentivos, empoderamento de grupos e aumento de escrutínio, muito mais do que meras alterações legais formais. É necessária uma combinação de ações, compreendendo prevenção, fiscalização e controle e que contem com o apoio da comunidade para ajudar a superar o problema.

Para que as políticas e ações anticorrupção sejam efetivas, é necessário levantamento um programa claro e planejamento, com prévio de dados e análise continuada, monitoramento permanente de desempenho, constante diálogo técnico e político e estabelecimento de uma programação de desembolsos financeiros clara e rígida³⁹⁸.

Um bloco de ações que tem se provado eficaz, sobretudo quando empregadas em conjunto, se refere ao incremento da participação da sociedade civil, da mídia, mecanismos de transparência e controle social nos assuntos do Estado³⁹⁹.

Quanto aos veículos de imprensa, embora os estudos não sejam suficientemente amplos, há indicativos de que “la libertad de prensa puede reducir lacorrupción, y que los medios de comunicación pueden tener un papel importante

federal, poderia ser especializado no combate à corrupção, aproveitando o corpo funcional experiente e, de modo geral, bem treinado e remunerado que ostenta. A limitação de sua atividade a funções exclusivas anticorrupção, com seleção estratégica de casos para acompanhamento, e articulação com outros órgãos estatais, como TCU, Polícia Federal e Ministério Público Federal, a quem competiria o braço processual do esforço anticorrupção, poderia incrementar os resultados brasileiros no enfrentamento da corrupção. Neste sentido: NASCIMENTO, Fillipi Lúcio. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE AGÊNCIAS ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL: POTENCIALIDADES E DESAFIOS. Araraquara: **Revista Cadernos de Campo**, n. 25, p. 87-111, jul./dez. 2018.

³⁹⁷ “*toda la experiencia apunta a que las reformas no tienen que ver tanto con leyes y cambios impuestos por los liderazgos, pero más con empoderamiento, escrutinio y cambios en incentivos*”. SCHLOSS, Miguel J. **Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad**. Washington: Georgetown University, Universia, 2010, vol. 4 n. 1, p. 33.

³⁹⁸ “*To be effective, they need to involve advance and continued analysis, connected political and technical dialogue, prior agreement on performance monitoring frameworks, and discussion of a range of disbursement arrangements*”. DAVILLA, Justine; HUSSMANN, Karen; LATEEF, K. Sarwar; MACUANE, Jose James; COX, Marcus. **Working Towards More Effective Collective Donor Responses to Corruption: Background Study on How Donors Have Responded to Corruption in Practice**. OECD DAC Network on Governance – Anti-Corruption Task Team. 2009, p. 41. Disponível em: <https://www.oecd.org/dac/accountable-effective-institutions/45019669.pdf>. Acesso em 17/07/2020.

³⁹⁹ “*Si bien la evidencia todavía es escasa, las leyes sobre transparencia y acceso a información pueden tener consecuencias positivas en términos de capacidad institucional de respuesta, corrupción y empoderamiento ciudadano, entre otros*”. CHÊNE, Marrie. **Reformas exitosas en materia anticorrupción**. Transparency International. Anti-corruption Helpdesk. 2015, p. 3. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-exitosas-en-materia-anticorrupcion>. Acesso em: 17/07/2020.

para la efectividad de los mecanismos de rendición de cuentas social”⁴⁰⁰, o que é razão bastante para que a liberdade de imprensa e de expressão sejam incentivadas e fortalecidas.

A sociedade civil também tem um papel de destaque neste processo. Tem sido constatado que, sobretudo em nações mais desenvolvidas, onde há ampla experiência de participação cidadã e transparência nos processos de tomada de decisão, há controle social maior sobre as autoridades e setores empresariais, conseguindo-se, com isto, alcançar menores índices de corrupção⁴⁰¹.

Conforme adverte CHÊNE, já há um amplo consenso correlacionando o papel da transparência, da abertura e livre acesso à informação como poderosas ferramentas contra a corrupção e como pré-requisitos para a obtenção de plena prestação de contas por parte das autoridades⁴⁰².

Nesta linha, e com o olhar na eficácia de programas de auxílio a países com grandes índices de corrupção, ressalta a importância de ações de participação social para garantir o bom emprego dos recursos, especialmente no sentido de “fortalecer os sistemas de gerenciamento de informações, garantir a divulgação oportuna das informações do projeto e dar voz aos beneficiários usando ferramentas como pesquisas com beneficiários e cartões de pontuação de cidadãos”⁴⁰³.

⁴⁰⁰ CHÊNE, Marrie. **Reformas exitosas en materia anticorrupción**. Transparency International. Anti-corruption Helpdesk. 2015, p. 4. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-exitosas-en-materia-anticorrupcion>. Acesso em: 17/07/2020.

⁴⁰¹ Para tanto, é esencial “*desarrollarse una articulación adecuada entre la sociedad civil, el sector privado y gobiernos para evaluar los temas y desarrollar programas de apoyo para combatir la corrupción y desarrollar maneras más efectivas efectuar transacciones comerciales*”. SCHLOSS, Miguel J. **Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad**. Washington: Georgetown University, Univesia, 2010, vol. 4 n. 1, p. 22.

⁴⁰² “*There is also a broad consensus that transparency, information disclosure and access to information is a powerful tool against corruption and a pre-requisite for promoting accountability*”. (“Existe também um amplo consenso de que a transparência, a divulgação de informações e o acesso à informação são ferramentas poderosas contra a corrupção e um pré-requisito para promover a prestação de contas”). CHÊNE, Marrie. **CORRUPTION MITIGATION MEASURES IN HIGH RISK ENVIRONMENTS**. Transparency International Anti-corruption Helpdesk. 2016, p.3. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/corruption-mitigation-measures-in-high-risk-environments>. Acesso em: 17/07/2020.

⁴⁰³ CHÊNE, Marrie. **Reformas exitosas en materia anticorrupción**. Transparency International. Anti-corruption Helpdesk. 2015, p. 5. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-exitosas-en-materia-anticorrupcion>. Acesso em: 17/07/2020.

Neste campo, providências como descentralização administrativa⁴⁰⁴, a ensejar audiências públicas prévias à definição de investimentos ou aprovação de projetos; portais de transparência de órgãos públicos, reunindo informações sobre gastos de modo completo e claro; canais diretos para que cidadãos reportem denúncias e reclamações quanto à aplicação dos recursos públicos; e apoio governamental a entidades da sociedade civil que se dediquem ao combate de ilícitos⁴⁰⁵; podem se mostrar efetivas no engajamento da sociedade contra os desvios e na obtenção de melhorias na gestão pública.

É essencial, no entanto, que o envolvimento da sociedade civil seja acompanhado de um sistema de governabilidade eletrônica e canais de comunicação direta, inclusive com os Legisladores; que as iniciativas cidadãs estejam escoradas em marcos jurídicos e institucionais fortes, que favoreçam a governança participativa, a transparência e ampla prestação de contas⁴⁰⁶; e que sejam ofertados incentivos aos que detectarem irregularidades⁴⁰⁷.

Um desses instrumentos é o denominado *High-Level Reporting Mechanism (HLRM)*. Através dele, abre-se um canal de denúncias de atos potencialmente corruptos, alternativo aos meios já institucionalizados, como ouvidorias, corregedorias, *ombudsman*, tribunais de contas, entre outros. Trata-se de mecanismo incipiente e ainda pouco testado, mas que já apresentou resultados interessantes.

A primeira experiência dessa natureza foi implementada na Colômbia, em uma grande contratação pública que, ao custo de U\$ 15 bilhões, visava reformar toda a

⁴⁰⁴ A maior descentralização administrativa deve ser avaliada com muito cuidado, à luz da realidade que se esteja abordando. Como lega o exemplo italiano, foi no poder local que a Máfia siciliana se alimentou e estreitou seus laços com o setor público. Nesta linha, relembra STILLE que “no período de 1959 a 1964, quando Salvatore Lima e Vito Ciancimino eram, respectivamente, prefeito e comissário de obras públicas, de 2.500 das quatro mil licenças de construção foram emitidas na cidade de Palermo para apenas três indivíduos, descritos pela Comissão Antimáfia do Parlamento como *senhores aposentados, de meios modestos, sem qualquer experiência no ramo da construção e que simplesmente emprestaram seus nomes aos verdadeiros construtores*”. STILLE, Alexander. **Morte a Vossa Excelência**. Porto Alegre: Citadel Grupo Editorial, 2020, Edição do Kindle, p. 37-38.

⁴⁰⁵ A Lei 9.790/99, que qualifica pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pode servir de veículo para esta finalidade.

⁴⁰⁶ CHÊNE, Marrie. **Reformas exitosas en materia anticorrupción**. Transparency International. Anti-corruption Helpdesk. 2015, p. 9. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-exitosas-en-materia-anticorrupcion>. Acesso em: 17/07/2020.

⁴⁰⁷ “Na verdade, pode-se ir além, criando um incentivo para detectar tais incongruências, através do pagamento de gratificações a indivíduos que façam tais descobertas”. CASTRO, Luciano I. de. **Combate à Corrupção em Licitações Públicas**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Documento de Trabajo 07-03, Serie de Economía 2, Abr./2007, p. 7.

estrutura rodoviária do país. Diante da expressividade do investimento, do histórico de corrupção do país e da desconfiança quanto aos canais formais de apuração de denúncias, entendeu-se necessário estabelecer uma via alternativa para receber informações, que sem paralisar as obras, permitisse a identificação e punição das eventuais irregularidades, em prazo exíguo.

Assim, abriu-se uma espécie de linha direta a uma autoridade de alto escalão (*high-level*), no caso o próprio Presidente da República, assessorado por um grupo de quatro especialistas contratados para analisar as queixas reportadas e elaborar parecer não vinculante para amparar a decisão final da autoridade. A ideia central, então, era evitar que a denúncia chegasse ao próprio órgão que era acusado de praticar a irregularidade, aumentando, com isto, as chances de uma apuração justa. A experiência se repetiu quando da concessão do aeroporto de Bogotá e de algumas vias expressas, bem como na construção do metrô da capital colombiana.

A Argentina também experimentou a ferramenta, por ocasião de parcerias público-privadas firmadas para expansão de rodovias e do sistema elétrico do país, entre 2018 e 2019. Nas duas nações, poucas denúncias foram reportadas, o que se atribuiu ao efeito dissuasório do HLRM. Além disso, os pareceres elaborados pelos *experts* que auxiliavam as autoridades de alto nível serviram para sugerir aperfeiçoamentos nos procedimentos de contratações públicas daqueles países⁴⁰⁸.

Para aumentar a transparência e o controle social, a implementação de sistemas de governo eletrônico (e-gov) se mostram muito efetivas. Como demonstra a pesquisa de BHATNAGAR⁴⁰⁹, vários estudos de caso têm demonstrado o impacto da governança eletrônica na diminuição de índices de corrupção, especialmente porque o mecanismo estabelece regras e procedimentos uniformes em todos os âmbitos da Administração, do local ao nacional, o que reduz oportunidades para ações discricionárias e arbitrárias que podem conduzir a favorecimentos indevidos.

Dentre os modelos com bons resultados, são destacados os processos de compras eletrônicas de Filipinas e Chile; a publicação *online* de processos de registro

⁴⁰⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Tackling Bribe Solicitation Using the High-Level Reporting Mechanism**. Ano 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/hlrm.htm>. Acesso em: 02/05/2021.

⁴⁰⁹ BHATNAGAR, Subhash. **Transparency and Corruption: Does E-Government Help?** Paper prepared for the compilation of CHRI 2003 Report OPEN SESAME: looking for the Right to Information in the Commonwealth, Commonwealth Human Rights Initiative, 2003. Disponível em: <https://www.academia.edu/>. Acesso em: 13/08/2021.

de terras, pedidos de licenças, emissão de notas fiscais e pagamentos de impostos implantado na Índia e Coréia do Sul, que visam a diminuir as oportunidades para oferecimento ou exigência de propina nesses expedientes; a publicação constante na *internet* de indicadores de desempenho do governo, promovida pela Argentina, que busca maior engajamento civil e aumento de controle; e a publicação dos nomes de cidadãos com grandes empréstimos ou impostos pendentes, ou de servidores sob investigação ou condenados, bem como índices de corrupção e qualidade da atuação dos órgãos de investigação, promovida pela Índia.

Outro conjunto importante de ações, que engloba aperfeiçoamento no gerenciamento do orçamento público, do controle da arrecadação e despesa, do sistema de compras e contratações da Administração e do rastreamento do gasto público se insere no contexto explorado pelas Instituições Supremas de Auditoria – ISA (*Supreme Audit Institutions*).

Estas instituições são responsáveis por auditar a receita e o gasto do governo e atuam como *watchdog*, controlando a integridade financeira e a credibilidade das informações públicas, bem como a qualidade, ou custo-benefício, do gasto público⁴¹⁰.

Ainda, elaboram auditorias das contas públicas para assegurar a efetividade do gasto e a execução adequada das atividades administrativas, além de desenvolver mecanismos de gestão financeira e de compartilhamento de informações entre autoridades e o público geral⁴¹¹.

Seu principal objetivo, no entanto, é detectar atos de corrupção, levando os responsáveis à Justiça. É uma missão mais complexa e desafiadora que a implementação de medidas de caráter preventivo, mas que se revela mais eficaz no longo prazo⁴¹².

⁴¹⁰ “As the agency responsible for auditing government income and expenditure, the supreme audit institution acts as a watchdog over financial integrity and the credibility of reported information (as well as ‘performance’ or ‘value-for-money’ auditing)”. DYE, Kenneth M.; STAPENHURST, Rick. **Pillars of Integrity: The Importance of Supreme Audit Institutions in Curbing Corruption**. The Economic Development Institute of the World Bank, 1998, p. 4.

⁴¹¹ UNITED KINGDOM - Department of International Development. **Why corruption matters: understanding causes, effects and how to address them** Evidence paper on corruption. 2015, p. 62.

⁴¹² MURPHY, David S. Las instituciones supremas de auditoría y las iniciativas de anticorrupción. Contabilidad y Negocios: **Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas**, Lima, v.4, n. 7, Jul./2009, p. 34. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277237414_Las_instituciones_supremas_de_auditoria_y_las_iniciativas_de_anticorrupcion. Acesso em: 17/07/2020.

Esta função tem relevância especial em situações de crescimento econômico muito acelerado, seguido por grandes investimentos públicos em pequeno espaço de tempo. Ilustrativamente, pode-se invocar uma experiência em que a não adoção da ferramenta levou a um desfecho muito ruim. Na Sicília nos anos 1950, para sufocar pretensões separatistas, o governo central da Itália concedeu maior autonomia à ilha meridional, seguida de um pacote de estímulo de milhões de dólares, o que, somado ao emaranhado burocrático existente, à distribuição maciça de cargos por critério político e à ausência de controles fortes da aplicação daqueles recursos, serviu, no final, de combustível decisivo na consolidação da máfia siciliana⁴¹³.

Neste passo, ao acompanhar a execução orçamentária e rastrear o destino do dinheiro público, o controlador do setor público tem um papel essencial, qual seja o de aumentar o custo perceptível de cometimento de atos de corrupção. Para tanto, “*el procesamiento y el castigo de los que cometen actos corruptos en el sector público requieren lazos cercanos entre la ISA [Instituciones Supremas de Auditoría] y la rama judicial del gobierno*”⁴¹⁴.

Além de iniciativa processual e interlocução direta com a autoridade judicial, as ISA devem empregar técnicas de apuração que permitam usar os dados colhidos com qualidade de prova processual, pelo que seu papel não é restrito a uma simples auditoria, mas se assemelha a de um órgão de polícia judiciária, com especialização em contas públicas.

Como exemplo deste tipo de instituição, tem-se o Tribunal de Contas Europeu, sediado em Luxemburgo, composto por representantes de cada um dos países-membros do bloco e que tem como algumas de suas atribuições auditar receitas e despesas da União Europeia, controlar os gestores de fundos mantidos com recursos do bloco, confeccionar relatório que embasa a elaboração do orçamento europeu e

⁴¹³ “Não cumprindo a promessa de autogestão e maior dignidade para a população siciliana, o novo arranjo gerou uma camada extra de burocracia, milhares de empregos distribuídos a compadrios políticos e posse de milhões de dólares em fundos governamentais, criando possibilidades quase ilimitadas de corrupção e patronato”. STILLE, Alexander. **Morte a vossa excelência**. Porto Alegre: Citadel Grupo Editorial, 2020. Edição do Kindle, p. 37.

⁴¹⁴ MURPHY, David S. Las instituciones supremas de auditoría y las iniciativas de anticorrupción. Contabilidad y Negocios: **Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas**, Lima, v.4, n. 7, Jul./2009, p. 37. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277237414_Las_instituciones_supremas_de_auditoria_y_la_s_iniciativas_de_anticorrupcion. Acesso em: 17/07/2020.

comunicar fraudes e atividades corruptas ao Organismo Europeu de Luta Antifraude⁴¹⁵.

Com funções próximas às das ISAs, mas com menor institucionalização, há o *Office of the Special Inspector General for Pandemic Recovery* (SIGPR), criado pelo *Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security Act* (CARES), instituído pelo Congresso dos Estados Unidos em 27/03/2020⁴¹⁶.

Diante de um pacote de estímulo econômico que totaliza U\$ 2.2 trilhões, o que, conforme demonstra o histórico de outros grandes programas de auxílio, traz grande risco de desvios e fraudes contra o governo⁴¹⁷; o novo escritório surge com a função de supervisionar e coordenar auditorias sobre a correta aplicação dos fundos do CARES. Sua atuação é reforçada por um esforço coordenado com o Departamento de Justiça, que orientou os advogados do governo a priorizar investigações e persecuções de fraudes que venham a ocorrer no programa, além de encarecer ao público que contribua com denúncias de malversação das verbas públicas, através de uma *hotline* criada especificamente para esta finalidade⁴¹⁸.

Outra iniciativa importante é o Sistema Nacional Anticorrupção (SNA) implantado no México com a função precípua de coordenar os esforços das autoridades federais e locais contra a corrupção. Suas ações são dirigidas pela Secretaria Executiva do Sistema Nacional Anticorrupção (SESNA), organismo descentralizado, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotado de autonomia técnica e de gestão.

Dentre as funções da SESNA, sobressaem as de elaborar projetos e indicadores anticorrupção, avaliar a eficácia das medidas implementadas e administrar a Plataforma Digital Nacional, banco de dados informatizado, alimentado por diversas agências e lastreado em inteligência artificial, que propugna reunir informações sobre compras públicas, agentes condenados por corrupção e evolução

⁴¹⁵ https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-court-auditors_pt.

⁴¹⁶ UNITED STATES. Homeland Security Digital Library. **Special Inspector General for Pandemic Recovery: Responsibilities, Authority, and Appointment.** Disponível em: <https://www.hSDL.org/c/abstract/?docid=837105>. Acesso em: 14/02/2023.

⁴¹⁷ BOSACK, Sean; BECK, Nina. Qui Tam Actions: Managing Risk in the Wake of COVID-19. **Corporate Counsel**, vol. 34, no. 3, Summer 2020, p. 6-10.

⁴¹⁸ UNITED STATES. Department of Justice. **Attorney General William P. Barr Urges American Public to Report COVID-19 Fraud.** Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/attorney-general-william-p-barr-urges-american-public-report-covid-19-fraud>. Acesso em: 14/02/2023.

patrimonial de agentes públicos, com a finalidade essencial de prevenir e punir, em tempo razoável, práticas ilícitas⁴¹⁹.

Além de medidas de transparência, controle e investigação, é essencial que o Poder Judiciário esteja devidamente estruturado para lidar com os casos denunciados, pois é onde desaguam as investigações para a devida punição dos responsáveis.

Atenta a isto, a Indonésia estabeleceu um ramo judicial específico, a corte anticorrupção (*Tipikor court*), criada em 2002 para tratar apenas de casos propostos pela Comissão de Erradicação da Corrupção (*Komisi Pemberantasan Korupsi - KPK*), e que era, inicialmente, uma segunda via para processos da espécie, alternativa às cortes ordinárias, que processam casos propostos pelo Ministério Público.

A opinião pública expressava forte apoio à corte anticorrupção, tida por eficaz em sua função, já que ostentava um índice de condenação de 100% em 250 casos registrados. Em 2006, no entanto, a Corte Constitucional considerou inconstitucional essa dupla via, ao que se seguiu nova lei em 2009, atribuindo às *Tipikor courts* a competência exclusiva para processos envolvendo corrupção⁴²⁰.

A Eslováquia também estabeleceu um braço judiciário específico para processos sobre o tema, o qual julga também casos de crime organizado e lavagem de dinheiro. A *Special Criminal Court* (SCC) surgiu como resposta ao domínio das cortes ordinárias pelas elites e pelo crime organizado. Embora venha sendo efetiva para lidar com esquemas locais de corrupção, os de maior amplitude ainda têm escapado do seu alcance⁴²¹.

A Ucrânia tem experiência inovadora e ousada desde 2019. O país, assolado por altos índices de corrupção, criou um braço judiciário para lidar exclusivamente

⁴¹⁹ PERRILLIAT, Ricardo Salgado. **La implementación de la reforma en materia de combate a la corrupción.** Visión desde la secretaría ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción. *In Combate a la corrupción: reflexiones y experiencias multilaterales.* Colección Buen Gobierno, Derechos Humanos y Combate a la Corrupción. ALVAREZ, Adriana de Santiago; TRUJILLO, Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera (Organizadores). Guanajuato, 2020, p. 127-150.

⁴²⁰ SCHÜTTE, Sofie Arjon. **Specialised anti-corruption courts:** Indonesia. U4 Brief, July 2016:4. Disponível em: <https://www.u4.no/publications/specialised-anti-corruption-courts-indonesia>. Acesso em: 11/05/2021.

⁴²¹ STEPHENSON, Matthew. **Specialised anti-corruption courts:** Slovakia. U4 Brief, July 2016:2. Disponível em: <https://www.u4.no/publications/specialised-anti-corruption-courts-slovakia>. Acesso em: 11/05/2021.

com processos de grande magnitude, que envolvam autoridades em postos elevados ou que representem valores superiores a U\$ 39.500,00.

Trata-se da *High Anti-Corruption Court (HACC)*, com sede em Kiev, instituição que compreende duas instâncias, as câmaras de julgamento, que correspondem ao primeiro grau de jurisdição, com julgamentos realizados por painéis de 3 juízes; e a corte de apelação, que julga também em painéis de 3 magistrados os recursos contra as decisões das câmaras de julgamento. Os casos, então, ficam fora da alçada das Cortes distritais e dos tribunais comuns de apelação. Após o esgotamento de suas instâncias, é possível recorrer à Corte criminal de cassação da Suprema Corte, onde desaguam os demais recursos do sistema criminal da Ucrânia.

A iniciativa visa superar os fortes óbices ao trâmite célere e isento de processos por corrupção na Ucrânia, seja pelo volume expressivo de causas alocadas aos magistrados do circuito ordinário, seja por suas ligações mais estreitas com a política.

Neste ponto, releva notar que a seleção dos juízes para a HACC é cercada de muitos cuidados⁴²², como testes de aptidão técnica e moral, resolução de casos práticos, evolução patrimonial, vínculos pregressos, tudo através de uma sindicância que é conduzida, em parte, por um grupo de 6 especialistas internacionais, indicados por organizações que fomentam projetos na Ucrânia (como Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, União Europeia e Conselho da Europa), os quais, inclusive, condicionaram a continuidade de auxílio financeiro àquele país à medidas mais efetivas anticorrupção, como a criação da HACC⁴²³.

⁴²² Para se candidatar a um cargo na HACC, seja nas cortes de instrução ou para o tribunal de cassação, o interessado necessita provar 5 anos de atividade como juiz, 7 anos como professor de Direito ou advogado, ou 7 anos combinados nas 3 atividades anteriores. A maior inovação está na submissão das candidaturas a um conselho denominado *Public Council of International Experts (PCIE)*, que juntamente com a High Qualification Commission of Judges (HQCJ), órgão administrativo de cúpula do Judiciário, decidirá conclusivamente sobre a qualificação e idoneidade dos candidatos à HACC. O PCIE é composto de 6 membros, todos indicados por organismos internacionais com os quais a Ucrânia tenha tratados anticorrupção, a partir de solicitação do Ministério das Relações Exteriores. As organizações, então, enviam listas com pelo menos 2 nomes cada, dentre os quais o HQCJ irá selecionar 6 para servir por 2 anos no PCIE. Uma vez constituído o conselho, a nomeação de algum juiz para a HACC dependerá do voto de pelo menos 3 membros do PCIE e de mais 9 do HQCJ, de modo que os representantes indicados por órgãos estrangeiros têm poder de vetar a nomeação de pessoas tidas por suspeitas para ocupar um cargo na HACC. KUZ, Ivanna Y.; STEPHENSON, Matthew C. **Ukraine's High Anti-Corruption Court: Innovation for impartial justice.** Disponível em: <https://www.u4.no/publications/ukraines-high-anti-corruption-court>. Acesso em: 08/02/2021.

⁴²³ KUZ, Ivanna Y.; STEPHENSON, Matthew C. **Ukraine's High Anti-Corruption Court: Innovation for impartial justice.** Disponível em: <https://www.u4.no/publications/ukraines-high-anti-corruption-court>. Acesso em: 08/02/2021.

Também no México há especialização da jurisdição para apreciar atos corruptos, embora em escala menor do que a experiência ucraniana. No país latino-americano, que se depara com altos índices de corrupção, a reforma constitucional de 2015 que instituiu o Sistema Nacional Anticorrupção previu a criação de uma câmara especializada, com 18 magistrados, no Tribunal Federal de Justiça Administrativa, com competência exclusiva para apreciar casos graves de faltas funcionais, como peculato e lavagem de dinheiro.

A ideia se baseia na agilização do trâmite de processos, de modo a diminuir a sensação de impunidade. No entanto, a medida ainda não saiu do papel⁴²⁴, pois há intenção do Executivo de diminuir o número de magistrados especializados no tema, a pretexto de redução de custos. Enquanto isso, o Senado ainda não aprovou a nomeação inicial dos 18 indicados pelo governo em 2017, em face do que o braço anticorrupção do Judiciário mexicano não começou a operar⁴²⁵.

Com efeito, o Poder Judiciário deve ser fortalecido e devidamente aparelhado, independente do desenho em que se dê sua distribuição de competências para julgar atos de corrupção. Como desempenha papel central no assunto, sua independência e eficiência estão associadas à diminuição do fenômeno, com impactos no crescimento econômico e incremento de direitos individuais e políticos⁴²⁶. Assim, é essencial que, uma vez descobertos, os atos de corrupção sejam processados com celeridade, isenção e levem os acusados a julgamento em prazo razoável.

O ponto inicial pode ser o aperfeiçoamento da gestão de processos (case management)⁴²⁷, já que a falta de organização racional “limita la capacidad del poder

⁴²⁴ PERRILLIAT, Ricardo Salgado. **La implementación de la reforma en materia de combate a la corrupción**. Visión desde la secretaría ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción. In *Combate a la corrupción: reflexiones y experiencias multilaterales*. Colección Buen Gobierno, Derechos Humanos y Combate a la Corrupción. ALVAREZ, Adriana de Santiago; TRUJILLO, Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera (Organizadores). Guanajuato, 2020, p. 143.

⁴²⁵ HINOJOSA, Gina; MEYER, Maureen. **Después de cinco años, ¿qué es lo que todavía le falta al Sistema Nacional Anticorrupción de México?** Disponível em: <https://www.wola.org/es/analisis/sistema-nacional-anticorrupcion-mexico/>. Acesso em: 18/02/2021.

⁴²⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIKFA, Bonnie J. **Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform**. Nova York: Cambridge University Press, 2016, p. 383.

⁴²⁷ “Por um lado, necessária uma adequada Gestão das Cortes (Court Management) para que, através do mais adequado emprego das técnicas de administração de recursos materiais e humanos, possam elas ter melhor desempenho qualitativo e quantitativo. Por outro, através da macro17 e micro Gestão de Processos (Case Management) se busca o uso dos institutos processuais (flexibilização do procedimento, inserção de ADRs, calendarização, etc.) a bem da já mencionada adequada solução do conflito. Gestão de conflitos consiste, portanto, na administração de recursos materiais, humanos e processuais em busca da adequada solução do conflito”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca.

judicial de dar trámite a los casos, socava la confianza de los ciudadanos en el sistema de justicia y permite que se genere un entorno propicio para las prácticas corruptas”⁴²⁸.

Contra esta dificuldade, há de ser também reforçada a informatização como mecanismo para melhorar a distribuição, fluxo e acompanhamento do acervo processual; e sistemas de dados e documentos que reduzam as oportunidades de manipulação, atraso indevido ou destruição de provas por parte dos agentes que atuam no Poder Judiciário⁴²⁹.

Ainda, é fundamental a contratação de agentes públicos mediante processos competitivos e lastreados na capacidade técnica dos candidatos. Neste particular, a experiência brasileira é ressaltada como positiva, pois *“la gran mayoría de los cargos dentro del poder judicial se asignan en función de la idoneidad profesional, a través de un concurso”*. Um ponto fraco, contudo, é apontado: *“en algunos cargos, se permite a jueces y presidentes de tribunales designar a personal proveniente de la estructura del poder judicial o de fuera de esta”*⁴³⁰.

No entanto, a experiência nacional também é enaltecida por *“dotar de mayor integridad a estos nombramientos”*, já que o CNJ adotou várias medidas moralizadoras como, por exemplo, a proibição do nepotismo em 2005 e uma resolução de 2012 que *“inhabilita a quienes hayan sido condenados por racismo, homicidio, violación sexual, narcotráfico y corrupción en segunda instancia (incluso si está pendiente una apelación) para ocupar cargos en el poder judicial”*⁴³¹.

No plano funcional, a investigação da vida pregressa e submissão do candidato a testes de honestidade contribuem para filtrar funcionários menos propensos à

GESTÃO DE CONFLITOS NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, a. 12, v. 19, n. 3, Set.-Dez./2018, p. 282.

⁴²⁸ MARTINI, Maíra. **REFORMAS NOVEDOSAS CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL PODER JUDICIAL**. Transparency International, p. 3. Disponível em <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-novedosas-contrala-corrupcion-en-el-poder-judicial>. Acesso em 16/07/2020.

⁴²⁹ MARTINI, Maíra. **REFORMAS NOVEDOSAS CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL PODER JUDICIAL**. Transparency International, p. 3. Disponível em <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-novedosas-contrala-corrupcion-en-el-poder-judicial>. Acesso em 16/07/2020.

⁴³⁰ MARTINI, Maíra. **Reformas Novedosas Contra La Corrupción En El Poder Judicial**. Transparency International, p. 4. Disponível em <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-novedosas-contrala-corrupcion-en-el-poder-judicial>. Acesso em 16/07/2020.

⁴³¹ MARTINI, Maíra. **Reformas novedosas contra la corrupción en el poder judicial**. Transparency International, p. 4. Disponível em <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-novedosas-contrala-corrupcion-en-el-poder-judicial>. Acesso em 16/07/2020.

ilicitude. Igualmente, a mudança periódica do local de exercício do servidor também pode dificultar desvios de conduta, pois interrompe o processo de estreitamento de vínculos entre agente público e privado, que normalmente leva tempo para se completar⁴³². Essas medidas, aliás, comportam aplicação geral, aos servidores de toda a Administração pública, não apenas do Poder Judiciário.

No plano normativo, há, normalmente, campo para ajustes nos marcos jurídicos e aperfeiçoamento de procedimentos judiciais, o que tende a induzir maior efetividade na apuração de ilegalidades e, com isto, a diminuir a corrupção no longo prazo⁴³³.

É ainda viável, para evitar atrasos deliberados nos processos, a adoção de prazos para a finalização de cada etapa processual, solução preferível mesmo à demarcação de um marco temporal máximo de duração do processo. Esta providência já tem sido largamente adotada, como expressa relatório do *European Network of Councils for the Judiciary 2013*⁴³⁴.

Dentre os países que estabelecem prazo máximo para julgamento de casos de corrupção, a legislação da Indonésia determina que seu Tribunal Anticorrupção finalize os processos em até 90 dias. A medida se mostrou eficaz, pois não se verificaram mais atrasos nesse tipo de processo⁴³⁵.

O mesmo estudo⁴³⁶ refere a providência adotada pelo Conselho Nacional de Justiça no Brasil em 2013, que buscou priorizar o julgamento de casos de corrupção, estabelecendo a meta (nº 18) de identificar e julgar, até 31/12/2013, as ações de improbidade administrativa e ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública, distribuídas até 31/12/2011.

⁴³² KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version.

⁴³³ “*varios países han reformado sus códigos de procedimiento penal para acelerar las investigaciones y profundizar la cooperación entre policías y fiscales [e] reformas que procuraron reducir la cantidad de apelaciones y, a la vez, asegurar el debido proceso*”. MARTINI, Maíra. **Reformas novedosas contra la corrupción en el poder judicial**. Transparency International, p. 5. Disponível em <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-novedosas-contra-la-corrupcion-en-el-poder-judicial>. Acesso em 16/07/2020.

⁴³⁴ EUROPEAN NETWORK OF COUNCILS FOR THE JUDICIARY. 2013. **Judicial Reform in Europe** – part II Guidelines for Effective Judicial Delivery. Disponível em: acesso em: 11/06/2020. www.csm1909.ro/csm/linkuri/26_09_2013_60764_ro.pdf.

⁴³⁵ MARTINI, Maíra. **Reformas novedosas contra la corrupción en el poder judicial**.. Transparency International, p. 6. Disponível em <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-novedosas-contra-la-corrupcion-en-el-poder-judicial>. Acesso em 16/07/2020.

⁴³⁶ MARTINI, Maíra. **Reformas novedosas contra la corrupción en el poder judicial**.. Transparency International, p. 7. Disponível em <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-novedosas-contra-la-corrupcion-en-el-poder-judicial>. Acesso em 16/07/2020.

Com efeito, estipular meta de julgamentos pode ser uma iniciativa pertinente, pois, no mínimo, coloca a questão em evidência e permite aferição da evolução do estoque processual. No caso brasileiro, a meta atingiu 55,68% de cumprimento em 2013⁴³⁷, percentual que subiu para 64,19% em 2018⁴³⁸.

Assim, o fortalecimento do Poder Judiciário para responder aos desafios trazidos pela corrupção depende de uma teia de fatores, os quais são sintetizados pela Transparência Internacional:

Son varias las reformas que han contribuido a prevenir la influencia política y reducir ciertos tipos de corrupción en varios países, como el establecimiento de un sistema adecuado de gestión de casos; la formación ética y técnica de jueces, personal judicial y fiscales; beneficios y salarios adecuados; la adopción de normas claras para la designación, el ascenso, la penalización, el traslado y la destitución de jueces y fiscales; así como el uso de tecnología para reforzar la transparencia y la rendición de cuentas ante el público en general.⁴³⁹

De outro norte, o setor corporativo também tem papel de destaque. Quando as grandes corporações estabelecem políticas consistentes, dão resguardo aos seus funcionários para resistir a investidas corruptas por parte de agentes públicos, seja por evidenciar a possibilidade de serem punidos, caso flagrados pagando propina, seja por lhes conferir suporte argumentativo para resistir à exigência indevida.

Ações de *Whistleblowing protection*, que ofereçam canais seguros e medidas de proteção aos denunciantes, são indispensáveis, pois encorajam os funcionários das empresas a reportar ações corruptas de que tenham conhecimento⁴⁴⁰. Isto é fundamental para que mais denúncias sejam reportadas, sobretudo porque, sobretudo na América Latina, embora a corrupção seja muito frequente nas relações de Estados

⁴³⁷ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas-2013/>. Acesso em: 10/07/2020.

⁴³⁸ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/13926ffe304159519caed2b504923ff5.pdf>. Acesso em: 10/07/2020.

⁴³⁹ CHÊNE, Marrie. **REFORMAS EXITOSAS EN MATERIA ANTICORRUPCIÓN**. Transparency International. Anti-corruption Helpdesk. 2015, p. 7. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-exitosas-en-materia-anticorrupcion>. Acesso em: 17/07/2020.

⁴⁴⁰ “Adequate whistleblowing protection ensuring safe and user-friendly reporting channels can encourage staff to blow the whistle and report incidences of corruption. At the EU level, staff rules oblige all civil servants to report any illegal activity or misconduct they observe in the course of their work since 2004, with a number of reporting channels, and lay down basic provisions for the protection of whistleblowers. In addition, as of 2014, all institutions are also required to put their own internal procedures in place to protect whistle-blowers. The Commission currently complies with this obligation, having put its own guidelines in place in 2012 (Transparency International EU Office 2014)”. CHÊNE, Marrie. **CORRUPTION MITIGATION MEASURES IN HIGH RISK ENVIRONMENTS**. Transparency International. Anticorruption Helpdesk. 2016, p.9. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/corruption-mitigation-measures-in-high-risk-environments>. Acesso em: 17/07/2020.

com grandes conglomerados econômicos e industriais, ainda é muito pequeno o número de denúncias por parte de quem é solicitado a pagar propina ou outra vantagem indevida⁴⁴¹.

Maior integração entre governo e empresas, no estabelecimento de medidas anticorrupção, também pode se mostrar eficaz e *“ha sido adicionalmente reforzada por las normas de sentencia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos”*, as quais oferecem tratamento menos severo para empresas que têm programas de *compliance* bem estabelecidos⁴⁴².

Aliás, tendo em vista que o receio de punição é o fator de maior influência na decisão de praticar ou não ato de corrupção, há medidas simples que podem refrear o impulso pelo ilícito, passíveis de adoção por agentes privados que ofereçam suporte financeiro a governos de países em desenvolvimento.

Uma dessas é adotada pelo *Banco Interamericano de Desenvolvimento*, que publica periodicamente uma lista de indivíduos ou empresas que se envolveram em atos de corrupção e são classificados como ‘impedidos’ ou ‘barrados’, o que cria um dano de reputação importante, com efeito dissuasório significativo⁴⁴³.

Também pode-se cogitar que programas de ajuda financeira sejam divididos em etapas, com o dinheiro da etapa seguinte sendo liberado apenas após o integral cumprimento da anterior. Havendo suspeitas de desvios, seria possível o congelamento dos ativos⁴⁴⁴ do programa, até a restauração do respeito às normas de *compliance*.

⁴⁴¹ Pesquisa realizada na Colômbia atestou que apenas 8,52% das pessoas que foram solicitadas a pagar suborno por autoridades públicas levou os casos ao conhecimento das autoridades. A inércia se deve essencialmente ao descrédito quanto à efetiva investigação das denúncias e ao receio de que estas possam atrasar as contratações públicas, com prejuízos financeiros ao próprio denunciante. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Tackling Bribe Solicitation Using the High-Level Reporting Mechanism**. Ano 2020, p. 15. Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/hlrm.htm>. Acesso em: 02/05/2021.

⁴⁴² SCHLOSS, Miguel J. **Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad**. Washington: Georgetown University, Universia, 2010, vol. 4 num. 1, p 31.

⁴⁴³ “Some donors, such as the Inter-American Development Bank, systematically publish the list of debarred individuals and companies, which creates a major reputational damage for the entities targeted and can potentially have a deterrent effect on corruption”. CHÉNE, Marrie. **CORRUPTION MITIGATION MEASURES IN HIGH RISK ENVIRONMENTS**. Transparency International Anticorruption Helpdesk. 2016, p.10. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/corruption-mitigation-measures-in-high-risk-environments>. Acesso em: 17/07/2020.

⁴⁴⁴ DAVILLA, Justine; HUSSMANN, Karen; LATEEF, K. Sarwar; MACUANE, Jose James; COX, Marcus. **Working Towards More Effective Collective Donor Responses to Corruption**: Background Study on How Donors Have Responded to Corruption in Practice. OECD DAC Network on Governance

Além de todas as já mencionadas, é de se reforçar que outras providências tendentes à simplificação regulatória e diminuição da discricionariedade⁴⁴⁵ são de crucial importância, pois é na complexidade normativa e na maior margem de liberdade decisória do agente público que nascem as principais oportunidades para a corrupção.

Trata-se de evitar os espaços para criação de dificuldades, seguidos que são da oferta de venda da facilidade, de cobrar para agilizar a própria tarefa ou de estar livre demais para decidir, a ponto de poder negociar o valor financeiro da decisão a ser tomada.

Como já frisado, o tipo de medida a ser adotada para atingir estas finalidades depende muito do contexto que se esteja examinando. Falando em termos gerais, KLITGAARD sugere, por exemplo, que não seja dado a funcionários da administração tributária nenhuma discricionariedade sobre deduções permitidas e que admissões para vagas no sistema de educação sejam analisadas por comitês específicos, amparadas somente nas notas dos testes feitos pelos estudantes⁴⁴⁶.

Ainda no caminho da redução da discricionariedade, a Administração pode lançar mão da centralização da investigação de grandes casos de corrupção em um órgão especializado, sob coordenação de autoridade já experimentada e dotada dos recursos necessários. Também, deve ser reforçada a supervisão sobre os agentes de campo, mantendo-se acompanhamento próximo das ações que desempenham⁴⁴⁷.

O essencial, então, no enfrentamento da corrupção, é diminuir os espaços de discricionariedade, selecionar bem os funcionários públicos, oferecer remuneração adequada⁴⁴⁸, estabelecer mecanismos de supervisão e controle de suas atividades e estimular a competição entre agentes privados, a fim de evitar que um setor seja

– Anti-Corruption Task Team. 2009, p. 47. Disponível em: <https://www.oecd.org/dac/accountable-effective-institutions/45019669.pdf>. Acesso em 17/07/2020.

⁴⁴⁵ SCHLOSS, Miguel J. **Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad**. Washington: Georgetown University, Universia, 2010, vol. 4 num. 1, p 33.

⁴⁴⁶ KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 1052.

⁴⁴⁷ KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 1140.

⁴⁴⁸ BECKER e STIGLER demonstram que há uma função direta entre remuneração e corrupção. Com remuneração atrativa, o risco de se corromper aumenta, pois a detecção do desvio pode custar mais que o 'prêmio' advindo do ilícito. Segundo sustentam, "*Trust calls for a salary premium not necessarily because better quality persons are thereby attracted, but because higher salaries impose a cost on violations of trust*" (BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. **Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, pp. 1-18, Jan./1974, p. 13).

monopolizado por uma ou poucas empresas e, com isto, os laços com o Estado sejam transpostos do profissionalismo para a pessoalização.

Não se pode esquecer do papel importantíssimo, talvez até revolucionário, da tecnologia, no enfrentamento à corrupção. Além dos mecanismos de automatização e digitalização de atos investigativos e processuais⁴⁴⁹, que poupam tempo com eliminação de burocracia desnecessária, a inteligência artificial⁴⁵⁰ aplicada ao Direito desponta como extremamente promissora.

Uma experiência relevante neste campo vem sendo desenvolvida pelo TCU. Os ‘robôs’, na verdade, sistemas de inteligência artificial, *Alice*, *Sofia* e *Monica*, analisam diariamente os editais publicados em Diário Oficial e em sistemas de divulgação de compras públicas, procurando por indícios de irregularidades nas contratações em curso; e ajudam a corrigir eventuais falhas não percebidas pelos auditores do Tribunal⁴⁵¹.

As aplicações acessam quase 80 bancos de dados que se ocupam de contratações públicas e se baseiam em *proxies* programados por técnicos do TCU, os quais, embora não sejam definitivos na demonstração de ilicitudes, podem sugerir a potencial ocorrência de irregularidades. Dentre esses *proxies*, a inteligência artificial procura por dados como preços fora do padrão, a exigência de certidões que o Tribunal não considera pré-requisitos válidos, a provável contratação de empresa impedida de contratar com a administração pública, ou a existência de sócios em comum nas empresas concorrentes.

⁴⁴⁹ Como, por exemplo, o *e-proc*, sistema de processo eletrônico do TRF da 4ª Região, que, empregando inteligência artificial, “já consegue ‘ler’ as petições iniciais protocoladas e aferir se o assunto atribuído pelo advogado ao processo corresponde efetivamente à discussão em causa. A funcionalidade controla a competência em razão da matéria entre juízos de mesma competência territorial. Assim, se eventualmente uma ação que verse sobre direito à saúde for classificada como assistencial, por hipótese, ao invés de ser distribuída para uma Vara cível, a ação seria encaminhada a uma Vara previdenciária. Só em 2019, este sistema de IA evitou que 65.536 processos fossem enviados para juízo incompetente, com o que poupou forças dos serventuários e magistrados, eliminando a conferência manual e individualizada de cada assunto atribuído aos processos e a necessidade de elaborar despachos e atos de cumprimento em cada feito, para encaminhá-lo à Vara realmente competente”. MARTINS, Tiago do Carmo. **Acesso à Justiça e pandemia**. Revista Jus Navigandi, Teresina, a. 26, n. 6412, 20 jan. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88048>. Acesso em: 11 fev. 2021.

⁴⁵⁰ “Máquinas que possam raciocinar, aprender e agir de modo inteligente”. MIT TECHNOLOGICAL REVIEW. **Artificial Intelligence**. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/topic/artificial-intelligence/>. Acesso em: 03/01/2021.

⁴⁵¹ FERRARI, Isabela; LEITE, Rafael; RAVAGNANI, Giovani; FEIGELSON, Bruno. **Justiça digital**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 81. Edição do Kindle.

Além disso, a aplicação *Sofia* corrige e incrementa os relatórios dos auditores do TCU. Por exemplo, em parecer que recomende a punição de certa empresa, ela pode indicar se há sanções contra a mesma pessoa jurídica ou se ela já responde a outros processos no tribunal, ou mesmo se detém contratos em execução com a administração pública, dados que podem aperfeiçoar o relatório produzido pelo auditor e as sanções indicadas.

Esses robôs permitem, assim, filtrar indícios de corrupção já em seu nascedouro, impedindo que a ilegalidade, e o prejuízo ao erário, se configurem, exercendo uma função preventiva que dificilmente seria alcançada sem o concurso da tecnologia⁴⁵², além de permitir uma qualidade maior no trabalho do órgão controlador.

Todas essas medidas, contudo, precisam ser permeadas por um elemento fundamental: apenas quando os cidadãos se envolvem e reconhecem suas responsabilidades em limitar o alcance da corrupção, rejeitando tanto atos de maior impacto quanto aqueles menores, tidos por males justificáveis⁴⁵³, o cerco se fecha de modo efetivo. Só assim se alcança ambiente que traz as condições necessárias para repelir na origem os estímulos que fazem com que indivíduos, empresas e governos se valham da corrupção⁴⁵⁴. Algo muito necessário no Brasil, historicamente assolado pelos desvios na esfera pública.

⁴⁵² G1 ECONOMIA. **Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações.** Edição 18/03/2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acesso em: 11/02/2020.

⁴⁵³ Falando sobre a realidade da Ucrânia, país assolado historicamente pela corrupção e que, desde 2014 vem implementando fortes medidas combativas, LOUGH e DUBROVSKIY ressaltam: “*but regard petty corruption as a justifiable evil. This perception needs to change, and citizens must accept their responsibilities for limiting the scope of corruption*”. LOUGH, John; DUBROVSKIY, Vladimir. **Are Ukraine’s Anti-corruption Reforms Working?** Russia and Eurasia Programme: Chatham House. The Royal Institute of International Affairs. Disponível em: <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2018-11-19-ukraine-anti-corruption-reforms-lough-dubrovskiy.pdf>. Acesso em: 08/02/2021.

⁴⁵⁴ A boa notícia é que as pessoas querem se envolver neste enfrentamento: “*ORDINARY PEOPLE CAN MAKE A DIFFERENCE: The good news is more than half the people around the world – and particularly young people – agreed that citizens could make a difference. Fifty-eight per cent of people aged 24 and under said they feel empowered to make a difference. Fifty per cent of those aged 55 also agreed*”. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Global Corruption Barometer: Citizens’ voices from around the world.** 2017. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/gcb/global/global-corruption-barometer-2017>. Acesso em: 09/03/2021.

2.6 CORRUPÇÃO NO BRASIL

Os registros históricos indicam que a corrupção ocorre no Brasil, pelo menos, desde a chegada dos colonizadores portugueses. Aliás, Pero Borges, o primeiro funcionário a ocupar o posto de Ministro da Justiça do país, cargo à época denominado ouvidor-Geral, havia sido condenado em Portugal por desvios de recursos na construção de um aqueduto, desvio tão significativo que inviabilizou a obra. Sua ficha suja não impediu a designação para o cargo na colônia. Antes disso, a nomeação era parte da punição, ainda que o cargo reunisse poderes bastantes para, por exemplo, condenar índios e escravos à morte⁴⁵⁵.

Como rememora MURILO DE CARVALHO, parece que a corrupção sempre esteve presente no cenário nacional. No Século XIX, os republicanos acusavam o Império de corrupto. Na década de 1930, a República e seus representantes eram tidos por ‘carcomidos’. Vargas caiu em 1954 sob acusações de corrupção. E o golpe de 1964 teve o mesmo tema como uma das bandeiras centrais, ao lado da subversão. Já na redemocratização, Collor chegou ao poder prometendo enfrentar os corruptos, mas seu impeachment foi decretado justamente pelo vício que se propunha a combater⁴⁵⁶.

Passados mais de 500 anos do desembarque de Pedro Álvares Cabral, o assunto ainda é frequente nas manchetes dos jornais e nos debates políticos da nação. Os escândalos recentes, inclusive, dão a sensação de que a corrupção possa estar aumentando nos últimos tempos, com o país caminhando para uma situação endêmica⁴⁵⁷, “verdadeiro câncer nacional”⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ ESTADÃO. **NAS CARAVELAS**, A ORIGEM DA CORRUPÇÃO. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,nas-caravelas-a-origem-da-corrupcao-imp-,1092658>. Acesso em: 08/06/2021.

⁴⁵⁶ MURILO DE CARVALHO, José. **Escola de transgressão**. In *Revista de História da Biblioteca Nacional*. Ano 4, n. 42, mar/2009, p. 19.

⁴⁵⁷ Quando a corrupção é tão difundida que a maior parte da população não tem alternativa senão lidar com oficiais corruptos. BECHARA, Fabio Ramazzini; GOLDSCHIMIDT, Paulo C. (Organizadores). **Lessons of Operation Car Wash: A legal, institutional, and economic analysis**. Brazil Institute / Wilson Center Washington, 2020, p. 6.

⁴⁵⁸ JACOBSEN, Gilson. **Evolução do Estado e do Direito Administrativo**: breve panorama do direito administrativo à luz da evolução do Estado e dos novos direitos. *Curso Modular de Direito Administrativo*. Org. VAZ, Paulo Afonso Brum; TEIXEIRA, Ricardo do Valle Pereira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 38.

A existência de uma vasta burocracia⁴⁵⁹, com muitas leis e agências reguladoras, é apontada como fator que une a corrupção corporativa e política e aumenta a propensão de solicitação de propinas por agentes públicos. Licitações e compras públicas são um campo aberto aos desvios. Além disso, o sistema tributário complexo traz oportunidades amplas para atos desonestos. São frequentes denúncias de exigências indevidas por parte de autoridades fiscais “para relaxar fiscalizações e inspeções, abster-se de perseguir casos de alegada fraude, e para dar aconselhamento sobre redução de obrigações fiscais”⁴⁶⁰.

O enraizamento da corrupção na sociedade brasileira costuma ser atribuído ao patrimonialismo regente das relações políticas no Brasil colônia e nos tempos do Império, abordado no Capítulo 1. E a quase inexistente vigilância da metrópole sobre os assuntos coloniais reforçou as condições para um ambiente favorável às práticas ilícitas e imorais⁴⁶¹.

Embora a história da formação do país e de sua sociedade tenha se dado em bases patrimonialistas, sem separação clara dos assuntos pessoais e do Estado, não há qualquer indicativo de que a corrupção esteja ligada a componentes hereditários do brasileiro, mas de uma adaptação social progressiva, que absorveu aos poucos práticas repetidas, forjando a ideia de que se corromper não era apenas inevitável como também tolerável⁴⁶². Assim, uma abordagem mais completa se assenta na constatação de que “a corrupção não está relacionada ao caráter do brasileiro, mas a uma construção social que permite que ela seja tolerada como prática”⁴⁶³.

Nisto também influi a ideia muito disseminada de que a corrupção é um problema do Estado e da máquina administrativa, não da sociedade e dos

⁴⁵⁹ “Quando há um grande número de leis, normas, regulamentações e normas administrativas para restringir as atividades empresariais e econômicas, especialmente se essas restrições forem complexas, opacas e aplicadas de forma seletiva, inconstante e não transparente”. MOHALLEN, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **DIAGNÓSTICO INSTITUCIONAL: PRIMEIROS PASSOS PARA UM PLANO NACIONAL ANTICORRUPÇÃO**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p.16.

⁴⁶⁰ STOCKER, Frederick T. Anti-Corruption Compliance in Brazil: Addressing a Daunting Challenge. **MFRS ALLIANCE FOR PRODUCTIVITY AND INNOVATION**, n. 3, March 2012. Disponível em: https://www.mapi.net/system/files/PA106_1.pdf. Acesso em: 10/04/2021.

⁴⁶¹ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle, p. 101.

⁴⁶² GARCIA, Emerson. **Repressão à Corrupção no Brasil: entre realidade e utopia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4.

⁴⁶³ FILGUEIRAS, Fernando. **A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social**. **OPINIÃO PÚBLICA**, v. 15, n, 2, Nov./2009, p.394.

indivíduos⁴⁶⁴. Mas ela só existe em contextos que a favorecem, o que se deve muito à falta ou insuficiência de controles, mas também a um ambiente de permissividade e complacência que se espalha pela sociedade: “A corrupção pública se prolonga nas práticas individuais que visam sempre ‘dar um jeitinho’, ‘quebrar um galho’, ‘fechar um olho’”⁴⁶⁵.

Importante perceber, ainda, que no período colonial e na Primeira República, a questão era vista como um mal do Estado e do sistema de governo, não um desvio individual, do agente público⁴⁶⁶. Foi “somente a partir de 1945 que no Brasil se passou a legislar não apenas sobre a corrupção do Estado, mas também acerca daquela individual e de responsabilidade do chefe do governo”⁴⁶⁷.

É amplamente aceita, por outro lado, a compreensão de que “a rigidez, a impermeabilidade, a perfeita homogeneidade da legislação parecem-nos constituir o único requisito obrigatório da boa ordem social”. Não se atenta para o fato de que a mudança de práticas patrimonialistas e desprovidas de ética demanda esforço coletivo e articulado, pois “não são as leis escritas, fabricadas pelos juristas, as mais legítimas garantias de felicidade para os povos e de estabilidade para as nações”⁴⁶⁸.

Embora a sociedade e a política ainda centrem o olhar, de forma desfocada, no Estado e nas leis como soluções unívocas para a corrupção no Brasil, muito já se evoluiu em refutar que o problema seja causado pelo caráter do brasileiro.

Este enfoque evita vitimização e fatalismo e tem a virtude de envolver a sociedade no enfrentamento do tema, pois coloca em evidência que este mal não existe apenas nas altas rodas políticas, mas decorre de práticas mais profundas e espalhadas no tecido social, manifestada em pequenas ações do cotidiano⁴⁶⁹, como crer natural usar de vagas de estacionamento reservadas para pessoas com

⁴⁶⁴ FILGUEIRAS, Fernando. **A tolerância à corrupção no Brasil**: uma antinomia entre normas morais e prática social. **OPINIÃO PÚBLICA**, v. 15, n. 2, Nov./2009, p.391.

⁴⁶⁵ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle, p. 134.

⁴⁶⁶ Noção também captada em exame do contexto estadunidense do Século XIX (TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**: Leis e Costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 154).

⁴⁶⁷ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle, p. 115.

⁴⁶⁸ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 178.

⁴⁶⁹ FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **OPINIÃO PÚBLICA**, v. 15, n. 2, Nov./2009, p.397.

deficiência, pagar ao guarda para afastar a multa de trânsito ou pedir benefícios do governo sabendo não satisfazer aos requisitos⁴⁷⁰.

Como dito, é da reiteração de atos corruptos que vem a tolerância à prática. Com o tempo, essas condutas foram se incorporando à dinâmica do poder e da sociedade. Assim, o ambiente se tornou propício tanto para os pequenos atos, como para os maiores esquemas de desvio de recursos públicos. Segundo FILGUEIRAS, tal complacência reside no espaço criado entre os valores morais (saber que é errado) e as necessidades de satisfação de interesses pessoais⁴⁷¹.

A questão passa a ser, então, como mobilizar o cidadão e a sociedade para enfrentar abertamente a corrupção e não ver nela uma alternativa para fazer frente a necessidades de subsistência econômica, ascensão social ou sucesso político. Neste campo, a criação de estímulos negativos, ou seja, a sensação de que são grandes as chances de ser flagrado, e efetivamente punido, assume papel decisivo.

Outro ponto relevante diz com investigação dos modos pelos quais a corrupção mais frequentemente se expressa no Brasil. Em primeiro lugar, há os favorecimentos de ordem pessoal, “de parentes, amigos, amigos de amigos, aliados políticos, sócios”, que se expressam pelo “jogo de favores, a paralisação ou agilização de processos, as intervenções pessoais e a utilização de padrões de relações pessoais para se relacionar com o Estado”⁴⁷², além das nomeações de parentes e amigos para postos

⁴⁷⁰ “Relatório da Controladoria-Geral da União (CGU) mostra que R\$ 809,9 milhões em auxílio emergencial foram pagos de forma irregular a pelo menos 1,8 milhões de pessoas, equivalente a 3,2% do total de 56,8% dos beneficiários. O Ministério da Cidadania afirma que parte das irregularidades já foi sanada. De acordo com o documento, o governo conseguiu reaver cerca de R\$ 44,4 milhões pagos indevidamente. Porém, a recuperação dos R\$ 764,5 milhões restantes ainda depende da “adoção de providências” pela pasta. [...] Nesse período, a Controladoria-Geral identificou que receberam as parcelas de forma indevida: 15,7 mil pessoas entre os beneficiários “com indicativo de óbito”, 38,2 mil presos em regime fechado, 16,7 mil residentes no exterior, 822 mil trabalhadores com vínculo formal e 240 mil famílias com renda mensal superior ao limite”. PORTELA, Michelle. CGU identifica fraude de R\$ 809,9 milhões no auxílio emergencial. **Correio Brasiliense**. Edição *online*, 07/02/2022. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2022/02/4983309-cgu-identifica-fraude-de-rs-8099-milhoes-no-auxilio-emergencial.html>. Acesso em: 26/02/2022.

⁴⁷¹ “Isso explica o fato de criarmos a expectativa de que os políticos e cidadãos sejam honestos, mas o sujeito, ao mesmo tempo, querer entrar em um esquema de corrupção, tendo em vista interesses bem determinados, na esfera econômica e social. [...] A antinomia entre normas morais e prática social cria um contexto de tolerância à corrupção que explica o fato de atores, consensualmente, concordarem com a importância de valores fundamentais como respeito, honestidade, decoro e virtudes políticas, mas, ao mesmo tempo, concordarem que, na política, um pouco de desonestidade pode cumprir uma função importante”. FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **OPINIÃO PÚBLICA**, v. 15, n. 2, Nov./2009, p.402-403.

⁴⁷² BEZERRA, Marcos Otávio. **BASES SOCIAIS DA PRÁTICA DA CORRUPÇÃO NO BRASIL. REFLEXÕES A PARTIR DA ANÁLISE DE DOIS "CASOS DE CORRUPÇÃO"**. Anuário

a que não estão qualificados, ou a outorga de contratos também a familiares e amigos meramente por razões pessoais.

De outro lado, há práticas movidas exclusivamente por razões econômicas. Nestas, o agente privado, sem maiores vínculos com o representante da Administração, busca construir “uma relação privilegiada com o Estado capaz de garantir a transferência de recursos deste para mãos privadas e a transformação de interesses privados em interesses do Estado”. Para tanto, tal qual se via no período colonial, importa ao empresário ‘credenciar-se’ perante a Administração, a fim de que suas relações superem o plano formal e haja a pessoalização do relacionamento, de modo a que o ente corporativo tenha no estado “um parceiro nos negócios”⁴⁷³.

Nesta teia, não se pode esquecer da “existência de categorias de pessoas situadas fora do Estado — como os que têm sido designados como lobistas e intermediários — que acumulam certo poder em virtude da relação especial que mantêm com este”. Tal poder vem “do conhecimento do funcionamento dos órgãos governamentais e das relações formais e, sobretudo, informais mantidas com aqueles que são responsáveis pela sua operacionalização”⁴⁷⁴. A ideia é construir vínculos, a fim de que o Estado conceda tratamento privilegiado aos interesses defendidos pelo intermediário; ou que tais interesses sejam transformados em interesses do próprio Estado.

Este breve apanhado, aliado ao que se delineou no Capítulo 1, permitem vislumbrar como o Brasil chegou ao estágio atual, forjando um ambiente que favorece de diversas maneiras a prática de desvios. Cabe questionar, contudo, uma vez que muito tem se desvendado e discutido sobre a origem e funcionamento da corrupção no Brasil, se avanços estão sendo feitos no combate a esta mazela nacional.

Antropológico/93. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, p. 285. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7410194>. Acesso em: 13/07/2020.

⁴⁷³ BEZERRA, Marcos Otávio. **BASES SOCIAIS DA PRÁTICA DA CORRUPÇÃO NO BRASIL. REFLEXÕES A PARTIR DA ANÁLISE DE DOIS "CASOS DE CORRUPÇÃO"**. Anuário Antropológico/93. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, p. 284. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7410194>. Acesso em: 13/07/2020.

⁴⁷⁴ BEZERRA, Marcos Otávio. **BASES SOCIAIS DA PRÁTICA DA CORRUPÇÃO NO BRASIL. REFLEXÕES A PARTIR DA ANÁLISE DE DOIS "CASOS DE CORRUPÇÃO"**. Anuário Antropológico/93. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, p. 285. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7410194>. Acesso em: 13/07/2020.

2.7 O ATUAL ESTÁGIO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

Pode-se inferir que a corrupção tem acompanhado o desenrolar histórico do Brasil, da colônia ao Império e deste à República. Contudo, releva destacar que isto não pode ser atribuído à ausência de normas legais sobre o problema. O recebimento de dádivas e presentes já era vedado nas Ordenações Filipinas, com previsão de perda do cargo público e de multas, o que não fora suficiente para inibir a prática.

No plano constitucional, “todas as Constituições brasileiras — 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e, em vigor atualmente, 1988 — mencionam explicitamente que autoridades e funcionários públicos podem ser responsabilizados por diferentes formas de desvio de dinheiro público”. Na esfera penal, “desde a nossa primeira codificação, de 1830, perda do cargo público, multa e prisão estão previstas para os ‘crimes contra a boa ordem e a administração pública’”. E na órbita civil, “A Lei 3.164, de 1957, estabeleceu mecanismos que permitiam o sequestro e a perda, em favor da Fazenda Pública, de bens oriundos de atos de abuso da função pública, independentemente da responsabilização criminal”, no que foi seguida pela Lei 3.502/58, que estabelecia regras para recuperação de valores. “Ambas as leis, contudo, raramente foram aplicadas”⁴⁷⁵.

Várias leis, como o Código Penal, a Lei 4.717/65 (Ação Popular), a Lei 7347/85 (Ação Civil Pública) e a Lei de Improbidade Administrativa, densificaram os marcos legais de proteção ao erário e à moralidade, assim como a Lei da Ficha Limpa (Lei 135/2010), e a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), mais recentes. No entanto, o quadro sequer se aproxima do ideal, pois o Brasil é um dos países mais assolados pela corrupção no mundo⁴⁷⁶.

Segundo levantamento da *Transparência Internacional*, que mede a percepção da corrupção em 180 países ao redor do globo⁴⁷⁷, em 2019 o Brasil caiu mais uma

⁴⁷⁵ MACHADO, Maira Rocha; PASCHOAL, Bruno. MONITORAR, INVESTIGAR, RESPONSABILIZAR E SANCIONAR: A multiplicidade institucional em casos de corrupção. **Novos Estudos**, n. 104, p. 11-36, Mar./2016, p.14.

⁴⁷⁶ “No relatório The Global Competitiveness Report 2016–2017, desenvolvido pelo Fórum Econômico Mundial, que avalia ética e corrupção como um dos seus critérios, o Brasil aparece como o quarto país mais corrupto do mundo em uma lista de 138 países, tendo tido um desempenho superior apenas a Chade, Bolívia e Venezuela”. MOHALLEN, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **DIAGNÓSTICO INSTITUCIONAL: PRIMEIROS PASSOS PARA UM PLANO NACIONAL ANTICORRUPÇÃO**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p.16.

⁴⁷⁷ O índice de percepção da corrupção, medido pela Transparência Internacional, se baseia na “percepção da incidência de corrupção reportada por especialistas. Para isso, utiliza fontes de

posição no ranking, passando para o 106º lugar, ostentando 35 pontos numa escala de 0 (totalmente corrupto) a 100 (sem corrupção). Em 2018, o país já havia perdido dois pontos e caído nove posições. Trata-se do quinto recuo consecutivo, o que colocou o Brasil em sua pior colocação na série histórica do índice⁴⁷⁸.

Debatendo as causas dessa piora recente, a *Transparência Internacional* aponta que, embora as eleições de 2018 tenham sido pautadas por temas anticorrupção, as promessas de campanha não se refletiram em ações concretas, frisando que, ao contrário, “o Brasil passou por uma série de retrocessos em seu arcabouço legal e institucional anticorrupção”.

Dentre estes, destaca-se tentativas de interferência do Presidente da República em órgão de controle “e a aprovação de legislação que ameaça a independência dos agentes da lei e a *accountability* dos partidos políticos”⁴⁷⁹.

Em 2020, o Brasil aumentou 3 pontos (de 35 para 38) no ranking da *Transparência Internacional* e subiu para a 94ª posição entre 180 países (ante a 106ª colocação da edição anterior). A melhora, contudo, é insignificante, pois os pontos ganhos estão abaixo da margem de erro, de 4,1 pontos. O que se constata, infelizmente, é que o Brasil permanece estagnado “em patamar muito ruim, abaixo da média dos BRICS (39), da média regional para a América Latina e o Caribe (41) e

informação de diferentes instituições. Por exemplo, para o ano de 2012 foram utilizadas 14 fontes diferentes de informação (PARUOLO; SAISANA; SALTELLI, 2012). Um determinado país, para ser avaliado, precisa ter a disponibilidade de pelo menos três fontes de informação. Como destacado por JUNE (2008), em comum essas diferentes fontes de informação utilizam expressões como democracia, transparência, fiscalização e governança. Assim como é com relação à corrupção, esse conjunto de expressões refletem conceitos abrangentes e de difícil mensuração” (CARRARO, André; MACHADO, Isis Born; CARNEVER, Mário Duarte; BOLL, José Luis Serafini. Proposta para a estimação da corrupção regional no Brasil. *Política & Sociedade*, v. 14, n. 31, Set./Dez./2015, p. 332). Note-se que o índice é resultado de projeto desenvolvido pela Universidade de Göttingen e incorporado pela Transparência Internacional. Sua credibilidade se esteia no uso de “integração dos vários indicadores sobre corrupção produzidos pelas empresas de consultoria” e tem a finalidade de “reunir levantamentos disponíveis em um único indicador, criando, assim, uma forma de mensurar a corrupção nos diversos países, de forma comparativa e contínua” (SPECK, Bruno Wilhelm. **Mensurando a corrupção**: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas. Cadernos Adenauer, Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, no. 10, dezembro de 2000, p. 27). Contudo, como é um índice baseado em percepção, mesmo que siga métodos tecnicamente rigorosos, pode comportar influências decorrentes de vieses dos pesquisados. À míngua de indicadores mais precisos, tem se revelado bastante elucidativo e empregado amplamente inclusive por agentes de mercado, que se valem deste indicador, dentre outros fins, para orientar seus investimentos internacionais.

⁴⁷⁸ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Índice de percepção da corrupção 2019**. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Acesso em 22/07/2020.

⁴⁷⁹ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Índice de percepção da corrupção 2019**, p. 13. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Acesso em 22/07/2020.

mundial (43) e ainda mais distante da média dos países do G20 (54) e da OCDE (64)”⁴⁸⁰.

Esta estagnação se deve, novamente, ao fato de que promessas políticas de endurecimento das ações anticorrupção não se reverteram em ações concretas; ao contrário, houve retrocessos na área, com destaque para a “perda de independência e crescente ingerência política sobre órgãos fundamentais como a Procuradoria-Geral da República e a Polícia Federal”; e para a “pressão política e institucional que levou ao desmantelamento das forças-tarefa Lava Jato e Greenfield”, modelo que “junto com os acordos de leniência e colaboração premiada, ofereceu condições centrais para o avanço das investigações sobre grandes esquemas de corrupção no país”⁴⁸¹.

Em 2021 o cenário seguiu estável, com o país obtendo nota 38/100 e ficando na 96ª posição dentre 180 nações. A estagnação é bem demonstrada no gráfico a seguir⁴⁸²:

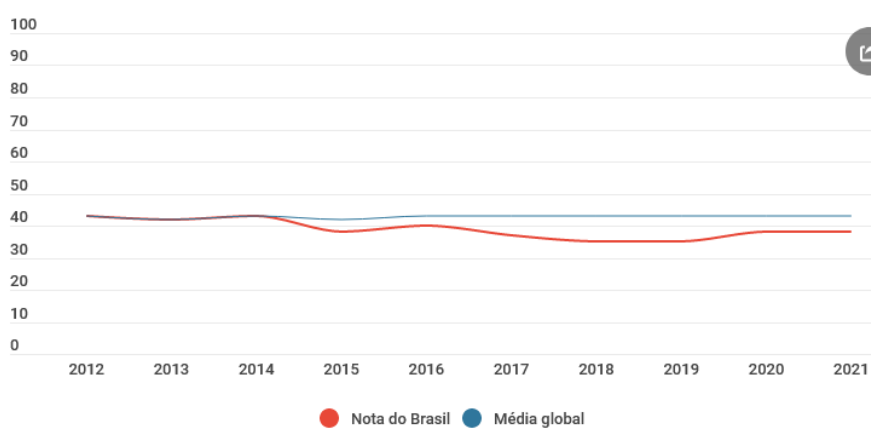


Figure 7 elaborado pela Transparência Internacional

No mesmo relatório, são apontados sensíveis revezes no enfrentamento do problema, sendo de se destacar a aprovação da Lei 14.230/2021⁴⁸³, que modificou

⁴⁸⁰ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **ÍNDICE DE PERCEPÇÃO DA CORRUPÇÃO 2021**. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 06/09/2021.

⁴⁸¹ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL - BRASIL. **Retrospectiva Brasil 2020**. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/retrospectiva-brasil-2020>. Acesso em: 10/03/2021.

⁴⁸² TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL - BRASIL. **Retrospectiva Brasil 2021**. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 25/01/2022.

⁴⁸³ A TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – BRASIL elaborou relatório, dirigido à OCDE, onde aponta diversos retrocessos no ambiente institucional e no controle de atos do poder público no Brasil, descrevendo um movimento intenso de contrarreformas anticorrupção. No estudo, é destacada a

drasticamente a Lei de Improbidade Administrativa, importante instrumento anticorrupção nacional, adiante examinado. Sobre o ponto, o estudo destaca que⁴⁸⁴:

A tramitação no Congresso ocorreu de maneira apressada e as mudanças incluem retrocessos importantes na legislação, como a criação de brechas para a não responsabilização, restrições para a punição de má conduta, isenção para partidos, mudanças no prazo prescricional e a definição mais restrita sobre casos de nepotismo.

Na primeira aprovação do projeto pela Câmara, o texto final da proposta foi apresentado formalmente aos deputados apenas 18 minutos antes do início da sessão de votação. Muitos dos parlamentares – e a sociedade brasileira — desconheciam os termos exatos da legislação que estavam aprovando. A pressa em aprovar a mudança na lei de improbidade pode ser explicada por alguns fatores, como: 1) A busca de apoio dos congressistas para as eleições de 2022 entre os prefeitos, que estão entre os principais alvos de ações de improbidade; 2) O interesse de integrantes do Centrão em desmontar esforços anticorrupção, que classificam como “criminalização da política”; e 3) O fato de que uma parte dos parlamentares, incluindo o próprio Arthur Lira, condenado em segunda instância por improbidade no Estado de Alagoas, pode ser diretamente beneficiado pelas mudanças feitas na legislação, como a alteração no prazo de prescrição.

Também vem registrado o papel claudicante do Judiciário em dar balizas seguras ao tratamento de casos de corrupção, especialmente por ter revisto, muito tempo depois de fixadas compreensões originais, sua jurisprudência sobre pontos nevrálgicos da temática anticorrupção⁴⁸⁵, como o critério de determinação da competência territorial para julgar casos da operação Lava Jato, a definição da competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes de corrupção conexos aos eleitorais e o reconhecimento extemporâneo da parcialidade do juiz Sérgio Moro, com

aprovação da Lei 14.230/2021, em ambiente de pouco debate e exagerada rapidez, movimento inspirado por três principais fatores: “*upcoming elections, anti-corruption counter-reforms and personal interests*” (p. 14). Ainda, o texto ressalta conflitos de interesses de parlamentares que votaram pela aprovação do texto [“*334 accusations of improbity against elected representatives (263 against federal representatives and 71 cases involving senators)*”)], incluindo o relator do projeto no Senado e o Presidente da Câmara do Deputados, Arthur Lira, o qual, poucos meses após a aprovação do novo texto, pediu ao Superior Tribunal de Justiça o arquivamento de processos contra si, invocando as inovações da nova lei. O relatório também destaca outra grande preocupação, relativa aos novos marcos prescricionais, que podem implicar no arquivamento de 40% das investigações e processos em curso. TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL - BRASIL. BRAZIL 2021 update. **Setbacks in the Legal and Institutional Anti-Corruption Frameworks.** Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/posts/transparencia-internacional-denuncia-a-comite-da-ocde-retrocessos-no-combate-a-corrupcao-no-brasil/>. Acesso em: 20/03/2022.

⁴⁸⁴ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL - BRASIL. **Retrospectiva Brasil 2021**, p. 50. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 25/01/2022.

⁴⁸⁵ JACOBSEN, Gilson; MARTINS, Tiago do Carmo. **A Lei Anticorrupção e a promoção de compliance empresarial no Brasil.** In *Governança, Ética e Compliance*. Org. Alex Sander Pires, Pedro Trovão do Rosário e Ruben Bahamonde. Lisboa: Almedina, 2022, p. 307-325.

base em mensagem *hackeadas*, para conduzir processos da operação envolvendo o ex-presidente Lula⁴⁸⁶.

Nessas situações, verificou-se o reconhecimento de prescrição em parte significativa dos processos e dificuldades da Justiça Eleitoral em dar seguimento aos sob sua condução, diante da configuração daquele ramo do Judiciário, não talhado para a função que ora lhe foi atribuída⁴⁸⁷.

As constatações negativas sobre o estágio atual da corrupção no Brasil contrastam com a onda de otimismo inaugurada com o julgamento de casos expressivos, como o *Mensalão* e a *Lava Jato*, casos que expuseram graves episódios de interconexão da política com a corrupção no país⁴⁸⁸.

O primeiro dos dois casos foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Penal 470. O julgamento foi emblemático, seja pelo esforço que consumiu da Suprema Corte (53 sessões plenárias, ao longo de todo o segundo semestre de 2012), seja pelo peso econômico e político das pessoas levadas à julgamento.

Ali se comprovou a existência de uma “associação estável e organizada, cujos membros agiam com divisão de tarefas, visando à prática de delitos, como crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, além de lavagem de dinheiro”. O esquema atuou “do final de 2002 e início de 2003 a junho de 2005”, e era dividido em núcleos específicos, operacional, político e financeiro⁴⁸⁹.

Consoante a denúncia apresentada pela Procuradoria-Geral da República, houve um esforço ilícito para “garantir a continuidade do projeto de poder do Partido dos Trabalhadores, mediante a compra de suporte político de outros Partidos Políticos

⁴⁸⁶ MARTINS, Tiago do Carmo. Nova Lei de Improbidade Administrativa: bala de prata? **Revista Consultor Jurídico**, edição online, 02/07/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-02/tiago-martins-lia-bala-prata>. Acesso em: 27/07/2022.

⁴⁸⁷ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL - BRASIL. **Retrospectiva Brasil 2021**, p. 64 e 67. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 25/01/2022.

⁴⁸⁸ Aliás, a aproximação espúria de agentes privados com agentes do Estado, que culmina na apropriação de instituições públicas para consecução de objetivos particulares, é uma tendência moderna em tema de corrupção, como explana DURÍ: “*A trait of modern forms of corruption is the tendency to try and co-opt state institutions and political parties to reduce risks that will damage their interests (...) Both corrupt individuals and organized crime groups may target various institutions such as the legislature, public procurement offices, central banks and national security organs, with the main consequence that the interests of a specific group are placed above public interests*”. DURÍ, Jorum. **Corruption and economic crime**. Transparency International Anti-Corruption Helpdesk Answer, p. 10. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/corruption-and-economic-crime>. Acesso em: 11/06/2021.

⁴⁸⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação penal 470. Tribunal Pleno.

e do financiamento futuro e pretérito (pagamento de dívidas) das suas próprias campanhas eleitorais”. O apoio político era angariado com o pagamento de uma ‘mesada’ a congressistas que apoiassem as iniciativas do grupo. A esses propósitos, se somou o intuito de lucro de diversos agentes privados, que se associaram ao esquema para receber verbas do governo federal e operar a lavagem do dinheiro movimentado pela organização.

A grande novidade neste julgamento foi a condenação de figuras políticas importantes, como um Ministro de Estado, um ex-Ministro, onze deputados ou ex-deputados federais, inclusive o Presidente da Câmara dos Deputados, dentre outros ocupantes de cargos destacados na Administração Federal e dirigentes de partidos políticos⁴⁹⁰.

A percepção de que poderosos também passaram a se sujeitar à lei foi reforçada na denominada operação *Lava Jato*⁴⁹¹. Diferentemente do que ocorrera no *Mensalão*, em que o julgamento se concentrou em um único Tribunal, a Lava Jato se desdobrou por diversos Juízos e Tribunais do Brasil, embora o início e a maior concentração de casos tenham ocorrido na 13ª Vara Federal da Justiça Federal de Curitiba, onde foram autorizadas judicialmente as primeiras medidas investigativas e de onde saíram as primeiras condenações.

A partir da apuração de movimentação de recursos ilícitos por parte de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis, as investigações desvendaram um amplo esquema criminoso que drenava recursos da estatal brasileira Petrobrás S.A., sociedade de economia mista federal.

Descobriu-se que licitações na estatal eram sistematicamente direcionadas para um grupo de grandes empreiteiras, que ajustavam os preços e estabeleciam os

⁴⁹⁰ O episódio do Mensalão evidenciou um sistema, depois confirmado na Lava Jato, em que “a corrupção tornou-se sistêmica, com o advento de um aparato paralelo ao Estado legal, funcionando fora do alcance dos mecanismos tradicionais de controle. Um aparato que, aliado a um cartel de empreiteiras, desenvolveu sofisticados mecanismos de desvio e lavagem de dinheiro público, esquemas de ocultação de transações financeiras espúrias e estratégias de elisão de identidades, além de irrigar partidos em troca de apoio. E ainda cooptou movimentos estudantis e sociais para que, a pretexto de reivindicar demandas legítimas, como reforma eleitoral, exprimissem ideias destinadas a dar roupagem ideológica a essa forma de exercício do poder”. FÁRIA, José Eduardo. **Corrupção, justiça e moralidade pública** (Debates). São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 2018. Edição do Kindle, p. 198.

⁴⁹¹ O presente estudo não tem por finalidade realizar juízo de valor sobre nenhuma investigação ou processo específico. O enfoque buscado ao se abordar (brevemente) a Lava Jato e a AP 470 é destacar como tais casos são inovadores, por promoverem responsabilização de número significativo de pessoas em posição de destaque político e econômico.

vencedores previamente. Para funcionar, o esquema necessitava da colaboração de agentes públicos (de altos postos) da Petrobrás, que recebiam propinas para si ou que eram vertidas em favor de determinados partidos políticos, os quais indicavam os ocupantes de postos chaves na companhia⁴⁹². Havia um “triângulo de corrupção baseado no capitalismo de laços ‘Políticos-Governo-Empreiteiras’”⁴⁹³.

Embora a Petrobrás tenha sofrido a maior sangria de recursos, a evolução da apuração identificou desdobramentos em outras áreas do Estado, como nas obras da usina nuclear Angra 3, da ferrovia Norte-Sul, em contratos de informática no Ministério do Planejamento e até na extração de diamantes em reserva indígena⁴⁹⁴.

Ao quinto ano da operação, em março de 2019, 155 pessoas já haviam sido condenadas⁴⁹⁵, dentre elas, novamente, figuras de destaque, como dirigentes de partidos políticos, administradores de grandes empresas privadas, diretores de entidades públicas e pessoas que ocuparam cargos como os de governador, deputado, senador e até um ex-presidente da República, que cumpriu pena por quase dois anos, sendo solto após o Supremo Tribunal Federal revisar sua jurisprudência, para impedir a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação⁴⁹⁶ e definir, posteriormente, que os processos em questão eram nulos, face à parcialidade do julgador⁴⁹⁷.

Além das condenações, é expressivo o valor já restituído aos cofres públicos: R\$ 5,3 bilhões somente à Petrobrás, decorrentes de recursos recuperados por meio de acordos de colaboração, leniência e repatriações⁴⁹⁸.

⁴⁹² BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 24/07/2020.

⁴⁹³ SILVA, Marcelo Rodrigues da. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, 2017, p. 288-290.

⁴⁹⁴ BRASIL. Polícia Federal. **Operação Lava Jato**. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/desdobramentos-da-operacao-lava-jato>. Acesso em: 24/07/2020.

⁴⁹⁵ COSTA, Gilberto. Lava Jato completa cinco anos com 155 pessoas condenadas. **Agência Brasil**, edição online, 16/03/2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-03/lava-jato-completa-cinco-anos-com-155-pessoas-condenadas>. Acesso em: 24/07/2020.

⁴⁹⁶ O novo entendimento foi fixado nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43, 44 e 54, em julgamento ocorrido em 07/11/2019.

⁴⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 164493**, Relator EDSON FACHIN, Relator p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/03/2021.

⁴⁹⁸ FOLHA DE SÃO PAULO. Mercado. **Petrobras recebe R\$ 360 milhões por primeira parcela de acordo de leniência da Samsung**. Edição online, 01/03/2021. Disponível em: <https://aovivo.folha.uol.com.br/mercado/2021/02/01/5955-acompanhe-ao-vivo-o-mercado-financieiro-bolsas-pelo-mundo-dolar-indicadores-e->

A denotar a seriedade do quadro, percebida em nível global, as investigações resultaram, somente em 2014, em 606 pedidos de colaboração realizados por 40 países ao Brasil, além de 447 outras dirigidas pelo Brasil a outras 61 nações, do que resultou o bloqueio de R\$ 3,2 bilhões apenas na Suíça⁴⁹⁹.

O quadro desvelado na Lava Jato é bem sintetizado por PINOTTI⁵⁰⁰:

os fatos eficientemente desvendados pela operação Lava Jato nos últimos cinco anos nos levam à conclusão de que estamos diante de um quadro de grande corrupção, que se tornou sistêmica e institucionalizada, passando a ser a “regra do jogo” nas interações de governos, políticos e empresários. Do que já veio à tona, e que está longe de ser a totalidade da corrupção existente, sabemos que ocorreram desvios de somas bilionárias dos cofres do governo e de empresas públicas, através de formação de cartéis, favorecimento de empresas no processo legislativo e várias outras agressões ao funcionamento do estado democrático de direito e ao livre funcionamento dos mercados.

Como sintetiza, SCHWARCZ, “A verdade é que, de tão enraizada, a corrupção criara uma ‘máquina de governar’, que se concretizava em todos os níveis da gestão pública — federal, estadual e municipal”⁵⁰¹.

Desdobramento desta investigação, a Lava Jato Fluminense desnudou um esquema que mais se caracterizava como “uma política de Estado”, em que o enriquecimento dos agentes públicos se dava como resultado de um *modus operandi* administrativo em que a propina era requisito para negociações públicas. Como consequência, “nos últimos anos os fluminenses viram um ex-governador, um governador, o presidente da Assembleia Legislativa, dez deputados, um ex-procurador-geral e cinco dos sete conselheiros do Tribunal de Contas serem levados para a cadeia”⁵⁰².

empresas.shtml#post407053?utm_source=mail&utm_medium=social&utm_campaign=compmail.
Acesso em: 06/04/2021.

⁴⁹⁹ CESTARI, Virgínia; NETO, Affonso Ghizzo. **Os olhos do mundo sobre o Brasil: os visíveis retrocessos na luta contra a corrupção**. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/os-olhos-do-mundo-sobre-o-brasil-os-visiveis-retrocessos-na-luta-contr-a-corrupcao/?utm_source=estadao:twitter&utm_medium=link. Acesso em: 08/05/2021.

⁵⁰⁰ MARIA CRISTINA PINOTTI. **Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas**. Portfolio-Penguin. Edição do Kindle, p. 352.

⁵⁰¹ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle, p. 128.

⁵⁰² SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle, p.131.

Embora tais episódios tenham abalado a crença de que a Justiça só alcança os seguimentos menos favorecidos da sociedade⁵⁰³, ainda é difícil avaliar se esses grandes casos serão um divisor de águas na corrupção brasileira. A percepção medida pela *Transparência Internacional* sugere grande desconfiança e este respeito.

Nota-se um quadro usual nas democracias latino-americanas: “*el ejecutivo se esmera por eliminar o tornar ineficaces a todo tipo de agencias de AH*” [accountability horizontal], o que constituiu um grave defeito destas democracias⁵⁰⁴.

Outro estudo indica uma série de eventos que podem representar riscos ao enfrentamento da corrupção no Brasil, como decisões do STF e do Tribunal de Contas da União (TCU) que colocaram em xeque investigações da Receita Federal sobre pessoas politicamente expostas, seguida por proposta legislativa, até o momento sem sucesso, de limitar a capacidade investigativa dos auditores fiscais⁵⁰⁵.

Ainda, são destacados como sinais de alerta a paralisação por vários meses das atividades do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)⁵⁰⁶, em face de decisão liminar proferida pelo STF; e o bloqueio, por falta de quórum, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que a partir de julho de 2019, foi esvaziado e permaneceu incapaz de desempenhar seu papel legal, pois, composto de sete integrantes, remanesceu com apenas três membros em exercício, o que tornou impossível conduzir seus procedimentos. Neste último caso, a *Transparência Internacional* vê indícios de interferência política no órgão, relacionada à possível negociação do governo junto a Senadores, tendo como objetivo a nomeação de um

⁵⁰³ “No que diz respeito à percepção sobre a justiça e a punição, nossa história é marcada pela visão popular segundo a qual a justiça criminal no país só alcança os pobres, as prostitutas e os pretos”. SADEK, Maria Tereza Aina. Combate à corrupção: novos tempos. **Revista da CGU**, n. 20, ago.-dez./2019, p. 1277.

⁵⁰⁴ O'DONNELL, Guillermo. Accountability Horizontal. La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política. **Revista ISONOMÍA**, No. 14, Abril/2001, p. 9.

⁵⁰⁵ FRANCE, Guilherme. **BRAZIL: SETBACKS IN THE LEGAL AND INSTITUTIONAL ANTICORRUPTION FRAMEWORKS**. Transparency International, 2019, p. 5.

⁵⁰⁶ Em 2021, o orçamento do COAF foi sensivelmente cortado, impedindo, dentre outras coisas, a atualização do software *Siscoaf* (Sistema de Controle de Atividades Financeiras), usado “para receber informações suspeitas do sistema financeiro, analisar dados e produzir relatórios de inteligência para órgãos como Polícia Federal, Receita Federal e Ministério Público” (PUPO, Fábio. Bolsonaro corta verba do Coaf destinada a modernização de sistema contra corrupção. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 09/05/2021, edição online. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/05/bolsonaro-corta-verba-do-coaf-destinada-a-modernizacao-de-sistema-contra-corrupcao.shtml?pwgt=ldsoxxc696xynjctr949anla12sawb7o1vz3hfvzpgvz1c02&origin=folha>. Acesso em: 10/05/2021), com evidente prejuízo à efetividade das investigações a cargo do órgão, muitas das quais relacionadas à corrupção.

dos filhos do Presidente da República para ocupar a Embaixada Brasileira nos Estados Unidos⁵⁰⁷.

Já a *Lava Jato*, maior operação anticorrupção do Brasil, sofreu intensos ataques, dirigidos sobretudo à força-tarefa do MPF em Curitiba, sob alegação de partidarização e seletividade das investigações.

Um dos atos mais duros partiu da própria Procuradoria-Geral da República (PGR), órgão de cúpula do Ministério Público da União, que detém ascendência administrativa sobre o funcionamento das unidades inferiores do MPF, dentre as quais as Procuradorias da República nos estados da federação, embora não tenha poder de influir na condução dos trabalhos dos Procuradores, porquanto gozam de independência funcional.

Ocorre que o Procurador-Geral da República Augusto Aras, escolhido para o cargo sem observância da lista tríplice elaborada pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) e reverenciada pelos Presidentes da República desde 2003⁵⁰⁸, fez fortes acusações à força-tarefa, como ser a unidade de Curitiba “uma caixa de segredos”, ter chegado a “hora de corrigir os rumos para que o lavajatismo não perdue”, além de afirmar, em referência à operação, que seria momento de pôr fim ao “punitivismo” do Ministério Público⁵⁰⁹.

Estas declarações geraram intensas reações. O ex-juiz federal Sérgio Moro, figura central da operação *Lava Jato*, afirmou que a operação foi construída coletivamente, em várias instâncias do Judiciário, inclusive no STF⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ “Starting in July 2019, however, the CADE has been emptied and remained unable to fulfil its legal role. Composed of seven seats, the Council had only three active Commissioners, making it impossible for it to conduct proceedings”. FRANCE, Guilherme. **BRAZIL: SETBACKS IN THE LEGAL AND INSTITUTIONAL ANTICORRUPTION FRAMEWORKS**. Transparency International, 2019, p. 6-7.

⁵⁰⁸ EL PAIS. **Augusto Aras, um conservador sob medida para a PGR de Bolsonaro**: Pela primeira vez desde o Governo FHC, presidente ignora lista tríplice da categoria. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/05/politica/1567710901_813050.html. Acesso em: 31/07/2020.

⁵⁰⁹ TEÓFILO, Sarah; SOUZA, Renato. Falas de PGR, procuradores e políticos expõem guerra em torno da Lava-Jato. **Correio Braziliense**, edição online, 30/07/2020. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/07/30/interna_politica,876638/falas-de-pgr-procuradores-e-politicos-expoem-guerra-em-torno-da-lava.shtml. Acesso em: 31/07/2020.

⁵¹⁰ SADI, Andréia. Moro sobre Aras: 'Lava Jato foi construída em todas as instâncias, inclusive no STF'. **G1 - Política**, 29/07/2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/andrea-sadi/post/2020/07/29/moro-sobre-aras-lava-jato-foi-construida-em-todas-as-instancias-inclusive-no-stf.ghtml>. Acesso em: 31/07/2020.

Em outro movimento, a Associação Paranaense dos Juizes Federais (APAJUFE) pontuou que “A Lava Jato foi a maior operação anticorrupção que o Brasil já teve, desmantelou inúmeros esquemas criminosos de desvios de recursos públicos e, pela primeira vez na história do país, empresários e políticos de alto escalão foram presos”. Em resposta às declarações de Aras, questionou se “Seriam esses os rumos a serem corrigidos?”⁵¹¹

A gestão de Aras, marcada pelo enfraquecimento de forças-tarefa especializadas em enfrentamento da corrupção, coincide com o arrefecimento das operações de enfrentamento à corrupção, o que se associa a um contexto político mais amplo, de condescendência excessiva para com o Presidente da República⁵¹² e alinhamento a setores do Congresso⁵¹³. Sua atuação, inclusive, é alvo de duras críticas por parte de Ministros do STF⁵¹⁴.

Marco simbólico da desconstrução da operação foi a soltura do ex-presidente Lula, por força de julgamento do STF que reconheceu a parcialidade do ex-juiz Moro na condução do processo em que o político fora condenado, em reversão de outra

⁵¹¹ AMORIM, Diego. A Lava Jato foi a maior operação anticorrupção que o Brasil já teve. **O ANTAGONISTA**, edição 29/07/2020. Disponível em: <https://www.oantagonista.com/brasil/a-lava-jato-foi-a-maior-operacao-anticorrupcao-que-o-brasil-ja-teve-dizem-juizes-do-parana/>. Acesso em: 31/07/2020.

⁵¹² “O período foi marcado pelo retrocesso nos Três Poderes. Em grande parte, deve-se a impunidade no desgoverno do presidente Jair Bolsonaro à omissão do procurador-geral da República, Augusto Aras. O PGR foi tolerante diante do discurso do ódio e do descaso, verdadeiro desprezo do Presidente -e de alguns ministros- com os milhares de mortos vítimas da pandemia. O fiscal da lei procrastinou processos, reforçou o descrédito no Judiciário, enfraqueceu o Ministério Público. Parlamentares suspeitos e condenados, favorecidos por chicanas, assumiram o papel de acusadores”. VASCONSELOS, Frederico. Doze meses de omissões e impunidade. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 03 de nov. de 2021. Disponível em: <https://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2021/11/03/doze-meses-de-omissoes-e-impunidade/>. Acesso em: 03/11/2021.

⁵¹³ Como afirma o cientista político Luciano da Ros: “A PGR se alinhou também com boa parte das figuras do Congresso. A sabatina de Augusto Aras [em agosto] foi coberta de elogios dos senadores porque ele ajudou a colocar a tampa no caixão da Lava Jato. O sistema político demoliu inclusive as condições originadoras da Lava Jato. Mesmo que mude o governo, venha o Moro, desfaça, o arcabouço legislativo não existe mais”. BÄTCHOLD, Felipe. Enfrentamento do STF ao bolsonarismo esvaziou Lava Jato, diz cientista político. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 08 de nov. de 2021. Entrevista com o cientista político LUCIANO DA ROS. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/11/enfrentamento-do-stf-ao-bolsonarismo-esvaziou-lava-jato-diz-cientista-politico.shtml>. Acesso em: 08/11/2021.

⁵¹⁴ TEIXEIRA, Matheus. Aras acumula desgaste no STF e vira alvo de críticas públicas de ministros. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 03 de nov. de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/11/aras-acumula-desgaste-no-stf-e-vira-alvo-de-criticas-publicas-de-ministros.shtml>. Acesso em: 03/11/2021.

decisão da própria Corte, que já havia refutado a alegação de suspeição do então magistrado⁵¹⁵.

Na mesma esteira, decisão da Corte constitucional que anulou julgamentos da operação, sob fundamento de que a competência seria da Justiça Eleitoral, também representaram revés significativo. Como pontuam MARQUES e BÄCHTOLD, “processos da Lava Jato relacionados à Justiça Eleitoral passaram a ser anulados em série pelos tribunais, com base no entendimento que venceu por 6 a 5 entre os ministros do Supremo”⁵¹⁶.

Dentre as condenações anuladas, estão as impostas a figuras importantes da cena política nacional, como Eduardo Cunha, ex-Presidente da Câmara dos Deputados, e Antônio Palocci, que ocupou diversos ministérios e era personagem forte dos governos dos ex-Presidentes Lula e Dilma.

Como afirma o cientista político Luciano da Ros, o ambiente que se formou neste contexto vem influenciando o desenrolar de outras investigações anticorrupção, dando sinais de um retrocesso de longo prazo no controle de atos lesivos ao Estado e à sociedade⁵¹⁷.

⁵¹⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **2ª Turma reconhece parcialidade de ex-juiz Sérgio Moro na condenação de Lula no caso Triplex.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462854&ori=1>. Acesso em: 30/11/2021.

⁵¹⁶ “O julgamento que referendou a Justiça Eleitoral como responsável por ações criminais que incluem caixa dois e os questionamentos sobre a competência territorial de juízes da Lava Jato coincidiu com o período de decadência da operação. O apoio dos tribunais era considerado um dos pilares que sustentaram as investigações da Lava Jato, além das forças-tarefas, da ampla divulgação e do instituto da delação premiada. Quase todos esses pilares foram derrubados. As forças-tarefas foram encerradas sob a gestão Augusto Aras no Ministério Público Federal. Já a Polícia Federal passa por acusações internas de interferência política após a eleição de Jair Bolsonaro (PL) à Presidência”. MARQUES, José; BÄCHTOLD, Felipe. Derrocada de pilares da Lava Jato contribuiu para anulação 'a conta-gotas' de processos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 10 de dez. de 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/12/derrocada-de-pilares-da-lava-jato-contribuiu-para-anulacao-a-conta-gotas-de-processos.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa. Acesso em: 10/12/2021.

⁵¹⁷ “Isso também não vai afetar outras investigações, além da Lava Jato, com a alegação de politização? Seguramente. Mas essas operações estão pela hora da morte. Com todas as mudanças legislativas e jurisprudenciais dos últimos anos, o cenário não só é negativo para a viabilidade dessas operações, como, sobretudo, é incerto. Muita jurisprudência mudou. Um dos principais incentivos para a Lava Jato funcionar tão ferozmente e ter acordos de colaboração premiada era o fato de que havia prisão em segunda instância. O Supremo acabou também com isso em 2019. As investigações principais sobre corrupção neste momento não operam mais sob o modo da Lava Jato. Estamos de certa forma vendo um retorno à CPI como instância de moralização e um “papel renovado” da imprensa. Isso nos diz sobre a incapacidade dos órgãos outrora poderosos do sistema de Justiça criminal. É a prova de que os órgãos foram enfraquecidos”. BÄTCHOLD, Felipe. Enfrentamento do STF ao

Possíveis retrocessos no enfrentamento à corrupção são apontados também no plano legislativo. Neste campo são destacadas negativamente a aprovação da Lei do Abuso de Autoridade, que abala a independência de juízes e procuradores; a Lei regente das eleições municipais de 2020, que reduziu ainda mais os requisitos de transparência e prestação de contas por partidos políticos, multiplicando as brechas para financiamento ilegal de campanhas políticas; e o pacote anticorrupção, cujo texto aprovado foi tímido em progressos, sendo improvável que possa ter um impacto positivo nos esforços anticorrupção do Brasil⁵¹⁸.

Do Legislativo também se pode inferir esteja em curso um movimento reativo, contra determinados avanços feitos nos últimos anos, um movimento de contraposição àquilo que se convencionou chamar de ‘criminalização da política’⁵¹⁹.

Noutra frente, o Ministro Edson Fachin, do STF, expressou fortes preocupações com o recrudescimento da corrupção no cenário nacional, após a euforia gerada pelos avanços recentes, esvaziada pelas medidas contrárias aos avanços anticorrupção acima versadas; e pontuou que a própria democracia está em vias de ser comprometida pela corrupção intraestatal, submetendo o país a um “processo desconstituente”⁵²⁰.

Esta preocupação vem reforçada com outro episódio recente, apelidado de ‘mensalão de Bolsonaro’, pretenso sistema de captação de apoio político via

bolsonarismo esvaziou Lava Jato, diz cientista político. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 08 de nov. de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/11/enfrentamento-do-stf-ao-bolsonarismo-esvaziou-lava-jato-diz-cientista-politico.shtml>. Acesso em: 08/11/2021.

⁵¹⁸ FRANCE, Guilherme. **BRAZIL: SETBACKS IN THE LEGAL AND INSTITUTIONAL ANTICORRUPTION FRAMEWORKS**. Transparency International, 2019.

⁵¹⁹ “O saldo, neste momento, infelizmente parece ser negativo. Parte do motivo para isso é que talvez a Lava Jato tenha se movido com velocidade demais, com ambição demais, em um espaço muito curto de tempo, implementando [ferramentas de] leis recém-promulgadas. Isso gerou uma reação ampla, suprapartidária, do sistema político, não somente contra a Lava Jato, mas contra boa parte das condições que permitiram que ela acontecesse. Talvez tenha conseguido mostrar o tamanho da corrupção, punir uma ou outra autoridade política, um ou outro empresário, para ver, em questão de pouco tempo, boa parte do seu trabalho revisto, anulado, por decisões de outros tribunais. Estamos em uma situação pior em 2021 do que estávamos em 2014 no combate à corrupção no Brasil”. BÄTCHOLD, Felipe. Enfrentamento do STF ao bolsonarismo esvaziou Lava Jato, diz cientista político. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 08 de nov. de 2021. Entrevista com o cientista político LUCIANO DA ROS. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/11/enfrentamento-do-stf-ao-bolsonarismo-esvaziou-lava-jato-diz-cientista-politico.shtml>. Acesso em: 08/11/2021.

⁵²⁰ TEIXEIRA, Matheus. Doença infantil do lavajatismo pode acabar, mas não a Lava Jato, diz Fachin. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 09 de fev. de 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/doenca-infantil-do-lavajatismo-pode-estar-prestes-a-acabar-mas-nao-a-lava-jato-diz-fachin.shtml?utm_source=mail&utm_medium=social&utm_campaign=compmail. Acesso em: 10/02/2021

destinação de recursos orçamentários por meio de emendas parlamentares⁵²¹. O expediente, que teria envolvido R\$ 16 bilhões, tem falhas graves de transparência e critérios na aplicação dos recursos⁵²².

Inclusive, tal distribuição de recursos públicos pode estar ligada a práticas clientelistas, não republicanas e que perpetuam o voto de cabresto sob nova roupagem, em que se submete a liberdade de voto à satisfação do direito fundamental de acesso à água⁵²³, privilegiando correligionários de figuras poderosas, em detrimento de opositores políticos e das populações por estes governadas⁵²⁴.

Até a escolha de novos Ministros do Tribunal de Contas da União poderia ter sido influenciada pela distribuição de emendas parlamentares⁵²⁵, o que, se comprovado, seria extremamente danoso, pois, além de desvirtuar a aplicação de valores orçamentários, comprometeria a lisura do processo de escolha para cargos sensíveis para o controle da Administração e a própria independência e imparcialidade dos escolhidos.

O STF suspendeu a execução destes gastos e ordenou que a União adotasse providências para maior transparência, consignando que “o segredo injustificado

⁵²¹ As emendas individuais ao orçamento, que já renderam episódios como o dos “anões do orçamento” e da “máfia dos sanguessugas”, constituem expedientes opacos e que trazem ineficiência na execução do gasto público. Interesses paroquiais e clientelistas se colocam na frente do interesse público, que deveria se definir pelo corpo geral do Congresso Nacional. São, assim, mais uma “franja do sistema que possibilita a prática do patrimonialismo” (SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle, p.90).

⁵²² BENITES, Afonso. Disputa pelo teto de gastos expõe o ‘mensalão’ de Bolsonaro. **EL PAÍS**, Brasília, 09 de nov. de 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-11-09/disputa-pelo-teto-de-gastos-e/>. Acesso em: 09/11/2021.

⁵²³ FERREIRA, Flávio; VARGAS, Mateus. Emendas de líder do governo Bolsonaro viram moeda de troca política. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 05 de dez. de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/12/emendas-de-lider-do-governo-bolsonaro-viram-moeda-de-troca-politica.shtml>. Acesso em: 05/12/2021.

⁵²⁴ PITOMBO, João Pedro. VARGAS, Mateus. Primo de Lira irriga redutos com verbas e faz da Codevasf ‘governo paralelo’ em Alagoas. **Folha de São Paulo**, edição online, 12/12/2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/12/primo-de-lira-irriga-redutos-com-verbos-e-faz-da-codevasf-governo-paralelo-em-alagoas.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa. Acesso em: 12/12/2021.

⁵²⁵ MACHADO, Renato; CHALIB, Julia. Corrida por vaga no TCU tem acusações de golpe baixo, traição e oferta de emendas. **Folha de São Paulo**, edição online, 13/12/2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/12/corrida-por-vaga-no-tcu-tem-acusacoes-de-golpe-baixo-traicao-e-oferta-de-emendas.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa&origin=folha. Acesso em: 13/12/2021.

sobre atos relativos a receitas, despesas e destinação de recursos públicos são incompatíveis com a forma republicana e o regime democrático”⁵²⁶.

Em reação à ordem da Corte Suprema, o Congresso Nacional não apenas afirmou não ter meios para cumprir a decisão, como alinhou ato legislativo para dar guarida ao procedimento invalidado pelo Judiciário⁵²⁷.

O ano de 2023, que marcou o início de nova gestão no governo federal, também mantém as fontes de preocupações. A CGU pode estar diminuindo o foco no combate a corrupção, tema que estaria sendo colocado em segundo plano, conforme mudanças na estrutura orgânica do órgão e relatos colhidos junto a seus servidores⁵²⁸.

Pode-se acreditar que todos esses eventos não passem de retrocessos pontuais, os quais, afinal, são parte do processo evolutivo, que não se faz linearmente⁵²⁹.

No caso da corrupção, é natural que a grupos postos em evidência por escândalos busquem reagir para frear o avanço da luta anticorrupção, inclusive com medidas legislativas que obstaculizem investigações, responsabilizações e coloquem os agentes e órgãos de controle sob risco de penalização por exercer o próprio ofício.

⁵²⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF mantém decisão que suspendeu execução de emendas do relator.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=476385&ori=1>. Acesso em: 01/12/2021.

⁵²⁷ MACHADO, Renato *et al.* Congresso diz ao STF que não consegue cumprir decisão das emendas de relator. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 de nov. de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/11/congresso-dribla-stf-e-esconde-beneficiados-por-verba-de-negociacao-politica.shtml>. Acesso em: 25/11/2021.

⁵²⁸ MARQUES, José; GABRIEL, João. CGU de Lula dilui setor de combate à corrupção e diz priorizar prevenção. **Folha de São Paulo**, edição online, 21/03/2023. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/03/cgu-de-lula-dilui-setor-de-combate-a-corrupcao-e-diz-priorizar-prevencao.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa. Acesso em: 23/03/2023.

⁵²⁹ Muito embora haja quem os insira em contexto de ‘des-democratização’ vivenciado por algumas nações, dentre as quais o Brasil é citado. Sob esta ótica, líderes antidemocráticos e populistas põem a democracia em xeque, com reflexos sensíveis na seara anticorrupção, cuja agenda é apropriada para sustentação de poder e para calar adversários. Nesta linha, AMUNDSEN e JACKSON defendem que: “*when an illiberal leader targets the judiciary, law enforcement, and oversight/regulation agencies, buying friends within the state administration can be an efficient tool. The dismissal of ‘unruly’ or ‘problematic’ heads of these institutions and the nomination of more servile cronies, friends, and family to occupy those posts is a very common practice. The leader can usually accomplish this without overstepping his constitutional powers. Typically this involves politicizing and wing-clipping the supreme court, oversight and control bodies like the auditor general and the tax authority, the anti-corruption and human rights commissions, the attorney general and prosecutors’ office, inspectors, ombuds offices, and so forth. This will not only reduce democratic controls, but can also secure impunity for the perpetrators*”. AMUNDSEN, Inge; JACKSON, David. **Rethinking anti-corruption in de-democratising regimes.** U4 Issue 2021:5, p. 12. Disponível em: <https://www.u4.no/publications/rethinking-anti-corruption-in-de-democratising-regimes>. Acesso em: 11/05/2021.

É provável, contudo, que o país esteja passando por um processo de manutenção de *status quo* patrimonialista, dentro de contexto denominado por PRADO como *corruption by design*⁵³⁰, que consiste na promoção de medidas que perpetuam a corrupção, embora talhadas com roupagem que sugira justamente o contrário.

Segundo o cientista político Marcos André Melo, “as evidências de que os líderes dos principais partidos brasileiros (PT, PSDB e PMDB) buscaram ativamente inviabilizar ações de controle são cristalinas”⁵³¹. Nos dizeres de um então proeminente político, diante do crescimento de ações eficazes anticorrupção, seria necessário “estancar essa sangria”⁵³².

Com efeito, é necessário reduzir o controle para manter a “ação coletiva da corrupção: o incentivo à prática de atos ilícitos quando se assume que todos os demais atores do jogo também o farão”⁵³³.

Para esta finalidade, mais que atingir instituições, é necessário também precarizar seus instrumentos de trabalho, seja seu orçamento, força de trabalho e até mesmo a legislação que dá poderes investigativos e punitivos às instâncias de controle.

Amostra eloquente vem da Lei 14.230, publicada em 25/10/2021, que alterou drasticamente a Lei de Improbidade Administrativa, tirando grande parte de seu poder punitivo e dissuasório. Este tema será explorado no capítulo seguinte, mas, por ora,

⁵³⁰ “*Corruption by design refers to institutional arrangements that perpetuate corruption instead of clear offices (Manion, 2004). In the economic literature, the concept is employed in reference to loopholes created to favor entrenched interests. Williamson mentions the idea of “inefficiency by design” to account for practices introduced in the public and private sectors that, although unproductive, are sustained due to the gains offered to some groups. According to the author, “inefficiencies that arise by design may not be inefficiencies at all” (Williamson, 1996, p. 199-200)*”. PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. **Corruption by design” and the management of infrastructure in Brazil**: Reflections on the Programa de Aceleração ao Crescimento – PAC. London School of Economics and Political Science, Dissertation submitted in partial fulfilment of the requirements of the degree, 201, p. 11.

⁵³¹ MELO, Marcos André. Corrupção sistêmica. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 29 de maio de 2017. Disponível em: <http://tools.folha.com.br/print?site=emcimahora&url=http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2017/05/1887989-corrupcao-sistemica.shtml>. Acesso em: 01/12/2021.

⁵³² BRETAS, Valéria. Em áudio, Jucá sugere pacto para barrar Lava Jato. **Revista exame**, Edição online, 23/05/2016. Disponível em: <https://exame.com/brasil/em-audio-juca-fala-sobre-pacto-para-barrar-lava-jato/>. Acesso em: 01/12/2021.

⁵³³ MELO, Marcos André. Ministérios e corrupção na Alemanha e no Brasil. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 de nov. de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/marcus-melo/2021/11/ministerios-e-corrupcao-na-alemanha-e-no-brasil.shtml>. Acesso em: 01/12/2021.

forçoso dizer, com empréstimo das palavras do Ministro Herman Benjamin, que a nova lei cria um “buraco negro no combate à corrupção”:

Para os servidores públicos, para os corruptos, para as empresas, a lei foi enfraquecida, com vários mecanismos de blindagem. Já no caso dos partidos, haverá um vácuo, que deixa ilicitudes gravíssimas sem punição, exceto a penal. (...) São dezenas de dispositivos que favorecem, com nome e sobrenome, as grandes empresas, conglomerados econômicos⁵³⁴.

Longe de episódio isolado, esta mudança parece se inserir em contexto maior, de desinstitucionalização, ou “pacote pró-corrupção” que cria “regras de descontrole e do favorecimento da informalidade patrimonialista”, que seria composto:

por lista exemplificativa: a reforma administrativa (PEC 32); a reforma do Ministério Público (PEC 5); a reforma eleitoral, que limita transparência e prestação de contas; leis ambientais que extinguem licenciamento, encorajam crime organizado e a grilagem; regras da nova lei de improbidade; PEC dos precatórios; Auxílio Brasil. Entre outras⁵³⁵.

Embora evidências sugiram que a corrupção não está diminuindo, pelo menos já se pode ter uma melhor dimensão de sua amplitude.

Dentre todos os episódios de corrupção acima mencionados, a *Lava Jato*, que não é a única ação anticorrupção em curso no país e que realmente não transformou o Brasil país menos corrupto; foi a que mais contribuiu para dimensionar a escala dos danos gerados pela corrupção. É possível notar, primeiramente, que houve um incremento expressivo nas cifras mobilizadas nas últimas décadas:

Nesse sentido, é suficiente olharmos para o que mostra o levantamento feito pelo economista e especialista em políticas públicas Bruno Carazza, por exemplo: no “esquema P. C. Farias” de financiamento de partidos e políticos, no início dos anos 1990, do qual participavam empreiteiras hoje no centro da Lava Jato, a Odebrecht aparecia como principal contribuinte, tendo participado com 3,2 milhões de dólares. Entre 2006 e 2014, a mesma Odebrecht, através do seu “departamento de operações estruturadas” — ou departamento de subornos —, admitiu haver movimentado 3,4 bilhões de dólares⁵³⁶.

Uma outra empreiteira participante do grupo que atuava na Petrobrás, celebrou com a Controladoria-Geral da União (CGU) acordo de leniência em que reconheceu e se comprometeu a devolver o valor de R\$ 720,14 milhões pagos a título de

⁵³⁴ BÄTCHOLD, Felipe. Nova lei de improbidade cria 'bônus-corrupção' e pode gerar caos na Justiça, diz ministro do STJ. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 29 de out. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/10/nova-lei-de-improbidade-cria-bonus-corrupcao-e-pode-gerar-caos-na-justica-diz-ministro-do-stj.shtml>. Acesso em: 29/10/2021.

⁵³⁵ MENDES, Conrado Hübner. Pacote pró-corrupção: reduzir institucionalidade para expandir o arrego. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 03 de nov. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2021/11/pacote-pro-corrupcao-reduzir-institucionalidade-para-expandir-o-arreglo.shtml>. Acesso em: 03/11/2021.

⁵³⁶ MARIA CRISTINA PINOTTI. **Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas**. Portfolio-Penguin. Edição do Kindle, p. 753.

propinas⁵³⁷, além de R\$ 800,37 milhões que correspondem a enriquecimento ilícito obtido em razão de influência em contratos fraudulentos⁵³⁸.

Impressiona, no tema dos acordos de leniência, o montante a que 9 empresas envolvidas na *Lava Jato* se comprometeram a entregar à CGU, a título de multas, reparação de danos causados e devolução dos proveitos ilícitos obtidos: R\$ 12,28 bilhões⁵³⁹.

Em adição, o Ministério Público Federal calcula que, nos 116 processos penais e 10 ações por improbidade administrativas propostos na Justiça Federal no Paraná, os recursos desviados de órgãos públicos na *Lava Jato* representam R\$ 4 bilhões⁵⁴⁰.

Aliás, no que tange à Petrobrás, entre 2012 e 2015, além de toda a perda patrimonial decorrente da corrupção, houve uma queda de 10% em seus índices de rentabilidade, que representam o retorno financeiro sobre o investimento realizado, além de piora na saúde financeira geral da empresa, com reconhecimento de fortes prejuízos decorrentes da corrupção⁵⁴¹. Só em 2014, o prejuízo da empresa R\$ 21,6 bilhões⁵⁴².

O que já se apurou na *Lava Jato* também desvendou os efeitos sistêmicos dos ilícitos no mercado. Levantamento feito por ARAÚJO, RODRIGUES, CORREIA e MONTE-MOR indica que o valor de mercado das empresas diretamente envolvidas com os escândalos sofreu variação negativa acima das que ocorreram no setor. De outro lado, as empresas do mesmo ramo que não se envolveram no esquema, tiveram

⁵³⁷ Pesquisa realizada em 2013 (EY Global Fraud Report 2013) demonstrou que, no Brasil, 18% dos pesquisados concordou que pagar propina para vencer contratos é uma prática comum, contra uma média global de 12% (CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. **Diagnosing the disease: Mapping corruption and its institutional determinants in Brazil**. International Research Initiative on Brazil and Africa (IRIBA), Working Paper 8, p. 12. Disponível em: http://www.brazil4africa.org/wp-content/uploads/publications/working_papers/IRIBA_WP08_Mapping_Corruption_and_its_Institutional_Derminants_in_Brazil.pdf. Acesso em: 10/05/2021), o que dá sinais da disseminação da corrupção nas práticas negociais no país.

⁵³⁸ BRASIL, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão Nº 1689/2020. Julgado em 01/07/2020.

⁵³⁹ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>. Acesso em: 24/07/2020.

⁵⁴⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Acesso em: 24/07/2020.

⁵⁴¹ BASTOS, Emanuelle de Souza. ROSA, Maycon Peter da. Os Impactos da Operação Lava Jato e da Crise Internacional do Petróleo nos Retorno Anormais e Indicadores Contábeis da Petrobras 2012-2015. **Pensar Contábil**, v. 18, n. 67, p. 49-56, set./dez. 2016.

⁵⁴² ARAÚJO, Maria da Piedade; SOUZA, Adriana Ireno de. Uma análise econômica da corrupção no Brasil a partir de indicadores objetivos e subjetivos 1998-2013. **Revista Espacios**, v. 38, n. 09, 2017. Pág. 4.

retorno positivo anormal. Isto indica que “a corrupção tende a ser um obstáculo à concorrência, uma vez que proporciona favorecimento e oportunidades às empresas corruptoras”, indicando “um desequilíbrio competitivo do mercado, no qual empresas que se envolvem em esquemas de corrupção passam a ter vantagem competitiva em relação às demais empresas do mesmo segmento”⁵⁴³.

A corrupção é, assim, um ralo por onde escoam bilhões de reais que deveriam servir às finalidades sociais básicas. Não se pode dizer ao certo quanto se perde, mas não é pouco e faz falta para quem espera um leito no hospital e fica sem a merenda na escola.

Estudo elaborado pela Federação das Indústrias de São Paulo indicou que até 2,3% do PIB anual do Brasil é perdido para a corrupção, o que representa cerca de U\$ 43 bilhões por ano⁵⁴⁴. Em 2009, a Fundação Getúlio Vargas (FGV) estimou que de 1 a 4% do PIB se perde para a corrupção, cerca de R\$ 30 bilhões naquele ano. Já a Confederação Nacional da Indústria apontou em 2013 que a cada Real desviado corresponde um dano de R\$ 3 para a economia e para a sociedade⁵⁴⁵.

Estimativas apontam que nas compras de insumos para saúde pública é comum o pagamento de valores até 5 vezes maiores pelo Estado, em procedimentos evitados de vícios, sem contar a exposição da população a risco, pela aquisição de materiais de baixa qualidade ou realização de procedimentos desnecessários, como implantação de *stents* cardíacos ou próteses ortopédicas em pacientes que não demandavam tais intervenções, feitas apenas com intuito de lucro por parte dos agentes envolvidos⁵⁴⁶.

Mesmo em cenário de emergência em saúde pública, por conta da pandemia de COVID-19, em que os recursos estatais se fazem ainda mais essenciais para socorrer a população, a Controladoria-Geral da União identificou indícios de fraude e

⁵⁴³ ARAÚJO, Eduardo Carvalho Correa de; RODRIGUES, Vitor Rangel dos Santos; MONTE-MOR, Danilo Soares; COREEIA, Rogério Dias. CORRUPÇÃO E VALOR DE MERCADO: OS EFEITOS DA OPERAÇÃO LAVA JATO SOBRE O MERCADO DE AÇÕES NO BRASIL. *Revista Catarinense da Ciência Contábil*, v. 17, n. 51, p. 41-58, maio/ago. 2018.

⁵⁴⁴ GONÇALVES, Benedito. **A Lei 12.846/2013 e a tutela do Direito material coletivo da probidade na Administração pública.** In Estudos sobre Administração Pública e o combate à corrupção: desafios em torno da Lei 12.846/2013. Coordenação: Raúl Araújo, Edison Pereira Nobre Júnior, Bruno Leonardo Câmara Carrá. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 35.

⁵⁴⁵ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle, p. 133.

⁵⁴⁶ ROCHA, Lillian Rose Rocha. Corrupção: os efeitos deletérios sobre as políticas de saúde. *Universitas Jus*, v. 27. n. 3, 2017, p. 173-189.

outras irregularidades na ordem de R\$ 1,9 Bilhão, em um total de R\$ 6 Bilhões em contratos examinados⁵⁴⁷.

No que se refere à educação, também há provas de que o problema afeta a eficácia das políticas públicas nesta área essencial. Segundo estudo realizado por FERRAZ, FINAN e MOREIRA, “a existência de corrupção e o aumento de um desvio padrão na incidência de corrupção aumentam respectivamente 2,6% e 3,1% a taxa de abandono das escolas”, também estando associada à redução significativa da “habilidade cognitiva em português e matemática dos estudantes da 4ª série”⁵⁴⁸.

No que se refere à saúde e à educação, aliás, direitos fundamentais e cujo atendimento é essencial para o desenvolvimento do país são sistematicamente violados, são vítimas de 70% dos escândalos desvendados entre 2005 e 2018⁵⁴⁹.

Outra constatação importante é a de que o fenômeno tem nuances distintas no território nacional. Nos estados da federação, há bastante disparidade em sua, como mostra pesquisa feita por ARAÚJO e SOUZA⁵⁵⁰.

O estudo analisou, no período de 1889 a 2013, a corrupção nos estados com base na comparação da sua incidência em relação ao volume de recursos orçamentários executados, ao PIB da unidade federativa, população e por número de irregularidades constatadas pelo TCU. O resultado vem expresso na tabela a seguir:

⁵⁴⁷ Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/05/cgu-divulga-balanco-de-acompanhamento-das-aco-es-do-orgao-durante-pandemia>. Acesso em: 11/08/2020.

⁵⁴⁸ FERRAZ, Cláudio; FINAN, Frederico; MOREIRA, Diana Belo. **Corrupção, Má Gestão, e Desempenho Educacional: Evidências a partir da Fiscalização dos Municípios**. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj767P3webqAhUhGLkGHWRtCT4QFjAAegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.anpec.org.br%2Fencontro2008%2Fartigos%2F200807211421560-.pdf&usq=AOvVaw0eeDRVHwgeD74CKx5ahkA1>. Acesso em 16/07/2020.

⁵⁴⁹ UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO; TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – BRASIL; FGV DIREITO. **NOVAS MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO**. Disponível em: <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/tibr-downloads/pdf/sumario-novamedidas-bloco2.pdf>. Acesso em: 26/07/2021.

⁵⁵⁰ ARAÚJO, Maria da Piedade; SOUZA, Adriana Ireno de. Uma análise econômica da corrupção no Brasil a partir de indicadores objetivos e subjetivos 1998-2013. **Revista Espacios**, v. 38, n. 09, 2017. Pág. 4.

Ente da Federação	ICE	Ente da Federação	ICE	Ente da Federação	ICE
AC	0,051	MA	0,606	RJ	0,175
AL	0,055	MT	0,223	RN	0,099
AP	0,116	MS	0,030	RS	0,039
AM	0,117	MG	0,176	RO	0,114
BA	0,289	PA	0,215	RR	0,103
CE	0,116	PB	0,112	SC	0,017
DF	0,214	PR	0,088	SP	0,142
ES	0,031	PE	0,126	SE	0,060
GO	0,076	PI	0,144	TO	0,112

Figure 8 - elaborado por ARAÚJO, Maria da Piedade; SOUZA, Adriana Ireno de

Nota-se que na escala de 0 a 1, Maranhão, Bahia, Mato Grosso e Pará tem os índices mais elevados. Na outra ponta, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul, Espírito Santo e Rio Grande do Sul têm os menores índices de corrupção.

Além da disparidade entre estados, ao se comparar estes dados com o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)⁵⁵¹ medido pelo *Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento*⁵⁵², nota-se que os mais corruptos, salvo Mato Grosso (11º), estão entre os piores no ranking de desenvolvimento humano: Maranhão – 26º, Bahia, 22º e Pará, 24º. Os menos corruptos têm índices muito melhores no IDH, estando todos entre os 10 primeiros do ranking nacional: Santa Catarina – 3º, Mato Grosso do Sul – 10º, Espírito Santo – 7º e Rio Grande do Sul – 6º.

Embora não se possa fazer uma asserção absoluta, o que demandaria maiores pesquisas, o cotejo de ambos os resultados sugere relação direta entre corrupção e pior desenvolvimento humano nos estados do Brasil. Isto reforça a ideia de que ela drena recursos essenciais destinados a áreas fundamentais, com prejuízo à saúde, educação e desenvolvimento das populações afetadas.

Outro exame, baseado em tomadas de contas abertas pelo TCU e julgadas irregulares, indica como mais corruptos os estados de Bahia, São Paulo e Maranhão.

⁵⁵¹ “O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é uma medida composta de indicadores de saúde, educação e renda”. Disponível em: http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/o_atlas/perguntas_frequentes/#1. Acesso em: 25/07/2020.

⁵⁵² Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/ranking/>. Acesso em: 25/07/2020.

Na outra ponta, dos menos corruptos, despontam Acre, Rondônia e Santa Catarina⁵⁵³. Este estudo, conquanto reforce a impressão de que a corrupção tem intensidades distintas no plano nacional, parece não confirmar a relação corrupção x IDH.

Porém, como se baseia apenas em processos que foram abertos e que foram considerados efetivamente irregulares os atos dos gestores, pode estar enviesado por diferenças na eficiência dos órgãos de controle de cada estado, ou mesmo, como advertem os próprios pesquisadores, “pode estar afetado pela existência de comportamento oportunista entre auditores e burocratas locais”⁵⁵⁴.

No plano municipal, a situação é ainda pior. Levantamento feito pelo Programa de Fiscalização de Municípios da CGU em 2010, constatou problemas graves em 57 dos 60 municípios analisados. Por problemas graves, compreende-se “fraude, sobrepreço, sobrefaturamento, desvios (não execução do objeto), irregularidades graves no processo licitatório”⁵⁵⁵ (conluio e montagem de processo licitatório, contratação direta com evidências de direcionamento, beneficiamento).

Quando o exame foi ampliado para um rol de 923 municípios, constatou-se que “em 56,93% há uma tendência à alta corrupção, sendo os Estados do Maranhão, Bahia e Alagoas os que apresentaram o maior número de municípios tipificados nessa categoria (alta tendência à corrupção)”. Por outro lado, “os Estados de São Paulo, Paraná, Minas Gerais e Rio Grande do Sul foram os que apresentaram menores números de municípios classificados como de alta tendência à corrupção”⁵⁵⁶.

⁵⁵³ CARRARO, André; MACHADO, Isis Born; CARNEVER, Mário Duarte; BOLL, José Luis Serafini. Proposta para a estimação da corrupção regional no Brasil. **Política & Sociedade**, v. 14, n. 31, Set./Dez./2015, p. 332.

⁵⁵⁴ CARRARO, André; MACHADO, Isis Born; CARNEVER, Mário Duarte; BOLL, José Luis Serafini. Proposta para a estimação da corrupção regional no Brasil. **Política & Sociedade**, v. 14, n. 31, Set./Dez./2015, p. 335.

⁵⁵⁵ CAMPOS, Francisco de Assis Oliveira. **Avaliação da Tendência à Corrupção nos Municípios Brasileiros**. XVIII Prêmio Tesouro Nacional: concurso de monografias em finanças públicas. 2013, p. 14. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjBmYPtiOnqAhV_F7kGHehiCKsQFjAAegQIBhAB&url=http%3A%2F%2Fsisweb.tesouro.gov.br%2Fapex%2Fcosis_monografias.obtem_monografia%3Fp_id%3D471&usg=AOvVaw37nZQW939XiOZ6ZKtN93xK. Acesso em: 25/07/2020.

⁵⁵⁶ CAMPOS, Francisco de Assis Oliveira. **Avaliação da Tendência à Corrupção nos Municípios Brasileiros**. XVIII Prêmio Tesouro Nacional: concurso de monografias em finanças públicas. 2013, p. 22. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjBmYPtiOnqAhV_F7kGHehiCKsQFjAAegQIBhAB&url=http%3A%2F%2Fsisweb.tesouro.gov.br%2Fapex%2Fcosis_monografias.obtem_monografia%3Fp_id%3D471&usg=AOvVaw37nZQW939XiOZ6ZKtN93xK. Acesso em: 25/07/2020.

O estudo também sinaliza no sentido da impressão anteriormente declinada, quanto à relação entre corrupção e desenvolvimento, destacando que “as regiões menos desenvolvidas do país concentram um maior número de municípios classificados como de alta tendência à corrupção e os estados de maiores rendas detêm maior número de municípios de baixa tendência à corrupção”. Ainda, conclui que entre as causas da maior incidência do fenômeno estão o recebimento de muitas transferências de recursos federais, baixo controle social e IDH municipal baixo⁵⁵⁷.

Quanto às transferências orçamentárias, aliás, há indícios de que o financiamento municipal por emendas parlamentares é expediente que acaba por favorecer desvios de conduta⁵⁵⁸.

Com efeito, as transferências aumentam as oportunidades de negócios e a discricionariedade na alocação dessas verbas, geram maior pressão dos *rent-seekers*⁵⁵⁹ e favorecem a troca de favores (para receber o recurso, pode-se concordar em destinar uma parcela como comissão ou nomear alguém para algum cargo). Como resultado, “Municípios que recebem emendas apresentam cerca de 25% a mais de constatações de irregularidade do que aqueles que não recebem recursos desta maneira”⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ CAMPOS, Francisco de Assis Oliveira. **Avaliação da Tendência à Corrupção nos Municípios Brasileiros**. XVIII Prêmio Tesouro Nacional: concurso de monografias em finanças públicas. 2013, p. 31. Disponível em:

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjBmYPtiOnqAhV_F7kGHehiCKsQFjAAegQIBhAB&url=http%3A%2F%2Fsisweb.tesouro.gov.br%2Fapex%2Fcosis_monografias.obtem_monografia%3Fp_id%3D471&usq=AOvVaw37nZQW939XiOZ6ZKtN93xK. Acesso em: 25/07/2020.

⁵⁵⁸ Além de, no caso das emendas extraorçamentárias, ser muito difícil rastrear a aplicação do dinheiro e de controlar a efetividade do gasto público. Sobre o tema: O ESTADO DE SÃO PAULO. **Planalto libera R\$ 3 bi em obras a 285 parlamentares em meio a disputa no Congresso**. São Paulo, 08/05/2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,planalto-libera-r-3-bi-em-obras-a-285-parlamentares-em-meio-a-disputa-no-congresso,70003597254>. Acesso em: 09/05/2021.

⁵⁵⁹ “É possível que estas, sabendo da existência do repasse extraordinário de recursos, busquem cooptar a administração local para extrair renda ilícita. Por exemplo, uma das formas de pressão é o oferecimento de vantagens indevidas aos gestores locais para que determinada empresa vença a competição pelo fornecimento de determinado bem, ou para que o preço do serviço seja superfaturado”. ALVES, Maria Fernanda Colaço; SODRÉ, Antônio Carlos de Azevedo. **Relação entre Emendas Parlamentares e Corrupção Municipal no Brasil**: Estudo dos Relatórios do Programa de Fiscalização da Controladoria-Geral da União. RAC, Curitiba, v. 14, n. 3, art. 2, Mai./Jun., 2010, p. 421. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/rac>. Acesso em: 25/07/2020.

⁵⁶⁰ ALVES, Maria Fernanda Colaço; SODRÉ, Antônio Carlos de Azevedo. **Relação entre Emendas Parlamentares e Corrupção Municipal no Brasil**: Estudo dos Relatórios do Programa de Fiscalização da Controladoria-Geral da União. RAC, Curitiba, v. 14, n. 3, art. 2, Mai./Jun., 2010, p. 429. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/rac>. Acesso em: 25/07/2020.

Além disso, a boa administração nos municípios também é afetada pela baixa capacitação dos gestores, no que tange ao conhecimento das normas e procedimentos atinentes à gestão pública⁵⁶¹.

Uma boa notícia para o quadro visto nos municípios, contudo, pelo Programa de Fiscalização de Entes Federativos conduzido pela CGU. Exame dos Relatórios de Fiscalização por Sorteios Públicos da CGU, feitos entre 2004 e 2015, indica que os municípios fiscalizados pela CGU em mais de uma oportunidade reduziram a incidência de casos de desvios administrativos cumulados com benefício financeiro do agente (desperdício ativo), embora tenham aumentado os episódios de irregularidades sem enriquecimento indevido (desperdício passivo), decorrentes de falhas formais ou desvios não intencionais⁵⁶².

2.8 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Com base no relatado, pode-se afirmar que a corrupção é chaga antiga e enraizada no Brasil, embora o passado recente registre aumento dos esforços no seu enfrentamento, conquanto ainda claudicantes. Seus efeitos são extensos e nocivos, afetando áreas essenciais para o desenvolvimento do Estado, da sociedade e das pessoas. Assim, tem-se por provada a segunda hipótese levantada nesta tese.

O caminho para superar o problema é ainda incerto, mas pode-se afirmar que a profissionalização do serviço público, com formação dos servidores em temas como

⁵⁶¹ CAPOBINAGO, Ronan Pereira; MARTINS, Carlos Alexandre Moreira; SANTOS, Nálbia de Araújo; RODRIGUES, Daniele Silva; SEDIYAMA, Gislaine Aparecida Santana. **Programa de Fiscalização de Entes Federativos: Uma Comparação dos Resultados Entre os Municípios Fiscalizados Por Mais de Uma Vez.** São Paulo: XVI Congresso USP de Iniciação Científica em Contabilidade. 2019, p. 17. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjMisHljungAhVXI7kGHVtADZUQFjAAegQIAxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.researchgate.net%2Fpublication%2F334769640_Programa_de_Fiscalizacao_de_Entes_Federativos_Uma_Comparacao_dos_Resultados_Entre_os_Municipios_Fiscalizados_Por_Mais_de_Uma_Vez&usq=AOvVaw2_VVPPaP8B3quLKuWwEQWq. Acesso em: 20/07/2020.

⁵⁶² CAPOBINAGO, Ronan Pereira; MARTINS, Carlos Alexandre Moreira; SANTOS, Nálbia de Araújo; RODRIGUES, Daniele Silva; SEDIYAMA, Gislaine Aparecida Santana. **Programa de Fiscalização de Entes Federativos: Uma Comparação dos Resultados Entre os Municípios Fiscalizados Por Mais de Uma Vez.** São Paulo: XVI Congresso USP de Iniciação Científica em Contabilidade. 2019, p. 17. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjMisHljungAhVXI7kGHVtADZUQFjAAegQIAxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.researchgate.net%2Fpublication%2F334769640_Programa_de_Fiscalizacao_de_Entes_Federativos_Uma_Comparacao_dos_Resultados_Entre_os_Municipios_Fiscalizados_Por_Mais_de_Uma_Vez&usq=AOvVaw2_VVPPaP8B3quLKuWwEQWq. Acesso em: 20/07/2020.

licitações, controle e gestão pública, é essencial para melhora dos índices de probidade e aumento da eficiência administrativa.

Ainda, é inegável que a corrupção tende a diminuir quando o agente público tem receio de ser fiscalizado e punido. Algumas ferramentas são particularmente importantes neste ponto, conforme se verá no capítulo seguinte.

Capítulo 3

MICROSSISTEMA ANTICORRUPÇÃO: LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E LEI ANTICORRUPÇÃO

3.1 MICROSSISTEMA ANTICORRUPÇÃO

A proteção ao patrimônio público e os princípios constitucionais que regem a atividade pública nacional, em especial os vetores de legalidade e moralidade, foram elevados em escala axiológica pelo Constituinte de 1988. Como garantias, foram forjados “instrumentos concretos de controle e repressão à corrupção”⁵⁶³, para assegurar que desvios não houvesse ou, se ocorressem, fossem devidamente reprimidos.

Seguindo essa linha guia, a legislação nacional contempla um conjunto de regras, denominado microssistema⁵⁶⁴ anticorrupção⁵⁶⁵⁻⁵⁶⁶, que tem por finalidade

⁵⁶³ QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **Responsabilidade judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção**. In: *Lei Anticorrupção*. Org. Jorge Munhoz Sousa e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. Salvador: JusPodvm, 2015, p. 284.

⁵⁶⁴ Consoante ASSUNÇÃO, os microssistemas jurídicos são alternativas ao sistema clássico de codificação legal. Sua vantagem decorre da maior flexibilidade e adaptabilidade que um conjunto normativo (material e processual) oferta a determinado campo regulado, tornando-o mais ajustável às constantes e aceleradas modificações da vida contemporânea. ASSUNÇÃO, Leandro Garcia Algarte. **Disposições finais**: comentários aos artigos 22 a 31. In: *Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. Coordenação Eduardo Gambi e Fábio André Guaragni. São Paulo: Almedina, 2014, p. 268.

⁵⁶⁵ “É correto afirmar, com efeito, a existência de um microssistema destinado ao enfrentamento da corrupção. Também integram esse microssistema [Além da Lei 8.429/92] a Lei 12.850/2013, a Lei 12.529/2011 e a Lei 12.846/2013.” (DINO, Nicolao. **A Colaboração Premiada na Improbidade Administrativa**: Possibilidade e Repercussão Probatória. In *A Prova no enfrentamento à Macrocriminalidade*. Org. Daniel de Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. Salvador: Editora JusPodvium, 2015, p. 457).

⁵⁶⁶ Por alguns também denominado “(sub)Sistema Nacional Anticorrupção” (ALMEIDA, Marcelo Eugênio Feitosa; LIRA, Laura Fernandes de Lima. Retroatividade e Acordo de Leniência: a solução consensual da Lei Anticorrupção no tempo. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 19, n. 01. p.201-224, jan./mar. 2020); ou “Sistema Normativo Brasileiro de Combate à Corrupção (SNBCC)” (SPINARDI, Felipe Lauretti; VENTURINI, Otávio. Improbidade administrativa e restrições ao exercício de direitos políticos: interfaces do Sistema Normativo Brasileiro de Combate à Corrupção (SNBCC). **REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, v. 8, n. 1, p. 50-79, 2021); e, ainda, “microssistema

precípua inspirar respeito aos ditames constitucionais atinentes à Administração honesta e dedicada ao interesse público.

O microsistema têm como vértices de seu espectro cível a Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) e a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção - LAC). Além delas, o conjunto é informado por outras diversas normas, como a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), a Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular - LAP), Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), Lei 9.807/99 (Proteção de vítimas e testemunhas), Lei 12.527/2011 (Acesso à informação), Lei Complementar nº 64/90 (Inelegibilidades), Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), Lei 1.079/50 (Impeachment), Decreto-Lei 201/67 (Crimes de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores; além de se comunicar com dispositivos penais, como os artigos 312 e seguintes do Código Penal, que tratam dos crimes praticados contra a Administração Pública⁵⁶⁷, Lei 12.850/2013 (Lei das organizações criminosas) e o Código Eleitoral, que prevê a corrupção eleitoral.

Já no âmbito institucional da Administração Pública Federal, há também um sistema anticorrupção⁵⁶⁸, formado por diversos órgãos e entidades que ostentam atribuições “para atuar na prevenção, detecção de atos de corrupção bem como na responsabilização de pessoas físicas ou jurídicas”⁵⁶⁹; além, evidentemente, dos órgãos jurisdicionais encarregados de sindicar a atividade administrativa e de aplicar

normativo de tutela da ética nas relações político-administrativas no Brasil” (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).

⁵⁶⁷ Segundo, GONÇALVES, “há três diplomas legislativos componentes do sistema protetivo da Administração proba: as leis 8.429/1992 e 12.846/2013, que tratam especificamente da tutela do direito material coletivo à probidade administrativa, e a Lei 7.347/1985, que dispõe sobre destacado instrumento processual específico, apto a veicular, em juízo, tais pretensões”. (GONÇALVES, Benedito. **A Lei 12.846/2013 e a tutela do Direito material coletivo da probidade na Administração pública. In Estudos sobre Administração Pública e o combate à corrupção: desafios em torno da Lei 12.846/2013.** Coordenação: Raúl Araújo, Edison Pereira Nobre Júnior, Bruno Leonardo Câmara Carrá. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 33).

⁵⁶⁸ Cujo Plano Anticorrupção fora aprovado pela Resolução nº 1 do Comitê Interministerial de Controle à Corrupção, de 04/12/2020. O plano tem por objetivos “estruturar e executar ações para aprimorar, no âmbito do Poder Executivo federal, os mecanismos de prevenção, detecção e responsabilização por atos de corrupção, avançando no cumprimento e no aperfeiçoamento da legislação anticorrupção e no atendimento de recomendações internacionais”; metas a serem alcançadas entre os anos de 2020 a 2025.

⁵⁶⁹ BRASIL. COMITÊ INTERMINISTERIAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO. **PLANO ANTICORRUPÇÃO: Diagnóstico e Ações do Governo Federal**, p. 8.

as sanções sujeitas à reserva de jurisdição. Um panorama institucional desse sistema é bem desenhado por MACHADO e PASCHOAL no quadro a seguir⁵⁷⁰:

	Esfera administrativa (administrativo sancionador e ético-disciplinar)	Esfera judicial (civil e penal)	Órgãos de apoio
Monitoramento	Controladoria-Geral da União (CGU-CRG e SFC), Corregedorias, Tribunal de Contas da União		Coaf/MF
Investigação	Comissão de Ética Pública (CEP), Controladoria- Geral da União (CGU-CRG e CGU-SFC), Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), Corregedorias, Comitês de Ética, Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Tribunal de Contas da União (TCU)	Judiciário, Ministério Público (MP), Polícia Civil, Polícia Federal (DPF)	Coaf/MF, DRCI/MJ
Responsabilização	Controladoria-Geral da União (CGU-CRG), Corregedorias, Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Tribunal de Contas da União (TCU)	Ministério Público, Judiciário, Advocacia-Geral da União (AGU-DPP)	Coaf/MF, DRCI/MJ
Sanção	Controladoria-Geral da União (CGU-Ceis, Cadastros), Advocacia-Geral da União (AGU- DPP), Conselho Nacional de Justiça (CNJ — Corregedoria), Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP — Corregedoria)	Judiciário, Ministério Público (MP), Advocacia-Geral da União (AGU-DPP e AGU-DPI)	Coaf/MF, DRCI/MJ

Figure 9 - elaborado por MACHADO, Maira Rocha; PASCHOAL, Bruno

Trata-se de um sistema complexo, que decorre da insuficiência da ‘accountability horizontal de balanço’, “ejercida por alguno de los poderes (ejecutivo, legislativo, o judicial) a los que las constituciones democráticas contemporáneas intentan aproximadamente balancear”, que acaba por impor a necessidade de criação das agências de ‘accountability horizontal atribuída’, “legalmente encargadas de supervisar, prevenir, desalentar, promover la sanción, o sancionar acciones u omisiones presuntamente ilegales de otras agencias estatales, nacionales o subnacionales”⁵⁷¹⁻⁵⁷².

⁵⁷⁰ MACHADO, Maira Rocha; PASCHOAL, Bruno. MONITORAR, INVESTIGAR, RESPONSABILIZAR E SANCIONAR: A multiplicidade institucional em casos de corrupção. **Novos Estudos**, n. 104, p. 11-36, Mar./2016, p.21.

⁵⁷¹ O'DONNELL, Guillermo. Accountability Horizontal. La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política. **Revista ISONOMÍA**, n. 14, Abr./2001, p. 19.

⁵⁷² Note-se que as agências de *accountability* horizontal atribuída “no fueron creadas intentando, como las anteriores, balances generales de poder, sino riesgos más o menos específicos de transgresión y/o de corrupción”, diferenciando-se das de balanço pois “pueden ser proactivas y continuas en su actividad” e, por isto, “pueden ser eficaces en prevenir o disuadir acciones ilegales de las agencias que supervisan”, ostentando, ainda, em fase de seu “carácter continuo y profesionalizado, [...] capacidades que les permiten examinar complejas cuestiones de políticas estatales”. O'DONNELL, Guillermo. Accountability Horizontal. La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política. **Revista ISONOMÍA**, n. 14, Abr./2001, p. 19-20.

Nesta complexidade, nem sempre a coordenação⁵⁷³ interinstitucional é alcançada, o que tem reflexos diretos na temática dos acordos de leniência e colaboração premiada, e, possivelmente, no ainda pouco experimentado instituto do acordo de não persecução civil, como abaixo examinado.

Contudo, seja no plano normativo ou no institucional, os valores que informam o sistema são comuns: “a moral administrativa, a justiça, o desenvolvimento econômico e social, a livre concorrência a democracia, a boa governança e a probidade na administração pública”⁵⁷⁴; tudo posto com o fim de garantir ao cidadão brasileiro o direito a uma boa administração pública.

O cerne do microsistema anticorrupção, tal qual estabelecido em suas normas centrais, é levar à responsabilização, administrativa e judicial, pessoas físicas ou jurídicas envolvidas em atos corruptos. Trata-se de um esforço legislativo e institucional que visa a reforçar a proteção da moralidade, da probidade e o combate à corrupção por instrumentos não penais, dado o reconhecimento de que o Direito Penal tem sido insuficiente para aplacar o fenômeno da corrupção no Brasil⁵⁷⁵⁻⁵⁷⁶;

⁵⁷³ “a coordenação envolve decisões e ações que levam em consideração processos desenvolvidos por outras unidades ou instituições; e envolve não apenas o trabalho conjunto em concreto, mas também mecanismos de compartilhamento de informações e de conhecimento que podem favorecer o desenvolvimento de processos de responsabilização que dialoguem uns com os outros. No âmbito deste texto, trata-se, portanto, de criar regras, estruturas e procedimentos, formais e informais, que permitam e favoreçam o cumprimento das tarefas e dos objetivos traçados pelo sistema de responsabilização por atos de corrupção”. MACHADO, Maira Rocha; PASCHOAL, Bruno. MONITORAR, INVESTIGAR, RESPONSABILIZAR E SANCIONAR: A multiplicidade institucional em casos de corrupção. **Novos Estudos**, n. 104, p. 11-36, Mar./2016, p. 29.

⁵⁷⁴ GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini de. O COMPLIANCE E A DOSIMETRIA DA PENA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE: PONDERAÇÕES A PARTIR DA NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO. **Juris Plenum**, v. 14, n. 80, p. 7–26, mar. 2018, p. 13.

⁵⁷⁵ Com efeito, como pontua JACOBSEN, “não se consegue provar e punir eficazmente a corrupção em nosso país por meio do aparato policial e da justiça criminal”, despontando o Direito Administrativo como meio mais pronto e eficaz para “descobrir e identificar a prática da corrupção (...) extirpando do serviço público o agente corrupto”. JACOBSEN, Gilson. **Evolução do Estado e do Direito Administrativo**: breve panorama do direito administrativo à luz da evolução do Estado e dos novos direitos. In *Curso Modular de Direito Administrativo*. Org. VAZ, Paulo Afonso Brum; TEIXEIRA, Ricardo do Valle Pereira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 38.

⁵⁷⁶ A mesma constatação inspirara, anos depois, a edição da LAC: “Observe-se que o presente projeto optou pela responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, porque o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção. A responsabilização civil, porque é a que melhor se coaduna com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como por exemplo o ressarcimento dos prejuízos econômicos causados ao erário; e o processo administrativo, porque tem-se revelado mais célere e efetivo na repressão de desvios em contratos administrativos e procedimentos licitatórios, demonstrando melhor capacidade de proporcionar respostas rápidas à sociedade”. BRASIL. Controladoria-Geral da União, Ministério da Justiça e Advocacia-Geral da União. Subchefia de Assuntos Parlamentares. **Exposição de Motivos EMI Nº 00011 2009** – CGU/MJ/AGU. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm. Acesso em: 06/09/2022.

sem ignorar, contudo, que a integração entre as tutelas civil e penal é indispensável⁵⁷⁷. Não há exclusão, mas integração e reforço.

Tem-se, assim, um feixe de normas, como as de improbidade – Lei 8.429/92, anticorrupção – Lei 12.846/2013, processo administrativo disciplinar – Lei 8.112/90 - ou de responsabilização - Lei 12.846/2013, entre outras, que visa a captar o fenômeno da corrupção por um prisma sancionador, mas não penal, com este convivendo e se integrando⁵⁷⁸.

Nesta tese, apenas as projeções extrapenais⁵⁷⁹ desse sistema, com reflexos diretos na proteção da moralidade pública, serão exploradas, com o objetivo final de propor a ampliação da participação cidadã nesta seara, com alargamento da legitimação para agir em juízo em favor dos interesses estatais, através da *ação civil anticorrupção*.

Feito este corte epistemológico, pode-se consignar que no âmbito do microsistema anticorrupção, enquanto a LIA tem por foco central o agente público corrupto, e indiretamente os terceiros a ele associados; a LAC mira especialmente na pessoa jurídica envolvida na corrupção, motor financeiro de atos corruptos. De modo

⁵⁷⁷ “Na área da corrupção, no Brasil, os números da Operação Lava-Jato são impressionantes e falam por si mesmo. Há mais de 14,5 bilhões de reais em pedidos de condenação civil nas ações coletivas ajuizadas. Perceba-se que somente a combinação das tutelas penal e cível permitiu essa amplitude de resultados”. ZANETI JR., Hermes. Processo Coletivo no Brasil: Sucesso ou Decepção? **Civil Procedure Review**, v.10, n.2, mai.-ago./2019, p. 21.

⁵⁷⁸ “É possível, então, resumir o quadro geral de sistemas sancionatórios não penais direcionados à repressão dos atos lesivos à probidade administrativa da seguinte forma: a) por primeiro, há o sistema de sanções da Lei de Improbidade Administrativa, organização normativa que se vaza em tipos abertos e que alveja, num primeiro termo, os agentes públicos, mas que também alcança eventuais extraneus que tenham concorrido com os ilícitos ou que tenham deles se beneficiado; b) por segundo, há o sistema da Lei Anticorrupção, sistema caracterizado por responsabilidade objetiva e que alveja, num primeiro termo, as empresas que negociam com a administração; c) por terceiro, há o sistema de direito administrativo sancionador, processos administrativos levados a efeito e sanções aplicadas pela própria administração pública”. SILVA, Lucas Freire. **Simulação de efeitos de um choque na tecnologia de detecção de carteis**: subsídios para a política antitruste brasileira. Dissertação de Mestrado em Economia do Setor Público. Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 201.

ROS, LUIZ GUILHERME. **Teoria dos jogos para celebração de acordos**: Uma análise das ações penais da Lava Jato. São Paulo: WebAdvocacy, 2021. Edição do Kindle, p. 117.

⁵⁷⁹ No que diz com a parte cível do microsistema, a Lei de Improbidade Administrativa surgiu como “alternativa às ineficácias da seara penal para abarcar o fenômeno da corrupção” (AJUFE. **Nota Técnica 03/2021**, p. 7. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/imprensa/noticias/15940-em-nota-tecnica-ajufe-manifesta-preocupacoes-com-substitutivo-do-pl-que-altera-lei-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 09/08/2021). Por prever mais condutas puníveis e dar legitimidade maior para o ajuizamento da ação, as ações de improbidade superam, desde 2011, o volume de ações penais anticorrupção, e têm trazido respostas mais rápidas e eficazes para o fenômeno do que o processo penais (LEVCOVITZ, Silvio. **A corrupção e a atuação da Justiça Federal no Brasil 1991 – 2014**. Tese de doutorado apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas: 2020, p. 100).

apenas reflexo e subsidiário, são também alcançados seus sócios, diretores, administradores e empregados; e, ainda, os agentes públicos envolvidos, estes normalmente desvendados pela celebração de acordo de leniência⁵⁸⁰, importante instrumento de colaboração privada previsto na Lei 12.846/2013.

Deste modo, as pessoas físicas eventualmente participantes do ato lesivo não são sancionadas pela LAC, mas por outros estatutos adiante explanados, muito embora os bens dessas pessoas físicas fiquem ao alcance da norma, pela via da desconsideração da personalidade jurídica.

LIA e LAC descrevem as condutas ilícitas puníveis, penas imponíveis, sujeitos ativos e passivos dos atos respectivos, mecanismos de responsabilização e instrumentos processuais acauteladores de eventual ressarcimento de danos, devolução dos proveitos ilícitos e penas pecuniárias.

O espectro de proteção é amplo e, com frequência, investigações baseadas na LIA e na LAC se comunicam com outras apurações de ordem concorrencial ou penal, havendo a necessidade de dialogar com a disciplina de cada uma dessas searas.

No plano processual, normas da LACP e da LAP informam, em caráter subsidiário, o procedimento das investigações e das ações judiciais anticorrupção, fator que pode ser mitigado, no que tange às ações por improbidade, pelas novas disposições trazidas pela Lei 14.230/2021⁵⁸¹, que passa a centrar a tutela da probidade em viés sancionador, não compartilhado por aqueles estatutos. Complementando a disciplina processual, há forte influência do diploma geral de processo, o Código de Processo Civil.

Como têm o mesmo objetivo, decorre uma verdadeira integração complementar entre os regimes da LIA e da LAC. O silêncio de uma norma sobre tema específico é complementado pela disciplina da outra. Por exemplo, em tema de indisponibilidade

⁵⁸⁰ “O acordo de leniência é previsto no art. 16, da Lei nº. 12.846/2013, e trata do acordo celebrado entre a autoridade máxima de cada órgão e as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos lesivos à Administração Pública que tiverem colaborado de modo efetivo com a investigação e o processo administrativo [...] O acordo de leniência representa um mecanismo de combate à corrupção, com a finalidade de recuperar o decoro administrativo, princípio da gestão estatal fundamentado no art. 37 da Constituição Federal”. RIBEIRO CARDOSO, Henrique; LOIÁCONO NETO, Vicente; JEANE FERRARI, Flávia. A lei anticorrupção e seus principais aspectos: o procedimento administrativo de responsabilização, o programa de integridade e o acordo de leniência. *Relações Internacionais no Mundo*, São Paulo, v. 2, Issue 26, 2019, p. 14.

⁵⁸¹ A Lei 14.230/2021 operou muitas e sensíveis alterações na LIA. Embora a numeração da Lei de Improbidade tenha seguido a mesma, as mudanças feitas pela Lei 14.230/2021 foram tão significativas que é adequado dizer que se está diante de uma Nova Lei de Improbidade Administrativa.

de bens, em que a LAC é mais suscinta, a disciplina da medida é complementada pelo regime estabelecido na LIA. Igual ocorre em relação ao ANPC, insuficientemente regulado na Nova LIA, que deve se valer da disciplina da LAC por analogia⁵⁸² e em caráter supletivo.

Deste modo, tem-se um verdadeiro sistema legal voltado à responsabilização cível-administrativa (não penal) daqueles que se envolvam em atos de corrupção, de modo que há necessidade de se buscar adequação interpretativa⁵⁸³ e coordenação entre referidos estatutos, como forma de alcançar proteção efetiva à probidade na Administração Pública.

No plano normativo, as normas centrais do Microssistema Anticorrupção podem ser assim esquematizadas:

	LIA	LAC
Foco central	Agente público corrupto	Empresa corrupta
Foco indireto	Pessoas físicas ou jurídicas associadas ao agente público	Sócios, administradores, diretores, empregados da PJ / agentes públicos
Elo de comunicação	Art. 37, § 4º, CF Art. 12, LIA	Art. 37, § 4º, CF Art. 30, I, LAC
Valores inegociáveis	Ressarcimento do dano Devolução da vantagem indevida	Ressarcimento do dano Devolução da vantagem indevida
Solução consensual	Acordo de não persecução cível	Acordo de leniência
Dialoga com o processo penal	Sim: a. sentença absolutória que nega fato ou autoria; b. colaboração premiada ⁵⁸⁴	Sim: a. sentença absolutória que nega fato ou autoria; b. colaboração premiada

⁵⁸² PINHEIRO, Igor Pereira. **Lei Anticrime e Acordo de Não Persecução Civil: aspectos teóricos e práticos**. Mizuno: 2022, p. 12.

⁵⁸³ TRF4, AG 5023972-66.2017.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 24/08/2017.

⁵⁸⁴ Por inovação operada pela Lei 14.230/2021 na LIA (art. 21, § 4º), “A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). No entanto, “parece inviável sustentar a constitucionalidade desse § 4º, pois, ao admitir o trancamento da AIA por decisões que não definem o mérito da improbidade, fragiliza ao extremo o princípio da independência das esferas punitivas”. MARTINS, Tiago do Carmo. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: Análise da Lei 8.429/92 à luz da doutrina e da jurisprudência atualizada segundo a Lei 14.230/2021**. Curitiba: Alteridade, 2022,

Uma vez apresentado o panorama geral, compete agora investigar os elementos que compõem as normas núcleo do microsistema anticorrupção.

3.2 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LIA)

A Constituição Federal de 1988 foi enfática na necessidade de observância da moralidade na esfera pública e na reprovação à improbidade, expressando no art. 37, § 4º a necessidade de reprimir condutas desse tipo com as sanções severas ali previstas.

Nisto seguiu a tradição legada por todas as Constituições anteriores, que sempre registraram dispositivos censurando a desonestidade na esfera pública, a começar pela de 1824, que se valia de termos como “suborno, peita, peculato, e concussão” para se reportar ao fenômeno (art. 157). A Carta de 1891 previa a falta de probidade como crime de responsabilidade, regra repetida nas Cartas de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. A Constituição de 1967 introduziu a perda de bens por dano ao erário ou enriquecimento ilícito. E a Emenda de 1969 instituiu a suspensão dos direitos políticos⁵⁸⁵. O texto atual dedica atenção especial ao tema e o conecta com os deveres essenciais da Administração, a indicar a subida de tom do Estado brasileiro para com a corrupção.

A Lei 8.429/92 densifica a atenção constitucional ao tema e constitui ferramenta para incremento da condução idônea dos negócios e interesses públicos. Mediante o rol de sanções que alberga, reforça a necessidade de observância dos princípios regentes da atividade administrativa, em essência aqueles previstos no art. 37 da Constituição e, especialmente, o dever de moralidade no trato da coisa pública.

É o marco legal que, centrando o olhar na atuação do agente público, se propugna a alcançar “os fenômenos da corrupção pública, grave desonestidade

p. 196. Seguindo semelhante compreensão, o STF, por liminar do Ministro Alexandre de Moraes, suspendeu a eficácia do art. 21, § 4º, asseverando que “a comunicabilidade ampla pretendida pela norma questionada acaba por corroer a própria lógica constitucional da autonomia das instâncias” (ADI 7.236-MC, Relator Ministro ALEXANDRE DE MORAES, 27/12/2022).

⁵⁸⁵ PEREIRA, Rebeqa Souto Brandão. **A NORMATIVIDADE EM IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A SUA APLICABILIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS**. Dissertação apresentada Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Orient. Prof. Dr. Leonardo Martins. Natal, 2021, p. 20-21.

funcional e indesculpável ineficiência”⁵⁸⁶, na tentativa de aperfeiçoar o trato da coisa pública no Brasil.

Tem-se, então, regime de responsabilidade atinente ao direito administrativo sancionador⁵⁸⁷, conforme indicado no artigo 1º, § 4º da nova LIA e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 843.989⁵⁸⁸, sujeito à imposição judicial em processo de natureza civil⁵⁸⁹; conquanto vozes apregoem a natureza cível e política⁵⁹⁰ ou mista⁵⁹¹ dos atos de improbidade⁵⁹².

Embora não haja dados mais precisos sobre sua eficácia, as ações de improbidade tendem a representar um importante freio ao impulso de se corromper, pois podem acarretar responsabilização severa aos que se envolvam em corrupção, inclusive perda do cargo público e suspensão dos direitos políticos.

Para ilustrar a abrangência da responsabilidade que decorre da LIA, veja-se que somente em 2017 foram ajuizadas 14.119 ações por improbidade administrativa, das quais 11.242 ingressaram nas Justiça dos estados da federação, enquanto 2877 foram propostas perante à Justiça Federal⁵⁹³.

⁵⁸⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: má gestão pública, corrupção e ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 137-138.

⁵⁸⁷ Ana Carolina Carlos de Oliveira, com base na doutrina germânica de Hassemer, classifica a Lei 8.429/92 em regime intermediário entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, chamado de Direito de Intervenção, espaço de aplicação de sanções severas, mas de intensidade menor que as criminais, que deveriam ser resguardadas a um número muito restrito de infrações (ultima ratio). OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador**: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de Pós-graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012, p. 15.

⁵⁸⁸ No julgamento em questão, 6 votos reconheceram a natureza do ato de improbidade como de direito administrativo sancionador, enquanto 4 lhe atribuíam natureza civil e 1 de crime de responsabilidade.

⁵⁸⁹ “Verdade que os autores citados confundem a natureza da lei de Improbidade como sendo cível, quando em realidade é de direito administrativo sancionador. Apenas o processo civil rege as ações que são propostas para aplicação da Lei de Improbidade, o que torna comum essa confusão”. OSÓRIO, Fábio Medina. **Natureza jurídica do instituto da não persecução civil previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>.

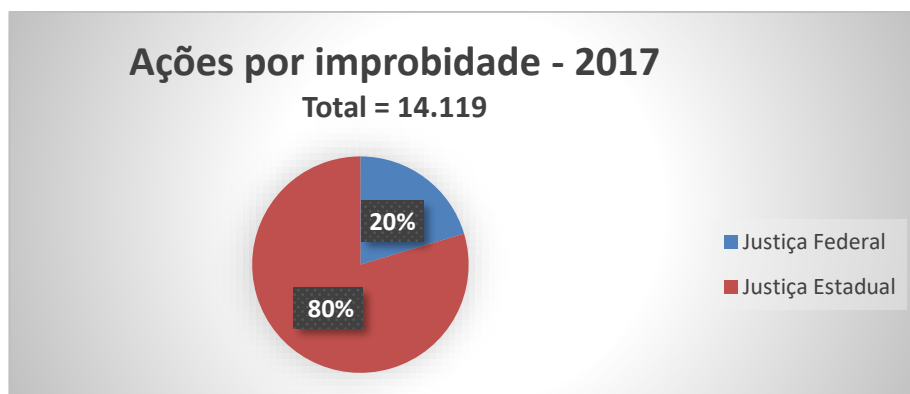
Acesso em: 07/09/2022.

⁵⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 887.

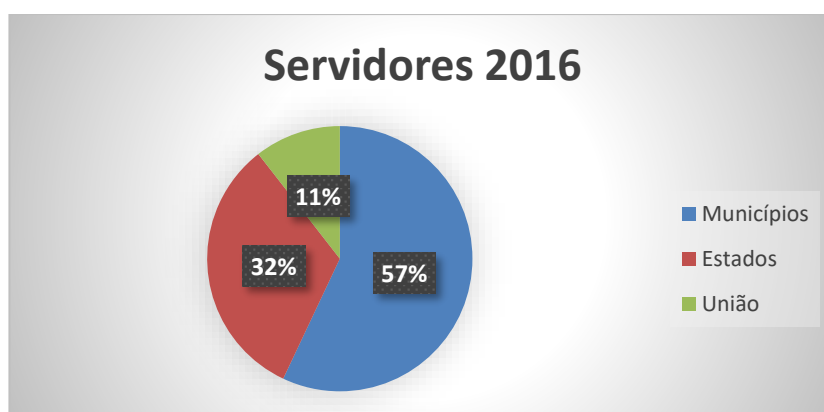
⁵⁹¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 155.

⁵⁹² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2022, p. 322.

⁵⁹³ ZANETI JR., Hermes; LINO, Daniela Bermudes. **Os painéis do CNJ e os dados da efetividade das ações coletivas no Brasil**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-20/opinioao-dados-efetividade-aco-es-coletivas-brasil>. Acesso em: 02/08/2020.



Pode-se comparar o volume de ações com o efetivo de servidores públicos nas três esferas da federação, segundo dados de 2016, que era de 1,2 milhão no plano federal, 3,7 milhões nos estados e 6,5 milhões nos municípios⁵⁹⁴:



Cotejando os dados de ambos os quadros, e partindo do pressuposto de que, como regra, à Justiça Estadual compete processar os servidores municipais e estaduais; e à Justiça Federal os servidores federais, tem-se uma proporção de 0,90 ações de improbidade para cada 1000 servidores municipais e estaduais, enquanto há 2,39 ações de improbidade para cada grupo de 1000 servidores federais.

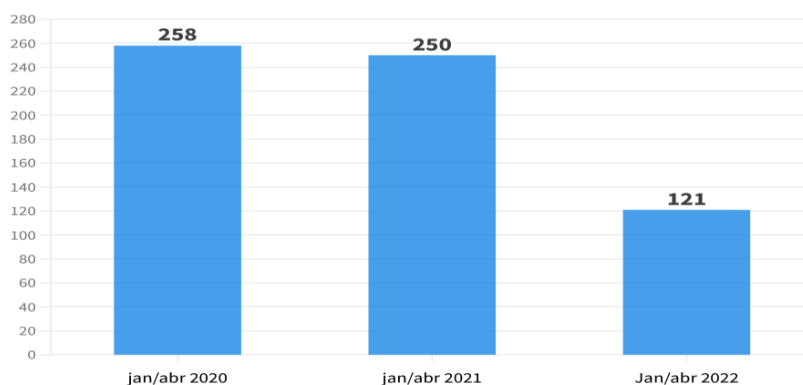
A maior proporção de casos na esfera federal não autoriza, entretanto, conclusão pela maior incidência de corrupção no âmbito da União. Pelo contrário, os dados apontados no Capítulo 2 indicam que a corrupção é maior nos municípios. A proporção ora exposta, que aponta incidência maior de ações de improbidade envolvendo servidores federais, possivelmente pode ser atribuída à maior capacidade investigativa dos órgãos de controle da Administração federal.

⁵⁹⁴ NEDER, Vinícius. Total de servidores públicos no país sobe 83% em 20 anos, diz Ipea. **Estado de São Paulo**, edição online, 18/12/2018. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2018/12/18/total-de-servidores-publicos-no-pais-sobe-60-em-20-anos-diz-ipea.htm>. Acesso em: 26/06/2022.

Certamente há espaço para avanços nas apurações por improbidade. Isto, contudo, não elide o fato de que se trata de importante ferramenta para enfrentar a corrupção na Administração pública.

Este potencial, contudo, está sob severo risco com a aprovação da Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021, que trouxe alterações sensíveis no regime estabelecido pela LIA. Os reflexos das mudanças, abaixo abordadas, ainda são incertos. Mas a quantidade das alterações, muitas das quais totalmente inovadoras em face do regime anterior, cria cenário de incerteza e insegurança, capaz de desfazer êxitos já alcançados e de paralisar a máquina de persecução.

Quanto a este ponto, aliás, o momento inicial de vigência da Nova LIA trouxe queda importante no ajuizamento de ações por improbidade. Como revelou o jornal *O Globo*⁵⁹⁵, apenas no âmbito do MPF, o número de ações novas caiu pela metade:



Fonte: 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal

Com esta advertência, compete, nesta quadra, analisar os contornos da improbidade e da ação judicial que veicula a responsabilização dos agentes corruptos.

3.2.1 Ato de Improbidade administrativa

Por ato de improbidade administrativa compreende-se a conduta do administrador público (e de eventual terceiro a ele associado) que fere o ordenamento jurídico (regras e princípios). Além de ilícita, a conduta deve ser marcada pela má

⁵⁹⁵ TALENTO, Aguirre. Nova lei de improbidade administrativa reduz em mais da metade ações contra agentes públicos. **O Globo**, edição online, 21/05/2022, disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/nova-lei-de-improbidade-administrativa-reduz-em-mais-da-metade-aco-es-contra-agentes-publicos-25515154>. Acesso em: 22/05/2022.

intenção (má-fé) do sujeito ativo, caracterizada pela sua desonestidade⁵⁹⁶, reveladora de descaso incompatível com o *múnus* público exercido⁵⁹⁷.

Trata-se, como visto no Capítulo 1, de desvio que incide sobre a ação do agente público que se distancia dos marcos da moralidade, especificamente a inobservância dos deveres jurídicos de honestidade, justiça, boa-fé, integridade e boa administração, todos decorrentes de normas positivadas na Constituição ou em leis.

Segundo a disciplina da LIA, a improbidade comporta manifestação por 3 espécies distintas: atos que causam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam lesão ao erário (art. 10)⁵⁹⁸ e atos que violam os princípios regentes da Administração (art. 11)⁵⁹⁹.

O enquadramento correto em cada uma das espécies, à luz das circunstâncias do caso, é essencial, especialmente porque irá repercutir nas sanções que serão impostas.

⁵⁹⁶ A má-fé “é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador” (Excerto de voto do Min. LUIZ FUX no REsp 909.446/RN, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 22/04/2010).

⁵⁹⁷ “Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário; podendo ser praticados tanto por servidores públicos (improbidade própria), quanto por particular - pessoa física ou jurídica - que induzir, concorrer ou se beneficiar do ato (improbidade imprópria) (STF, AO 1833, Relator ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-088 DIVULG 07-05-2018 PUBLIC 08-05-2018).

⁵⁹⁸ O art. 10-A versava sobre modalidade de improbidade administrativa introduzida pela Lei Complementar 116/2016, consistente na concessão, aplicação ou manutenção de benefício tributário ou financeiro em desacordo com a sistemática que rege o imposto sobre serviços de qualquer natureza, de modo a criar carga tributária inferior à alíquota mínima de 2%. A regra foi revogada pela Lei 14.230/2021.

⁵⁹⁹ Substitutivo apresentado ao PL 10.887/2018 da Câmara dos Deputados pretendia acabar com a improbidade por violação dos princípios administrativos. A proposta tinha a seguinte redação: “Art. 11. Ações ou omissões ofensivas a princípios da Administração Pública que, todavia, não impliquem enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, nos termos dos arts. 9º e 10 desta Lei, não configuram improbidade administrativa, sem prejuízo da propositura de outras ações cabíveis, consoante o caso, como as leis 4.717, de 29 de junho de 1965, e 7.347, de 24 de julho de 1985.” Como bem destacado pela AJUFE: “Essa circunstância limita a aplicação da LIA ao sancionamento de atos com repercussão patrimonial, seja por danos ao erário ou enriquecimento ilícito do agente, de modo que outras lesões ao Poder Público deixariam de ser sancionadas. Com isso, não haverá mais incidência da LIA a diversas condutas altamente reprováveis e que afetam gravemente o princípio da moralidade, a exemplo da tortura praticada por policial no exercício da função; utilização de viatura da polícia federal para frequentar uma festa, com o disparo de tiros a esmo que culmina na morte de uma criança; a prática de nepotismo” (AJUFE – ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. **Nota Técnica 02/2021**. Disponível em:

https://www.ajufe.org.br/images/2021/pdf/AJUFE_Nota_Te%CC%81cnica_n%C2%BA_2-2021_PL_10.887-2018.pdf. Acesso em: 05/04/2021).

Felizmente, o art. 11 foi mantido na redação final aprovada (Lei 14.230/2021), embora com restrições sensíveis ao âmbito de aplicação e consequência para essa espécie de improbidade, como será visto na sequência.

Nesta esteira, é alvo de críticas o expediente utilizado pela Lei 8.429/92 para a tipificação das condutas por ela reprimidas, consistente em recorrer ao uso de conceitos jurídicos indeterminados e normas “em branco”, pois pretensamente atentatório à segurança jurídica. Todavia, consolidou-se a ideia de que a relativa indeterminação das normas que tipificam os atos de improbidade administrativa não invalida os artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92.

Como esclarece ADRIANE BATTISTI, embora a Lei de Improbidade se socorra de “conceitos jurídicos indeterminados, estes também existem na legislação penal e não deixam de ser aplicados por falta de tipicidade, que naquela seara é de maior rigor”⁶⁰⁰.

Na mesma esteira, MEDINA OSÓRIO também considera a Lei 8.429/92 um “instrumento composto de normas sancionadoras em branco, aptas a absorver a incidência das legislações setoriais”⁶⁰¹.

Esse raciocínio é corroborado e complementado por GARCIA e ALVES, os quais sustentam que a “utilização dos conceitos jurídicos indeterminados exigirá do intérprete a realização de uma operação de valoração das circunstâncias periféricas ao caso”, demandando do intérprete e do aplicador da norma uma atuação que vai além da mera subsunção da lei ao fato, sendo “imprescindível a intermediação, entre a norma e o fato, de uma operação de índole valorativa”⁶⁰².

Assim, muito embora a indeterminação dos conceitos insertos nos artigos 9º a 11 da Lei de Improbidade não maculem sua validade, é indispensável que sua aplicação concreta indique precisamente os elementos fáticos usados para enquadrar a norma ao caso imputado ao sujeito ativo, dever reforçado pelo novo art. 17, C, I da LIA, segundo o qual a sentença deverá “indicar de modo preciso os fundamentos que demonstram os elementos a que se referem os arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, que não podem ser presumidos”.

⁶⁰⁰ BATTISTI, Adriane. **Curso Modular de Direito Administrativo**. Organizadores: Paulo Afonso Brum Vaz e Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 353.

⁶⁰¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 275.

⁶⁰² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 246.

Sem este detalhamento, não se terá a garantia de que o acusado possa exercer a defesa plena da imputação, já que o conhecimento dos fatos a si atribuídos é o marco basilar do contraditório.

A preocupação com a tipicidade se reflete mais no enquadramento em cada um *caput* dos artigos 9º, 10. No que tange aos incisos, o rigor é menor, pois comportam certa abertura (o que é criticado por alguns doutrinadores, pelo uso frequente de conceitos jurídicos indeterminados e normas “em branco”); além de não serem considerados exaustivos⁶⁰³, de modo que condutas outras que não as tratadas nos incisos podem caracterizar improbidade.

Isto, contudo, não mais se aplica ao art. 11, pois a Lei 14.230/2021 tornou seu rol exaustivo, como adiante será visto.

Em suma, salvo em relação ao artigo 11, importa verificar se houve enriquecimento ilícito ou lesão ao erário. Se positivo, deve-se verificar se está presente a má-fé do agente público. Neste caso, tem-se por configurado ato de improbidade, ainda que a situação não se amolde expressamente a um dos incisos dos artigos 9º e 10 da LIA.

O tema da tipicidade ganhou destaque na Lei 14.230/2021. O art. 17, § 10-D estabelece que “Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei”.

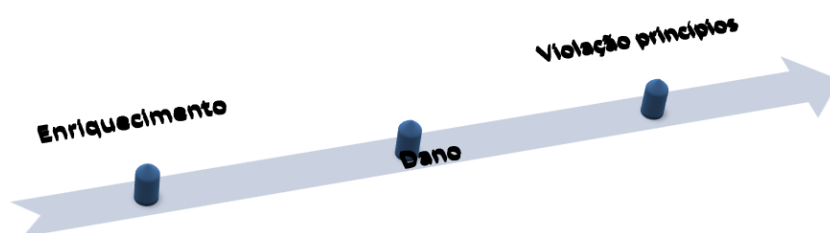
O juiz deverá proferir decisão, “Após a réplica do Ministério Público, (...) na qual indicará com precisão a tipificação do ato de improbidade administrativa imputável ao réu, sendo-lhe vedado modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor”. E será nula a decisão que condenar o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial (§ 10-f, I).

Mas é de se indagar o que ocorre caso o mesmo ato importe em enriquecimento indevido, lesão ao erário e violação de princípios.

⁶⁰³ “Deste modo, o elenco constante dos incisos dos artigos 9º, 10 e 11 é meramente exemplificativo” (DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 55/56), “conclusão indicada pelo próprio legislador ao se valer da expressão “notadamente”, ao final do *caput* de cada um dos dispositivos em questão”. MARTINS, Tiago do Carmo. **Anotações à Lei de Improbidade Administrativa**. Itajaí: Verbo Jurídico, 2017, p. 101.

Se for praticada uma única ação, haverá ato único de improbidade, ainda que o agente incida, simultaneamente, em mais de um artigo e em mais de um inciso do mesmo artigo (embora uma tal circunstância possa ter reflexo na aplicação da pena, se indicativa de maior desvalor). Ocorre o que se chama, no Direito Penal, de *consunção*: as figuras de menor gravidade ficam absorvidas pela mais grave.

A LIA traz uma escala de reprovação (1º) enriquecimento ilícito do agente público, (2º) dano ao Erário e (3º) violação aos princípios regentes da Administração Pública. Assim, deve ser aplicado o artigo 9º quando verificado o locupletamento patrimonial ilícito do agente público. Não provada essa ocorrência, e atestada a lesão ao patrimônio público, tem incidência o artigo 10. Finalmente, excluídas as hipóteses anteriores, mas percebida grave violação aos princípios que regem a atividade administrativa, classificável nos incisos do art. 11, aplicável este artigo.

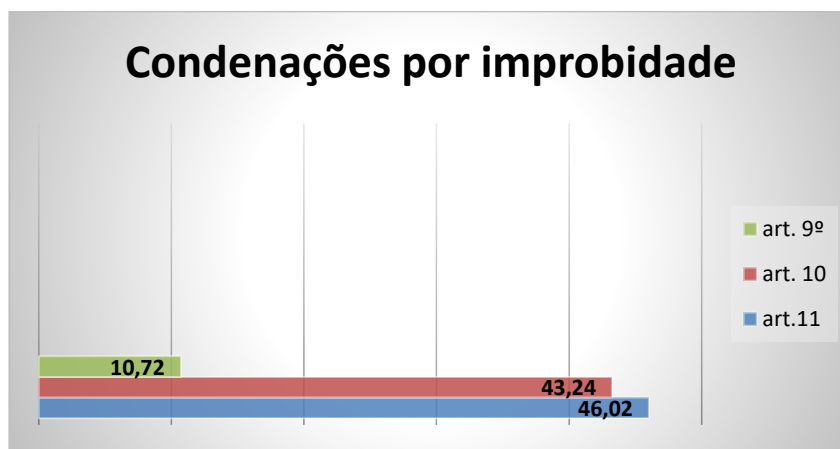


Note-se que, para configuração do art. 9º, deverá restar comprovado o enriquecimento do agente público responsável pelo ato. Se isto não ficar demonstrado, ainda que provado o enriquecimento de terceiro associado ao agente público, a hipótese será de dano ao erário ou, se isto também não for objeto de comprovação, poderá configurar violação dos princípios da administração⁶⁰⁴.

Segundo levantamento feito pelo *Instituto Não Aceito Corrupção*, através de pesquisa no banco de dados do Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI), do

⁶⁰⁴ “Deve-se observar que, com raras exceções, as figuras constantes do art. 9º preveem o enriquecimento ilícito do próprio agente público, sendo o dano ao patrimônio público, em alguns casos, mera consequência do mesmo. Nas figuras do art. 10, por sua vez, regra geral, é o terceiro que se enriquece ilícitamente, o que fez com que o dano ao patrimônio público fosse erigido à categoria de principal parâmetro de adequação típica dessa espécie de ato de improbidade, pois a tipologia dos atos de improbidade constante da lei 8.429/92 é direcionada, essencialmente, à conduta dos agentes públicos”. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 253.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁶⁰⁵, predominam as condenações baseadas no art. 11, seguidas pelo art. 10 e 9º, respectivamente:



As circunstâncias elementares do ato de improbidade por enriquecimento ilícito são a percepção de vantagem patrimonial indevida, em razão do exercício da atividade pública, mediante dolo do agente público.

O ato coibido é o enriquecimento sem causa justa⁶⁰⁶, decorrente da ‘venda’ do exercício de suas atribuições funcionais em troca de benefício pecuniário ou patrimonial, se expressando tanto na situação de quem pratica ato sem base legal, agiliza ato de sua competência ou atrasa satisfação de direito de alguém a pedido e mediante remuneração de um concorrente.

Evidentemente, esta figura só pode se caracterizar mediante dolo⁶⁰⁷, pois ilógico seria cogitar de percepção de propina culposamente⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ Foram consultadas 11.607 condenações definitivas por improbidade, proferidas em 6.806 processos judiciais julgados entre 1995 e julho de 2016. Disponível em: <http://naoaceitocorrupcao.org.br/2017/radiografia/radiografia/tipos-de-improbidade/>. Acesso em: 28/10/2020.

⁶⁰⁶ GOMES, José Jairo. In SAMPAIO, José Adércio Sampaio Leite et al. **Improbidade administrativa**: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 266.

⁶⁰⁷ Segundo pesquisa conduzida no âmbito do CNJ com juízes de todo o país, uma das maiores dificuldades diante de ações coletivas é a comprovação do dolo em ações por improbidade administrativa: “Em quarto lugar, a pesquisa demonstrou que há, por outro lado, um desestímulo a demandas coletivas envolvendo questões ambientais ou relacionadas à probidade administrativa. Entende-se que a possibilidade de êxito em tais ações está muito atrelada à capacidade do autor de fazer provas técnicas e materiais do dano ambiental, no caso da ação ambiental, e do elemento subjetivo do agente público (dolo) no caso da improbidade”. MENDES, Conrado Hubner et al. **Ações coletivas no Brasil**: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2018, p. 218.

⁶⁰⁸ “Não há falar em enriquecimento ilícito involuntário ou culposo. Não é curial, nem lógico, v.g., o recebimento de comissão, gratificação ou porcentagem, por imprudência ou negligência, para facilitar negócio superfaturado ou para a alienação de bens públicos por preço inferior ao mercado”. PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 60.

O dado essencial é que a vantagem tenha sido auferida em virtude do cargo ou função pública ocupada ou a ser ocupada pelo agente, ainda que a efetiva percepção da vantagem não seja contemporânea ao seu exercício⁶⁰⁹.

Releva notar, ainda, que o enriquecimento ilícito não necessita advir de um decréscimo patrimonial do ente público. Pode ser caracterizado com o aporte de recursos de terceiros, sem ser indispensável prova da direta dilapidação do erário⁶¹⁰.

Em face da independência⁶¹¹ das esferas criminal e político-administrativa, consagrada no art. 37, § 4º, da Constituição Federal⁶¹², as hipóteses versadas pelo artigo 9º também podem caracterizar, simultaneamente, fato definido em lei como crime, como peculato (art. 312 do Código Penal), concussão (art. 316 do Código Penal) e corrupção passiva (art. 317 do Código Penal), comportando sancionamento em ambas as esferas. Por decorrência do disposto no art. 37, § 4º, os esquemas punitivos se completam e a concomitância dos regimes não ocasiona *bis in idem*.

No que se refere à improbidade por dano ao erário⁶¹³ (art. 10), tem como caracteres essenciais a lesão ao patrimônio financeiro do ente, em razão do exercício

⁶⁰⁹ “Não é preciso, todavia, que no momento da percepção da vantagem (ou da aceitação da respectiva promessa, quando a lei considera isso suficiente para a caracterização da improbidade e seu enquadramento neste artigo – hipótese do inciso V) o agente esteja no exercício do cargo, mandato, emprego ou função. É suficiente que a vantagem patrimonial se vincule a tal exercício, mesmo que no instante da respectiva percepção ou aceitação da correspondente promessa o agente nela não se encontre, por qualquer motivo que seja. A improbidade haverá de ser subsumida no art. 9º, inclusive naquelas hipóteses em que o agente aufera a vantagem antes de iniciar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função”. DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 84.

⁶¹⁰ “Nessas hipóteses, não há necessidade de uma relação direta de causa e efeito, isto é, proveito patrimonial para o agente público e prejuízo financeiro para o erário”. MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Lei de improbidade administrativa: comentários e anotações jurisprudenciais**. São Paulo: J. de Oliveira, 2003, p. 51.

⁶¹¹ Segundo OSÓRIO, a independência das instâncias se apresenta “numa perspectiva de separação de Poderes, em busca do incremento das atuações estatais na proteção dos bens jurídicos ligados não apenas à probidade, mas a outros valores”. Trata-se de captar o mesmo fenômeno sob lentes distintas, dando-lhe consequências diversas, o que legitima que um mesmo agente, em face de um fato único, possa sofrer ações punitivas diversas, tais “sanção do Tribunal de Contas; sanção administrativa inerente ao Poder Executivo; sanção judicial por ato de improbidade; sanção judicial por crime ou contravenção”. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 289.

⁶¹² O Brasil consagra um sistema de *accountability* legal de três tipos, administrativa, civil e criminal, complementares e concorrentes, que tem diferenças no tipo e quantidade de sanções imponíveis, nos legitimados para processar e julgar os casos e na severidade das sanções (DA ROS, Luciano. *Accountability legal e corrupção*. **Revista da CGU**, v. II, n. 20, 2020, p. 1256-1257).

⁶¹³ “[...] cumpre destacar que patrimônio público e erário são expressões que não se confundem. Na medida em que o primeiro compreende uma noção mais ampla, que abrange todo o conjunto de bens e direitos públicos de valor econômico, cultural, artístico, turístico e histórico de um ente, a noção de erário se restringe ao complexo de bens e direitos financeiros do Estado”. GABARDO, Emerson;

antijurídico da atividade pública, mediante dolo do agente⁶¹⁴. A Lei 14.230/2021 alterou sensivelmente a figura do art. 10, não mais admitindo sua caracterização por culpa.

O dano que a caracteriza é o de natureza patrimonial⁶¹⁵. Embora se reconheça possa advir dano moral de condutas ilegais praticadas em detrimento da Administração⁶¹⁶, esta espécie de dano não é suficiente para atrair a incidência do art. 10, que reclama a comprovação de perda patrimonial efetiva por parte do órgão ou ente lesado⁶¹⁷⁻⁶¹⁸.

De se ressaltar que nem toda lesão causada ao Erário, por ato do agente público, é passível de configurar improbidade administrativa. Somente quando a ação se distancia do regramento imposto pelas normas jurídicas aplicáveis (leis e princípios regentes da atividade administrativa); e, conjuntamente, esteja permeada pela desonestidade do agente estatal, evidenciada pela intencionalidade em causar a lesão (dolo); se cuidará de improbidade administrativa.

Por outro lado, a mera obediência formal à legalidade não é bastante para elidir a aplicação da Lei de Improbidade. Ainda que obedecido o princípio da legalidade,

SAIKALI, Lucas Bossoni. A PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO EM RAZÃO DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **Revista Jurídica**, v. 01, n. 50, Curitiba, pp. 514-543, 2018, p. 522.

⁶¹⁴ “A tônica central do art. 10 é fornecida pela compreensão da noção de perda patrimonial, que é o efeito do ato comissivo ou omissivo do agente, e expressa-se na redução ilícita de valores patrimoniais. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 247.

⁶¹⁵ Só haverá improbidade “com a ocorrência de efetivo dano material aos cofres públicos. Nem o prejuízo presumido nem o dano moral serve para a sua configuração. Pelo contrário, sem a prova de perda patrimonial certa não se verifica esse tipo de improbidade administrativa”. PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 77.

⁶¹⁶ “Apesar de a Lei de Improbidade Administrativa não ter previsto expressamente a possibilidade de reparação de dano moral ocasionado pela prática dos atos que tipifica, dela se extrai a viabilidade de tal indenização, tanto pelo fato de ter sido estabelecida a necessidade de ressarcimento integral do dano, quanto pelo seu próprio conteúdo finalístico”. (TRF4, AC 5037369-38.2017.4.04.7100, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 09/10/2019).

⁶¹⁷ “Por outro lado, em que pese o Superior tribunal de Justiça já ter sumulado que ‘a pessoa jurídica pode sofrer dano moral’ (Súmula 227), a lei 8.429/92 também não previu o dano moral na seara da improbidade administrativa para fins de consumação do ato ímprobo previsto no seu art. 10. SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 61.

⁶¹⁸ Note-se que a Nova LIA tornou mais rigorosa a configuração do art. 10, eliminando qualquer possibilidade de presunção de dano, o que era a regra para os casos de fraude a licitação, consoante jurisprudência então consolidada pelo STJ. Segundo as disposições da Lei 14.230/2021, a improbidade por lesão ao erário só se configura se houver “ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial”; e, especificamente quanto à fraude em licitação, o inciso VIII do art. 10 expressamente ressalva que só se caracteriza diante de “perda patrimonial efetiva”. Isto pode impactar significativamente o número de processos e as condenações pelo art. 10, pois grande parte das ações trata justamente sobre ilegalidades em processo licitatório (MENDES, Conrado Hubner et al. **Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva**. Brasília: CNJ, 2018, p. 89).

mas inobservado outro, como a moralidade ou impessoalidade, pode-se cogitar de ação ímproba, já que a legalidade é apenas um dos pilares que conferem validade ao agir da Administração.

Finalmente, a improbidade por violação de princípios da Administração é subsidiária por excelência, já que se configura apenas se afastados os artigos 9º e 10. Tem por requisitos: a) violação aos princípios regentes da administração; b) dolo do agente público; c) o enquadramento do ato imputado em algum dos incisos do art. 11.

Tradicionalmente, entendia-se que a violação a qualquer princípio regente da Administração, embora não versado expressamente pelo art. 11, ensejava a aplicação da LIA. Assim, além dos princípios da honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, mencionados exemplificativamente na redação original do artigo; a violação da eficiência ou publicidade (art. 37 da Constituição Federal); do interesse público, razoabilidade, proporcionalidade, motivação ou ampla defesa, entre outros (art. 2º da Lei 9.784/99); caracterizava improbidade.

No entanto, com a nova redação trazida pela Lei 14.230/2021, que deu feições mais fechadas ao tipo do art. 11, é provável que se sustente que apenas o descumprimento dos vetores de honestidade, de imparcialidade e de legalidade atraíam a incidência da norma.

Tal interpretação, contudo, limita o espectro de proteção à probidade conferida pelo Constituinte, que circunscreve a ação administrativa a um rol extenso de princípios constitucionais, que vão muito além destes ora mencionados no art. 11 da LIA e não se limitam sequer aos do art. 37 da Constituição Federal, já que em outras tantas passagens a Carta prescreve princípios de observância obrigatória, como o devido processo legal, em suas vertentes material e formal, por exemplo.

Neste passo, a razão está com a melhor doutrina, que sustenta que os princípios que levam à caracterização da improbidade não se restringem aos expressamente mencionados no art. 11 da LIA, cujo rol é meramente exemplificativo⁶¹⁹.

⁶¹⁹ Neste sentido: DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 142. Também: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 268.

Não basta, contudo, violar um princípio, pois imprescindível a intencionalidade marcada pela má-fé ou desonestidade no descumprimento dos deveres do cargo⁶²⁰.

Os Tribunais vinham classificando nesta categoria uma ampla gama de atos, como a prática de maus tratos a crianças em creche municipal⁶²¹, a contratação de servidores públicos sem prévia realização de concurso⁶²², o uso do aparelho estatal para promoção pessoal do agente⁶²³, ou o uso da procuradoria jurídica do órgão para defesa de interesses pessoais⁶²⁴.

Note-se que muitas dessas capitulações são agora inviabilizadas, diante do rol taxativo das hipóteses de configuração do art. 11, consoante mudança operada pela Lei 14.230/2021.

Além de ser a figura mais recorrente nas condenações por improbidade, o art. 11 é também o que levanta maiores questionamentos, a ponto de se ter proposto sua revogação total⁶²⁵.

Com efeito, há alguma razão no diagnóstico feito acerca do art. 11, no que diz com a falta de maiores rigores em sua aplicação, ante à baixa carga argumentativa usada para fazer a subsunção do caso à norma.

Como demonstrou estudo abrangente desenvolvido por KANAYAMA⁶²⁶, que analisou 353 acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo que tratavam de

⁶²⁰ STJ, AgInt no REsp 1528828/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/05/2020, DJe 14/05/2020.

⁶²¹ Apelação Cível Nº 70017363052, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 25/10/2007.

⁶²² Apelação Cível Nº 70014184832, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 30/05/2007.

⁶²³ STJ, Resp 765.212, 2ª Turma, Relator Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 23/06/2010.

⁶²⁴ STJ, REsp 908790/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 02/02/2010.

⁶²⁵ Esta iniciativa constava do Substitutivo apresentado ao PL 10.887/2018 e era assim justificada pelo relator do projeto: "Para evitar abusos interpretativos, o art. 11, que trata da violação a princípios administrativos, deve ser retirado do Capítulo que trata dos atos de improbidade, para que possa ser tratado e punido na forma da Lei nº 7.347/19856 e da Lei nº 4.717/19657. Isso porque o conceito aberto do *caput* tem levado à instauração de processos arbitrários, já que qualquer pretensão violação a princípios pode, em tese, ser enquadrada como ato de improbidade do art. 11 e, especialmente, porque o sistema legal já prevê outros tipos de controle para referidas infrações como, por exemplo, o mandado de segurança, a ação civil pública, a ação popular etc".

⁶²⁶ KANAYAMA, Ricardo Alberto. **IMPROBIDADE POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**: um diagnóstico da fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo. Dissertação apresentada na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Orient. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo, 2020, p. 221.

improbidade por violação de princípios, proferidos entre outubro de 2017 e outubro de 2018:

Houve um alto número de decisões condenatórias que usaram os princípios de maneira genérica, isto é, que afirmaram genericamente que a conduta do agente havia violado os princípios da Administração. [...] Houve decisões que sequer citaram os princípios violados. Quando mencionados, os princípios na maior parte dos casos não foram fundamentados e, mesmo nos poucos casos que o foram, não foram relevantes para a decisão final⁶²⁷.

O remédio, contudo, não está na supressão nem na limitação do art. 11, que tem a virtude de indicar que vetores de moralidade devem, compulsoriamente, inspirar o agente público, pena de implicar em sua responsabilização.

A solução para eventuais abusos reside em uma aplicação mais criteriosa por parte do Judiciário, em todas as suas esferas, que precisam se desincumbir adequadamente do dever de motivar as decisões tomadas com base no art. 11 (e em todos os casos de aplicação da LIA), lembrando que há um dever de racionalidade e justificação, que deve ser exercido com base nas peculiaridades do caso e no histórico legislativo e jurisprudencial já construídos a respeito do tema, como condição essencial para legitimar o uso da coerção estatal⁶²⁸.

Em conclusão deste tópico, em que perpassados os três tipos de improbidade, pode-se conceituar⁶²⁹ improbidade administrativa como conduta do agente público, e

⁶²⁷ A pesquisa traz outras importantes constatações, como: a. 81% dos réus das ações eram agentes públicos, dos quais 73% ocupavam o cargo de prefeito; b. os vícios mais frequentes catalogados no art. 11 (quase metade dos casos) diziam com contratação de bens, serviços ou pessoal; c. 43% das decisões judiciais se baseava, em alguma medida, em decisões de outros órgão públicos, com destaque especial para o Tribunal de Contas do Estado, mencionado em 73% dos casos; d. em 28,9% das vezes houve desclassificação da conduta, do art. 9º ou 10 para o art. 11; os princípios mais violados foram, segundo quadro elaborado KANAYAMA:

Quantas vezes cada princípio ou dever é mencionado na fundamentação dos votos?	Quantidade
Honestidade	26
Imparcialidade	16
Legalidade	186
Lealdade	22
Impessoalidade	116
Moralidade	188
Publicidade	21

⁶²⁸ DWORKIN, Ronald. **O IMPÉRIO DO DIREITO**. trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁶²⁹ “Não obstante a dificuldade na conceituação da improbidade administrativa, o termo pode ser compreendido como ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública. NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**: Direito Material e Processual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 28.

de eventual terceiro a ele associado, que importe em enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação dos princípios da Administração, praticados mediante dolo, permeados pela desonestidade, pela má-fé do agente.

Improbidade é mais que ilegalidade, é ilegalidade qualificada pela má-fé.

3.2.2 Sujeitos da improbidade administrativa

Uma vez delimitados os contornos que caracterizam o ato de improbidade, compete indagar sobre seus sujeitos, o que compreende aqueles que praticam o ato, que para ele concorrem ou o induzem e os que sofrem suas consequências negativas.

Sujeito ativo da improbidade é quem comete o ato. Nesta categoria, estão o agente público e o eventual terceiro que a ele se associe. O sentido de agente público é amplo⁶³⁰. Inclui-se “quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercite, ainda que não integre o aparato estatal, por algum de seus entes ou órgãos”⁶³¹. Assim, aquele que exerce alguma função pública, independente da forma de investidura, do tipo de vínculo (estatutário ou celetista⁶³²), de forma permanente ou transitória (mesário de eleição ou estagiário⁶³³) e independente de remuneração (jurados do Tribunal do Júri), são agentes públicos para a LIA.

Contudo, é essencial que o ato seja praticado no regular exercício da função pública. O agente estatal que comete alguma ilegalidade que não diga com as atribuições do cargo não pode ser enquadrado nos ditames da LIA⁶³⁴.

⁶³⁰ “Enfim, os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não são apenas os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, conforme os artigos 1º, parágrafo único, e 2º, da Lei 8.429/92. Nesse sentido: AgRg no REsp 1196801/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 26/08/2014, MS 21.042/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 17/12/2015, E REsp 1081098/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 03/09/2009”. (REsp 1357235/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 30/11/2016).

⁶³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 227.

⁶³² “Os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não são somente os servidores públicos civis, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, insculpido no art. 2º, da Lei n.º 8.429/92, como os empregados de empresa pública como a Caixa Econômica Federal”. (TRF4, AC 5001060-33.2013.4.04.7108, QUARTA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 03/06/2020)

⁶³³ STJ, REsp 1352035/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 08/09/2015.

⁶³⁴ “Não comete ato de improbidade administrativa o médico que cobre honorários por procedimento realizado em hospital privado que também seja conveniado à rede pública de saúde, desde que o

Muita indagação levantou a sujeição de agentes políticos⁶³⁵ à LIA. Nesta categoria, estão os representantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que exercem as funções estatais típicas – Presidente, Ministros, Governadores, Prefeitos⁶³⁶, Secretários de Estado ou municipais⁶³⁷, Deputados, Senadores, Vereadores, Magistrados em geral, membros do Ministério Público, Ministros e Conselheiros de Contas etc.

O Supremo Tribunal Federal sinalizou inicialmente (Reclamação n. 2138) pela não cumulatividade de sanções da Lei de Improbidade com outro estatuto legal que previsse crimes de responsabilidade. Assim, autoridades que estivessem ao alcance da Lei 1.079/50 ou Decreto-Lei 201/67, que definem crimes de responsabilidade, estariam à salvo da aplicação da LIA.

Em julgado posterior (Pet 3211 QO), analisando caso em que Ministro da Suprema Corte era réu em ação civil pública por improbidade administrativa, o Tribunal Constitucional indicou mudança de visão, pois não afastou a incidência da

atendimento não seja custeado pelo próprio sistema público de saúde. Isso porque, nessa situação, o médico não age na qualidade de agente público e, conseqüentemente, a cobrança não se enquadra como ato de improbidade. Com efeito, para o recebimento de ação por ato de improbidade administrativa, deve-se focar em dois aspectos, quais sejam, se a conduta investigada foi praticada por agente público ou por pessoa a ele equiparada, no exercício do múnus público, e se o ato é realmente um ato de improbidade administrativa”. (STJ, REsp 1.414.669-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 20/2/2014)

⁶³⁵ “São aqueles que exercem funções estatais típicas. Assim, inserem-se nesta categoria aqueles que exercem funções típicas do Poder Executivo (Chefes do Poder Executivo e aqueles que lhes são imediatamente subordinados), do Poder Legislativo (parlamentares em geral) e do Poder Judiciário (magistrados em geral). Incluem-se ainda na categoria dos agentes políticos os membros do Ministério Público, bem como dos Tribunais de Contas e os representantes diplomáticos. Observe-se que não é determinante, para a qualificação dos agentes políticos que sejam essas pessoas eleitas por sufrágio universal, uma vez que, além da eleição, é possível investir os agentes políticos em suas funções através de concurso público (magistrados e membros do Ministério Público, por exemplo), ou por outras formas constitucionalmente admitidas, como é o caso dos membros dos Tribunais de Contas, cujo provimento é previsto no art. 73 da CF”. MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 2008, p. 242.

⁶³⁶ Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, 33% das ações de improbidade tem por alvo prefeitos ou ex-prefeitos. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade**. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 31.

⁶³⁷ “AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Improbidade administrativa - Secretário Municipal de Saúde que era proprietário e sócio-gerente de empresa cadastrada no SUS e que contratava com a Municipalidade ao tempo de sua nomeação, tendo com ela contratado em seu Secretariado - Violação ao disposto no artigo 37, "caput", da Constituição Federal, artigo 226 da Constituição Estadual, artigo 156 da LOM e no artigo 18 do Código de Saúde do Estado de São Paulo – Lei Complementar Estadual nº 791/95, além da Lei nº 8 080/90 - Ato de improbidade administrativa conforme o disposto no "caput" do artigo 11 da Lei nº 8 429/92 – Preliminares afastadas e negado provimento aos recursos”. (TJSP, Apelação Cível nº 829.802-5/3-00, 2ª Câmara de Direito Público, Relator Des. HENRIQUE NELSON CALANDRA, Data de registro: 07/05/2010)

LIA, limitando-se a fixar, a competência do próprio Pretório Excelso para julgamento da ação por improbidade administrativa movida em face de Ministro daquela Corte.

Todavia, o STF não se restringiu a delimitar o juízo competente, tendo avançado no exame do caso e decretado a extinção e arquivamento do feito, o que autoriza a concluir ter o Pretório excelso admitido, ainda que de modo implícito, a possibilidade de agentes políticos responderem por atos enquadrados na Lei 8.429/92. A orientação pela aplicação da LIA aos agentes políticos acabou se consolidando no STF⁶³⁸.

O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, passou a admitir a sujeição dos agentes políticos aos ditames da Lei 8.429/92, mesmo quando aplicável, simultaneamente, regime instituidor de crime de responsabilidade (Lei 1.079/50 ou Decreto-lei 201/67).

Contudo, a orientação inicial daquela Corte ressaltava que se a autoridade processada, em ações penais, gozasse de foro especial por prerrogativa de função, este foro haveria de ser observado também em relação ao processo por improbidade administrativa. Assim, entendia-se viável o ajuizamento de ação por improbidade administrativa em face de agente político; mas a demanda deveria ser deduzida perante o Tribunal com competência para julgá-lo por crimes comuns⁶³⁹.

Entretanto, o STF passou a registrar diversas decisões monocráticas em sentido oposto ao decidido pelo STJ e por ele mesmo na Pet 3.211/DF, sufragando a orientação pela competência do juízo de primeira instância para o processamento da ação de improbidade⁶⁴⁰.

Essa linha acabou sendo adotada também pelo STJ, de modo que se pode afirmar que a LIA é aplicável aos agentes políticos, ainda que estes respondam também por crime de responsabilidade; e que o juízo competente para a ação de improbidade administrativa é o da primeira instância⁶⁴¹, competente territorialmente

⁶³⁸ STF. Pet 4089 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2007, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2013 PUBLIC 01-02-2013.

⁶³⁹ STJ. Rcl 2790/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/12/2009, DJe 04/03/2010.

⁶⁴⁰ Por exemplo, Petição 5080-DF, DJ 01.08.2013 e Medida Cautelar na Reclamação 15.131-RJ, DJ 04.02.2013.

⁶⁴¹ "PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. A ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de

para o local em que praticada a ação ilícita ou que jurisdicione sobre a sede do ente lesado.

Note-se que o ponto não mais comporta controvérsia, pois a Lei 14.230/2021 albergou expressamente o agente político no conceito de agente público para os fins da LIA.

O novo parágrafo único do art. 2º, em adequação à jurisprudência do STJ, equipara o particular que maneja recursos públicos mediante convênio ou outro ajuste de repasse de verbas públicas a agente público. A nova redação da LIA confere maior clareza e segurança jurídica para situações da espécie.

Também pode ser sujeito ativo da improbidade o terceiro (*extraneus*) não se insira no conceito de agente público acima versado⁶⁴², desde que tenha contribuído ou participado, de qualquer forma, da prática do ato praticado por agente público, ao qual se ache vinculado animicamente⁶⁴³. É, assim, indispensável a existência de liame subjetivo entre o terceiro e o agente público.

Com o novo art. 2º, parágrafo único, da LIA, particular que maneja recursos públicos mediante convênio ou outro ajuste de repasse de verbas públicas é equiparado a agente público, mesmo que não esteja ligado a um agente público em sentido formal.

responsabilidade. Reclamação improcedente”. (STJ, Rcl 12.514/MT, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 13/03/2014, DJe 21/03/2014).

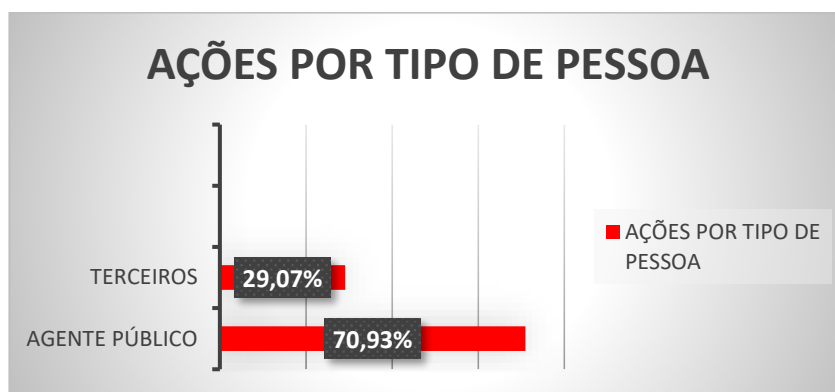
⁶⁴² “O terceiro, o particular, aquele que não é servidor ou agente público, segundo a lei, somente poderá ser coautor ou participante na conduta ilícita. De fato, o agente ou servidor público é quem dispõe efetivamente de meios e condições muito mais eficazes de realização das condutas materiais (positivas ou negativas), porquanto é dele o poder de praticar o ato estatal lesivo. Isso não impede que o particular ou terceiro seja mentor intelectual da ação de improbidade, seja o verdadeiro “gerente” dos atos ilícitos. Contudo, a lei é clara: as figuras para terceiros circunscrevem-se a duas ações: “induzir” ou “concorrer”. Finalmente, registre-se que, caso o “terceiro” seja beneficiado com a ação ilícita, incorrerá nas sanções previstas na lei, salvo a perda de função pública, como é natural, ausente tal requisito. FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade administrativa**: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 5.ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 52-53.

⁶⁴³ “A responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, apenas em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público. IV - Inviável a propositura de ação de improbidade administrativa contra o particular, sem a presença de um agente público no polo passivo, o que não impede eventual responsabilização penal ou ressarcimento ao Erário, pelas vias adequadas. Precedentes”. STJ. REsp 1405748/RJ, Rel. Ministra MARGA TESSLER (JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 17/08/2015.

A pessoa jurídica pode, enquanto ‘terceiro’, ser sujeito ativo da improbidade⁶⁴⁴. Trata-se de entidade reconhecida pelo Direito como sujeito de direitos e obrigações. Ostenta um centro decisório, constituído pela vontade emanada de seu corpo diretivo, vontade esta que se distingue da mera conjugação das vontades individuais manifestadas por seus diretores ou gerentes. Logo, nada impede que tal vontade esteja dirigida a induzir ou concorrer para a prática de ato de improbidade; ou mesmo, o que é bem comum, para dele se beneficiar, como ocorre, por exemplo, com empresa que emite nota fiscal por serviço não realizado, dividindo o lucro advindo do ilícito com o agente público que autorizou a despesa.

Os sócios ou acionistas da empresa certamente perceberão benefício indireto da ação indevida. Mas isto não anula o benefício direto recebido pela empresa, representado pelo aumento de seu faturamento e lucro. É, pois, numa tal hipótese, beneficiária do ato de improbidade, nada justificando que deixe de ser responsabilizada por ato do qual, voluntária e intencionalmente, concorreu e se beneficiou.

Estima-se que 70,93% das ações de improbidade tenham agentes públicos no polo passivo, contra 29,07% de casos envolvendo agentes privados⁶⁴⁵.



Quanto ao sujeito passivo da improbidade, é aquele que sofre as consequências negativas da ação, a ‘vítima’ direta da corrupção. Aqui se incluem as pessoas políticas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Também, demais

⁶⁴⁴ “Considerando que as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios”. STJ. REsp 970.393/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012.

⁶⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Lei de improbidade administrativa**: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 31.

órgãos ou entidades da Administração Direta ou Indireta (autarquias, fundações públicas), inclusive as que não tenham natureza de Direito Público (empresas públicas e sociedades de economia mista). Ainda, alcança entidades que não integram o aparato do Estado, mas dele recebem subvenções, incentivos ou qualquer forma de transferência de recursos do Erário⁶⁴⁶ (entidades incentivadas). O que importa é a origem pública do recurso malversado⁶⁴⁷.

Segundo a redação original da LIA, entidade custeada com recursos públicos em caráter minoritário atraía a incidência da norma⁶⁴⁸, limitando-se, nestes casos, a *sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos*.

Sustentava-se que a limitação do § único se referia apenas ao valor a ser devolvido ao Erário. As demais penas da LIA seriam amplamente aplicáveis. Mas havia quem defendesse que, nestes casos, somente seria cabível o ressarcimento do dano causado.

A nova redação constante do § 7º dirime a controvérsia, deixando claro que “estão sujeitos às sanções desta Lei” os atos cometidos contra tais entidades, independentemente do montante aportado pelo Erário, havendo limitação apenas do ressarcimento do dano “à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos”.

Por este dispositivo, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei 9.790/99), como entidade de proteção dos animais ou meio ambiente, apoiada pelo poder público, atrairá a aplicação da LIA.

⁶⁴⁶ “Caracterizada a fraude na execução de contrato entre empresa privada do ramo da informática e o Senac para o aluguel de computadores, com dano ao erário, está caracterizado o ato de improbidade, nos termos da Lei 8.429/92”. TRF4, AC 5026537-53.2011.4.04.7100, TERCEIRA TURMA, Relator CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, juntado aos autos em 02/12/2011

⁶⁴⁷ “A Lei 8.429 tem por escopo proteger a Administração em seu sentido mais amplo possível; é ela, em seus variados matizes e representações orgânicas e funcionais, quase sempre, alvo de ‘corrupção’, de favoritismos, de má gestão; enfim, de toda sorte de malversações e ilícitos. Remarque-se novamente a abrangência do que se entende por ‘Administração’. Nota-se claramente que a *ratio legis* volta-se para o controle dos ‘dinheiros públicos’ (bens, direitos, recursos, com ou sem valor econômico) em todo espectro da Federação brasileira e em toda e qualquer categoria de empresas e órgãos públicos, entidades ou empresas particulares relacionadas na lei. FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 5.ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 47.

⁶⁴⁸ *Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.*

3.2.3 Penas na improbidade administrativa

A LIA prevê as seguintes consequências para o condenado por improbidade, estipulando gradações distintas em função da espécie de ato praticado: a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) ressarcimento integral do dano; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos; e) multa civil; f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Com a reforma operada pela Lei 14.230/2021, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos não mais se aplicam aos condenados pelo art. 11, que só podem sofrer imposição de multa e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

O art. 12 da LIA ampliou o elenco de penas estabelecido constitucionalmente para o ato de improbidade, acrescentando ao rol do art. 37, § 4º, da Constituição Federal a multa civil, perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e proibição de contratar com o poder público ou dele receber benefícios fiscais ou de crédito. Não há, todavia, inconstitucionalidade na expansão promovida pela LIA, na medida em que apenas reforça, não diminui, o espectro de proteção da probidade previsto pelo Constituinte⁶⁴⁹.

De se pontuar, de outro lado, que a perda de bens e o ressarcimento do dano não são tecnicamente penas, mas consequências necessárias do ato, pois visam tão somente à recomposição do *status quo* anterior à sua prática, o que impede sejam as únicas medidas infligidas ao condenado⁶⁵⁰. Sua natureza é reparatória e fundada no

⁶⁴⁹ “A própria Constituição Federal prevê as sanções mínimas e obrigatórias pela prática do ato de improbidade administrativa, delegando à lei a forma e a gradação, não excluindo a responsabilidade penal cabível, e tampouco a possibilidade de criação de novas sanções pela legislação pertinente”. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 2721.

⁶⁵⁰ “Todavia, apesar da cumulação das referidas sanções não ser obrigatória, é pacífico no âmbito desta Corte Superior o entendimento de que, caracterizado o prejuízo ao erário, o ressarcimento não pode ser considerado propriamente uma sanção, mas apenas consequência imediata e necessária de reparação do ato ímprobo, razão pela qual não pode figurar isoladamente como penalidade”. 7. Sobre o tema: STJ. REsp 1302405/RR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 02/05/2017; AgRg no AREsp 606.352/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 10/02/2016; REsp 1376481/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 22/10/2015; REsp 664.440/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/04/2006, DJ

princípio geral que impõe ao causador do dano o dever de sua reparação (art. 927 do Código Civil). Assim, por não fundados no *ius puniendi* estatal, não devem ser confundidos com uma pena⁶⁵¹.

Sendo consequência civil do ato de improbidade, independem da gravidade da lesão causada. Sua cogência e inafastabilidade decorrem do art. 37, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal⁶⁵², que assenta, inclusive a imprescritibilidade das ações de ressarcimento do dano decorrente de improbidade administrativa⁶⁵³.

A única condicionante é a comprovação da lesão ao Erário, decorrente de dolo do agente público (e terceiro eventualmente associado) na prática do dano ao patrimônio público. A quantificação exata da lesão pode ser relegada para o cumprimento de sentença⁶⁵⁴.

Ainda que se reconheça a ausência de má-fé do agente em malferir o interesse público, mas sendo possível apontar falha na condução dos negócios estatais, falha esta geradora de dano ao erário, o ressarcimento é devido, pois configurado ilícito civil (não improbidade, de modo que neste caso não se cogita da aplicação das penas do

08/05/2006, p.175. (STJ. AgInt no REsp 1611275/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 20/03/2018)

⁶⁵¹ MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 67.

⁶⁵² “§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

⁶⁵³ “[...] 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. [...]”. (STF. RE 852475, Relator ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019).

⁶⁵⁴ O Superior Tribunal de Justiça tem admitido a utilização do valor do ressarcimento do dano ao erário, a ser apurado em liquidação de sentença, como base de cálculo para a aplicação da sanção de pagamento de multa civil. Seja como for, o dispositivo invocado pelo recorrente (art. 12, II, da LIA), só por si, não possui comando capaz de ensejar o acolhimento de sua pretensão (no sentido de que a multa deveria ser fixada em valor certo já na sentença condenatória), haja vista que o próprio dispositivo legal em comento admite a condenação ao "pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano". (STJ. REsp 1445348/CE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 11/05/2016)

art. 12 da LIA, justamente pela falta do elemento volitivo revelador de desonestidade). Contudo, diante de mero ilícito civil, a ação de ressarcimento é prescritível⁶⁵⁵.

Em se tratando de ato de improbidade, a prerrogativa para impor as sanções do art. 12 é prescritível⁶⁵⁶. Mas, mesmo reconhecida a prescrição da pretensão de sancionar o ímprobo (prerrogativa de impor as penas do art. 12), permanece, por força da imprescritibilidade constitucional, a possibilidade de prosseguimento da ação de improbidade, voltada tão somente ao ressarcimento do dano ao Erário⁶⁵⁷.

A obrigação de reparar o dano sempre foi considerada solidária, podendo ser imposta a apenas um dos condenados, quando vários o forem. A jurisprudência vinha admitindo a individualização e divisão da responsabilidade pelo dano, na fase de cumprimento de sentença⁶⁵⁸. A nova redação da LIA altera o cenário: “Art. 17-C, § 2º Na hipótese de litisconsórcio passivo, a condenação ocorrerá no limite da participação e dos benefícios diretos, vedada qualquer solidariedade”.

Enquanto a versão original do PL admitia “a condenação solidária quando presentes os requisitos cabíveis”, o substitutivo apresentado e aprovado vedou “qualquer solidariedade”. A norma do aprovada “enfraquece o sistema de repressão aos atos ímprobos e a reparação do dano que dela é consequência”, e “coloca em risco o princípio constitucional da moralidade”⁶⁵⁹.

⁶⁵⁵ Ementa: CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. STF, RE 669069, Tribunal Pleno, Min. TEORI ZAVASCKI, Julgamento: 03/02/2016. Tema 666.

⁶⁵⁶ “Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência”.

⁶⁵⁷ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. PRESCRIÇÃO. A declaração da prescrição das sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa não impede o prosseguimento da demanda quanto à pretensão de ressarcimento dos danos causados ao erário. Recurso especial provido. STJ. REsp 1331203/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 11/04/2013.

⁶⁵⁸ A orientação jurisprudencial consolidada nesta Corte Superior é no sentido de que é solidária a responsabilidade pelo ressarcimento ao erário, ressaltando-se a possibilidade de discussão a esse respeito em fase de liquidação de sentença. 2. No caso em questão o acórdão recorrido afirma expressamente que não é possível determinar desde já a efetiva participação de cada um dos envolvidos na prática do ato de improbidade administrativa. 3. Assim, deve ser mantida a responsabilidade é solidária até, ao menos, a instrução final do feito, em que se poderá delimitar a quota de responsabilidade de cada agente para o ressarcimento. STJ. AgInt no REsp 1687567/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 02/03/2018.

⁶⁵⁹ ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL (AJUFE). Nota técnica n.º 2/2021. Disponível em: https://www.ajufe.org.br/images/2021/pdf/AJUFE_Nota_Te%CC%81cnica_n%C2%BA_2-2021_PL_10.887-2018.pdf. Acesso em: 28/05/2021.

A disposição está em confronto com o Código Civil⁶⁶⁰, representando tratamento mais benéfico aos autores de ato de improbidade e tem implicações potenciais com o princípio da indispensabilidade do ressarcimento (art. 37, § 4º, CF e Tema 897, do STF).

Tratando-se de recomposição dos prejuízos gerados, quem o sofreu é o beneficiário dos valores arrecadados na ação de improbidade a título de ressarcimento do dano. Esta solução também é indicada pela Lei Anticorrupção⁶⁶¹.

Todo o patrimônio do condenado (agente público ou terceiro), fica sujeito à reparação do dano, independentemente de sua origem. Bens adquiridos antes da prática do ato estão sujeitos à constrição, inclusive podem ser objeto da cautelar de indisponibilidade de bens⁶⁶².

Inclusive o patrimônio transferido por força de herança aos sucessores fica à disposição da reparação. Como não é pena, não se pode considerar violado o art. 5º, XLV da Constituição Federal⁶⁶³.

A exemplo do que se viu no ressarcimento do dano, a perda daquilo que ilicitamente se acresceu ao patrimônio representa mera recomposição do *status quo ante*, tendo por escopo levar o ímprobo à mesma situação patrimonial que desfrutava antes de se beneficiar do ato ilícito. Logo, a perda de bens não é pena, mas consequência necessária do ilícito.

A perda de bens só se concretiza com o trânsito em julgado da condenação. Até tal momento, viável a indisponibilidade de bens do acusado, como forma de garantir a futura execução.

Quanto aos bens sujeitos, aqui há diferença em relação ao ressarcimento: só podem ser perdidos os bens efetivamente acrescidos em função da improbidade, ou os neles sub-rogados. Deve ser demonstrada evolução patrimonial do agente, como condição para a perda de bens.

⁶⁶⁰ “Art. 942. [...] se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

⁶⁶¹ “Art. 24. A multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas.”

⁶⁶² “Nesse contexto, a indisponibilidade pode recair sobre bens adquiridos antes ou depois dos fatos descritos na inicial, bem como sobre bens de família. Precedentes”. (AgInt no REsp 1772897/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 16/12/2019)

⁶⁶³ “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;”

Os bens arrecadados devem ser revertidos em favor do órgão ou ente lesado, reconstituindo o patrimônio decrescido pela prática da improbidade (art. 18).

O perdimento pode coexistir com o ressarcimento, desde que tenham fundamento diverso. Pense-se em propina representada por automóvel. Em vista desse proveito, o agente público firma contrato administrativo com a empresa que venceu fraudulentamente licitação, mediante prévio ajuste de preços entre os licitantes. Há neste caso hipotético um bem ilícitamente recebido (carro) e dano ao erário (maior preço pago pela contratação superfaturada). Deverá, em uma tal hipótese, haver a perda do bem indevidamente recebido (carro), além do ressarcimento do valor a maior pago pela contratação, por este respondendo o agente público e os terceiros beneficiados com o ato, em caráter de solidariedade.

No que diz com as sanções decorrentes da LIA (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios), a prerrogativa de impor as penalidades está sob reserva de jurisdição, sendo necessária propositura de ação com esta específica finalidade (ação civil pública por improbidade administrativa) para submissão do acusado ao feixe de punições previstos em lei.

Esta ressalva é importante, porque a Lei 8.112/90 também trata de improbidade administrativa, lá como infração funcional que enseja demissão (132, IV). Assim, se constatada em processo administrativo disciplinar (PAD) a prática de improbidade, a autoridade competente pode decretar a demissão, mas não pode, por exemplo, aplicar a suspensão de direitos políticos ou a multa civil, com base na LIA. Para que as consequências do art. 12 tenham aplicação, a autoridade administrativa deverá representar ao Ministério Público ou à procuradoria jurídica do órgão ou ente para que promovam a ACP por improbidade.

Neste caso, não haverá *bis in idem*, em face da independência das instâncias administrativas e judicial⁶⁶⁴, exceção feita à absolvição criminal lastreada em prova de

⁶⁶⁴ “PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO DE SERVIDOR. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. 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”. STF. RE 736351 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 12/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 10-12-2013 PUBLIC 11-12-2013.

inocorrência do fato ou não participação do acusado, o que repercutirá necessariamente no desfecho do processo por improbidade⁶⁶⁵.

Nas circunstâncias em questão, a preponderância do desfecho do processo penal sobre o de improbidade é contingência da extrema gravidade das condutas qualificadas como crimes (*ultima ratio*) e das garantias inerentes àquele tipo de processo, mais intensas que as existentes em expedientes de outra natureza. Contudo, dita preponderância não deve ocorrer em absolvições por insuficiência de prova sobre a ocorrência do fato ou da participação do réu nele, já que, em tais casos, a prova pode ser produzida oportunamente em processo administrativo ou civil; o mesmo se dando quanto à absolvição pelo reconhecimento de que o ilícito não constituir crime, pois não obstante não se qualifique como fato típico penal, pode se caracterizar como ilícito administrativo, civil ou ato de improbidade⁶⁶⁶. Esta a ideia subjacente à liminar concedida na ADI 7.236 pelo STF, a suspender a eficácia do art. 21, § 4º da Nova LIA.

São frequentes alegações de que o sancionamento de um mesmo ato de corrupção por diversos ramos do Direito implica em violação ao princípio do *ne bis in idem* ('não duas vezes o mesmo')⁶⁶⁷. No Brasil, a corrupção pode ensejar responsabilidade administrativa do servidor público, pela Lei 8.112/90, punível com demissão. Ainda, configura crime, como os de peculato ou corrupção passiva, que podem levar à prisão e acarretar a perda do cargo. Igualmente, implica em improbidade administrativa, sujeitando o condenado à multa, suspensão de direitos políticos, proibição de contratar com a Administração e, novamente, perda do cargo. E se o violador for pessoa jurídica, além das penas da LIA, se sujeita às da LAC, inclusive a eventual dissolução compulsória da empresa (pelo menos era a interpretação que gracejava antes dos novos art. 3º, § 2º e 12, § 7º).

⁶⁶⁵ O Art. 935 do Código Civil rege que: "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". Nesta esteira, a jurisprudência que se firmou é no seguinte sentido: "As esferas cível, administrativa e penal são independentes, com exceção dos casos de absolvição, no processo criminal, por afirmada inexistência do fato ou inocorrência de autoria, o que não se verifica na hipótese, uma vez que, nos termos em que estabelecida pela instância ordinária, a improcedência da ação penal deu-se em razão de as circunstâncias fáticas não constituírem infração penal, hipótese que não tem interferência na jurisdição civil". STJ. AgInt nos EDcl no REsp 1451163/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/04/2020, DJe 24/04/2020.

⁶⁶⁶ GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do Agente Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 315-316.

⁶⁶⁷ SABOYA, Keity. **Ne bis in idem**. História, Teoria e Perspectivas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

É de se notar, contudo, que o princípio *ne bis in idem* tem sua aplicação restrita ao campo penal⁶⁶⁸, de modo a obstar que um mesmo fato seja julgado repetidamente, ou que a mesma pessoa seja punida duplamente pelo mesmo fato, na órbita penal. Já no plano da intersecção das diversas esferas de responsabilização, foi opção do constituinte de 1988 sua operação integrada, cumulativa e independente, de modo que é constitucional o sancionamento da corrupção por mais de uma esfera punitiva, ainda que o apenamento realizado em uma área possa ser sopesado na aplicação de mais uma sanção sobre o mesmo fato⁶⁶⁹.

A Lei 14.230/2021 visa alterar o panorama, estabelecendo que sentenças civis e penais absolutórias, estas independentemente do fundamento invocado, obstem ações por improbidade⁶⁷⁰.

Com relação às sentenças proferidas em outro juízo civil, sua comunicabilidade à AIA, para fins de obstá-la, é tema mais polêmico, uma vez que formadas com *standarts* de prova menos rigorosos⁶⁷¹. De se atentar para o fato de o Ministério Público ter ou não participado do processo anterior, para fins de delimitação da eficácia subjetiva da coisa julgada⁶⁷².

Parece que se outra ação civil, como a ACP por ato lesivo da LAC, contando com as mesmas partes da AIA, tenha proclamado que o fato não ocorreu ou que o réu dele não participou, a questão não pode ser renovada, sob pena de ofender à coisa julgada.

Mais delicada é a disposição do parágrafo 4º, que impede o trâmite da AIA quando houver sentença de absolvição criminal confirmada por órgão colegiado,

⁶⁶⁸ Neste sentido, veja-se escorço feito por MACHADO, em que aponta, ainda, que o Brasil não tem incorporado o princípio textualmente na Constituição Federal, decorrendo sua incidência “da adesão do Brasil ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e à Convenção Americana de Direitos Humanos”. MACHADO, Maira Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 55, p. 257-295 jul/dez 2019, p. 283.

⁶⁶⁹ Decreto-Lei 4567/42, Art. 22, § 3º: As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

⁶⁷⁰ Art. 21, § 3º As sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 4º A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

⁶⁷¹ Neste sentido, confira-se: AJUFE. **Nota Técnica nº 3/2021**, p. 67.

⁶⁷² CPC, Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

independentemente do fundamento da absolvição. Assim, mesmo uma absolvição penal por falta de provas, ou porque o fato, embora ilícito, não constitua crime, será impeditiva do ajuizamento ou prosseguimento da AIA.

Notar que, para que aplicável esta previsão, é necessário que a absolvição criminal seja reconhecida em duas instâncias: a primeira que absolve e a segunda, necessariamente advinda de órgão colegiado, que confirma a primeira.

A par disto tudo, parece inviável sustentar a constitucionalidade deste parágrafo 4º, pois, ao admitir o trancamento da AIA por decisões que não definem o mérito da improbidade, fragiliza ao extremo o princípio da independência das esferas punitivas.

A vinculação absoluta do destino da AIA ao desfecho de um processo penal, mesmo nas situações em que este sequer define de modo conclusivo sobre a participação do acusado no ilícito ou que apenas conclui não ser este um tipo penal, cria uma vinculação extrema do processo por improbidade à ação penal e faz tábula rasa do art. 37, § 4º da Constituição.

Como lembra José Carlos Fernandes Junior⁶⁷³:

Diante desse panorama, é evidente que a reestruturação pretendida pelo legislador infraconstitucional (que pretende evidenciar a proximidade entre o Direito Penal e o Direito Administrativo e mitiga, com maior intensidade, a independência entre essas instâncias), ao argumento de impedir a acumulação de punição pelos mesmos fatos, homenageando princípios constitucionais como o da segurança jurídica, acaba por praticamente esvaziar o propósito da Lei de Improbidade Administrativa no que tange à imposição de penalidades pelos atos de improbidade administrativa. (...) Por consequência, é importante gizar a necessidade de que a nova configuração passe pelo prisma do princípio da proporcionalidade, que veda tanto o excesso de proibição como a proteção deficiente, vertentes por meio dos quais as ações do legislador são balizadas, respectivamente, pela proibição do excesso de intervenção como pela inércia (falta) de intervenção, que reflexivamente vulneram direitos e garantias fundamentais tornando-se, portanto, desproporcionais em sentido estrito.

Neste passo, conclui-se pela inconstitucionalidade da vinculação da LIA ao desfecho do processo penal, salvo nas situações que concluam pela inexistência do ilícito ou pela não participação do acusado nele. Em linha semelhante foi o STF, pois liminar do Ministro Alexandre de Moraes suspendeu a eficácia do art. 21, § 4º,

⁶⁷³ FERNADES JUNIOR, José Carlos. A intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. **Revista Consultor Jurídico**, edição 01/12/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-01/opiniao-direito-penal-direito-administrativo-sancionador#author>. acesso em: 02/12/2021.

asseverando que “a comunicabilidade ampla pretendida pela norma questionada acaba por corroer a própria lógica constitucional da autonomia das instâncias”⁶⁷⁴.

Ao aplicar as sanções, muito embora sua natureza civil-administrativa, a gravidade e intensidade das restrições previstas na LIA indicam que sua aplicação deva ser feita em consonância com princípios informadores do Direito Penal⁶⁷⁵, em especial a individualização da pena, a proporcionalidade entre sanção e gravidade do fato, motivação e ampla defesa⁶⁷⁶⁻⁶⁷⁷.

É de se notar, contudo, que a LIA foi editada em contexto de baixa efetividade do Direito Penal para punir casos de corrupção. A ideia, então, foi levar para a arena cível, em que o ônus da prova é menos pesado para quem acusa⁶⁷⁸, o julgamento daqueles processos com provas de corrupção, mas não com a robustez requerida por uma ação penal⁶⁷⁹. Na prática, contudo, as ações por improbidade têm se revestido

⁶⁷⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 7.236-MC, Relator Ministro ALEXANDRE DE MORAES, 27/12/2022.

⁶⁷⁵ “Em que pese sua natureza extra-penal, a aplicação das sanções cominadas na Lei de Improbidade, não raro, haverá de ser direcionada pelos princípios básicos norteadores do direito penal, o qual sempre assumirá uma posição subsidiária no exercício do poder sancionador do Estado”. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 430.

⁶⁷⁶ “No exercício da atividade punitiva a Administração pratica atos materialmente jurisdicionais, por isso que se submete à observância obrigatória de todas as garantias subjetivas consagradas no Processo Penal contemporâneo, onde não encontram abrigo as posturas autoritárias, arbitrarias ou desvinculadas dos valores da cultura”. STJ. REsp 1193248/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 18/08/2014.

⁶⁷⁷ É de essencial importância a motivação acerca da sanção ou conjunto de sanções escolhidos, bem como de sua graduação, quando a conduta. Realmente, têm sido frequentes decisões que pecam neste quesito, o que é muito perigoso, sobretudo porque a “Lei parece ter apostado no senso de ‘razoabilidade’ e de ‘proporcionalidade’ dos julgadores de todo o país, em todas as instâncias, uma aposta arriscada”, já que estudo feito em 353 julgados do TJSP demonstra que “pelo menos metade dos casos em que a improbidade foi reconhecida os acórdãos não têm qualquer fundamentação quanto à escolha judicial das sanções”; e quanto à outra metade, “em geral há simples remissão mecânica aos parâmetros do parágrafo único do art. 12 (extensão do dano e proveito patrimonial do agente), sem real justificativa ligada ao caso concreto” (SUNDFELD, Carlos Ari; KANAYAMA, Ricardo Alberto. A promessa que a Lei de Improbidade Administrativa não foi capaz de cumprir. **Edição Especial da Revista da AGU**. Publicações da Escola da AGU, Brasília, v. 12, n. 02, p. 420).

⁶⁷⁸ Quanto ao *standart* de prova, contudo, não se aplica o da prova acima da dúvida razoável, típico do processo penal, pois apropriado apenas para casos em que esteja em jogo a liberdade do indivíduo. Na improbidade, em que pese a gravidade das sanções possíveis, não se vê em jogo o valor liberdade, de modo que o critério de prova apropriado, sopesadas também a dificuldade de provar atos de corrupção e a necessidade de dar resposta à sociedade contra atos cometidos em detrimento da Administração e da moralidade pública, deve ser o dos processos cíveis em geral, qual seja o da prova clara e convincente (ou da preponderância de evidência). Sobre o tema: BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; GUARAGNI, Fábio André; DE MACEDO, Gustavo Henrique Rocha. **MODELOS DE CONSTATAÇÃO DE PROVAS EM LIDES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E CONFISCO ALARGADO NO PROCESSO PENAL**. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, v.2, n. 27, 2020.

⁶⁷⁹ PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. **Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement: Potential Lessons for Institutional Design**. International Research Initiative on Brazil and Africa, Working paper n. 9, p. 18. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2497936>. Acesso em: 08/05/2021.

de formalidades assemelhadas às da ação penal, o que se evidencia de modo especial no momento de aplicação da pena ao condenado por improbidade.

Neste campo, especial relevo assume o princípio da proporcionalidade, no sentido de que a punição deve ser adequada à gravidade da infração. O juiz, ao escolher a pena ou penas cabíveis para o caso em exame, e na quantificação daquelas que comportam gradação, deve ter em mira as consequências e circunstâncias do ato praticado, sobretudo a extensão do dano causado e o proveito econômico eventualmente obtido pelo agente⁶⁸⁰⁻⁶⁸¹.

De se frisar que o juiz não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas nos incisos do art. 12. Isto pode ocorrer ou não, a depender das peculiaridades do ato praticado⁶⁸²⁻⁶⁸³. No entanto, como há discricionariedade na escolha e gradação das sanções, necessária a devida motivação das escolhas operadas, a permitir o controle de sua correção⁶⁸⁴.

Com relação às penas em espécie, desponta a perda da função pública, de extrema gravidade, pois seu objeto é excluir o agente do serviço público. Por esta

⁶⁸⁰ As circunstâncias do caso são o principal norte para indicar o feixe de sanções adequado. Por exemplo, empresa que já tenha programa de *compliance* estabelecido pode, mesmo que tenha sido insuficiente para evitar a improbidade em julgamento, merecer punição mais branda, por estar evidenciado compromisso com a ética negocial, o que poderia, em tese, recomendar o afastamento da pena de proibição de contratar com o poder público (GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. O COMPLIANCE E A DOSIMETRIA DA PENA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE: PONDERAÇÕES A PARTIR DA NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO. *Juris Plenum*, v. 14, n. 80, p. 7–26, mar. 2018).

⁶⁸¹ Lei 8.429/92, “Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato”.

⁶⁸² “As sanções resultantes da condenação pela prática de ato improbidade administrativa devem observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, motivo pelo qual a aplicação cumulativa das penalidades legais deve ser considerada facultativa, observando-se a medida da culpabilidade, a gravidade do ato, a extensão do dano causado e a reprimenda do ato ímprobo”. STJ. AgInt no AgInt no AREsp 685.930/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/04/2020, DJe 24/04/2020.

⁶⁸³ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/24): “Art. 22, § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

⁶⁸⁴ “A aplicação das sanções deve ser fundamentada. Havendo sanções com limite mínimo e máximo, devem restar especificados os motivos pelos quais hajam sido fixadas neste ou naquele montante. Mais ainda a fundamentação será necessária, já não agora tanto para explicar o motivo da aplicação da pena, mas antes o motivo pelo qual uma ou mais delas deixa ou deixam de ser aplicadas, quando se comunga da tese de inexistência de obrigatoriedade de imposição cumulativa de todas as sanções”. Neste sentido: DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 204.

razão, sua execução fica condicionada ao trânsito em julgado da condenação (art. 20), ressalvada a possibilidade de afastamento cautelar, adiante examinado.

A penalidade é impositiva ao condenado por enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, não se aplicando mais por violação dos princípios da Administração (art. 12, III). Serve para extirpar da Administração aquele que comprovadamente não reúna o mínimo de idoneidade para servir no aparato estatal.

Todos os que se encaixem no conceito de agente público (art. 2º), independente da forma de investidura no cargo, emprego ou função ocupados, estão sujeitos à perda do vínculo mantido com o poder público. De acordo com o novo parágrafo 1º:

§ 1º A sanção de perda da função pública, nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento da infração, podendo o magistrado, na hipótese do inciso I do caput deste artigo, e em caráter excepcional, estendê-la aos demais vínculos, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração.

Esta alteração encerra dissídio então existente entre as Turmas do STJ e que fora resolvida no fim 2020 no sentido contrário da mudança legislativa⁶⁸⁵. Agora só será admissível atingir cargo diverso daquele em que fora cometida a improbidade quando a condenação se dê pelo art. 9º e “em caráter excepcional, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração”.

A pena não é perpétua, de modo que se o agente vier a ser aprovado em novo concurso, posteriormente à perda da função que anteriormente exercera, poderá constituir novo vínculo com a Administração. Contudo, deve-se ter em mente o disposto no art. 137 da Lei 8.112/90: “A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos”.

⁶⁸⁵ “[...] VIII. A controvérsia então existente entre as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ - sobre a abrangência da sanção de perda da função pública, em ações por improbidade administrativa - foi dirimida, em 09/09/2020, com o julgamento dos EREsp 1.701.967/RS (Rel. p/ acórdão Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe de 02/02/2021). Na ocasião, prevaleceu o entendimento adotado pela Segunda Turma, no sentido de que 'a sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecorrível' (REsp n. 924.439/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma. DJ de 19/8/2009)" (STJ, EREsp 1.701.967/RS, Rel. p/ acórdão Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 02/02/2021).

Todavia, não obstante a reforma legislativa, o rompimento total dos vínculos parece ser a melhor opção⁶⁸⁶ para casos de grave violação ao dever de probidade, pois, do contrário, seria considerar o agente ímprobo para exercer determinado cargo, mas idôneo para o exercício de outro.

A LIA era omissa quanto à hipótese de o servidor se aposentar no curso do processo e ter a perda do cargo posteriormente decretada. O STJ vinha entendendo ser cabível cassar a aposentadoria do servidor estatutário⁶⁸⁷, condenado por improbidade, como consequência lógica da perda do cargo, desde que o ilícito tivesse sido cometido ainda no exercício do cargo e que a sentença tenha expressamente decretado a cassação⁶⁸⁸.

Em julgamento de 2021 o STJ firmou entendimento em sentido contrário, não admitindo a imposição da pena de cassação de aposentadoria na ação de improbidade, por falta de previsão legal expressa⁶⁸⁹. Como o novo texto da LIA não dispôs de modo distinto, à luz do recentemente decidido pelo STJ, é inviável a imposição da cassação de aposentadoria a condenados por improbidade.

A sanção de suspensão dos direitos políticos é outra de acentuada gravidade. Como atinge prerrogativas inerentes à cidadania⁶⁹⁰, em especial a de se habilitar para

⁶⁸⁶ Sobre o tema: MARTINS, Tiago do Carmo. **Perda e Afastamento do Cargo por Ato de Improbidade**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/perda-e-afastamento-do-cargo-por-ato-de-improbidade>. Acesso em: 01/08/2020.

⁶⁸⁷ Para os celetistas não há base normativa. A esse respeito: MARTINS, Tiago do Carmo. **Anotações à Lei de Improbidade Administrativa**. Itajaí: Verbo Jurídico, 2017, p. 180.

⁶⁸⁸ STJ. EDcl no REsp 1682961/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 22/05/2019.

⁶⁸⁹ “DIREITO ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÃO DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. 1. IMPOSIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. LEGALIDADE ESTRITA EM MATÉRIA DE DIREITO SANCIONADOR. PRECEDENTES. 2. INCOMUNICABILIDADE ENTRE AS ESFERAS CÍVEL, CRIMINAL E ADMINISTRATIVA, NO CAMPO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES E LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. 3. SANÇÃO DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE JUDICIAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONHECIDOS, PARA NEGAR-LHES PROVIMENTO, DIVERGINDO, COM A DEVIDA VÊNIA, DO EMINENTE RELATOR”. (REsp 1496347/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2021, DJe 28/04/2021)

⁶⁹⁰ Segundo MORAES, direitos políticos representam “Conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular, conforme preleciona o caput do art. 14 da Constituição Federal. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no status *activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania [...]. Assim, são direitos políticos: direito de sufrágio; alistabilidade (direito de votar em eleições, plebiscitos e referendos); elegibilidade; iniciativa popular de lei; ação popular; organização e participação de partidos políticos. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 233/234).

exercício de cargos eletivos, a exemplo do que ocorre com a perda do cargo, só se efetiva com o trânsito em julgado da condenação (art. 20 da LIA).

Esta sanção, inobstante o silêncio da lei e abalizada orientação em sentido diverso⁶⁹¹, deve ter sua aplicabilidade circunscrita aos agentes políticos, que se valeram de sua investidura política e dela abusaram para cometer atos de corrupção⁶⁹².

Isto porque é recomendável que a penalidade guarde relação com a natureza do ilícito praticado. Se o agente não se valeu das prerrogativas inerentes ao gozo de seus direitos políticos para cometer o ilícito, não parece razoável suprimi-los, podendo haver a devida e proporcional punição com a imposição das outras sanções do art. 12 da LIA.

De se registrar que a Lei 14.230/2021 criou uma espécie de *insignificância mitigada*, atos de improbidade que representariam menor ofensa à moralidade e, por isso, não sujeitam o ímprobo a perda dos direitos políticos nem proibição de contratar com o poder público⁶⁹³.

Em relação à multa civil, tem natureza eminentemente sancionatória. Procura penalizar financeiramente quem obrou contra a Administração. Por esta razão, se

⁶⁹¹ “À incidência da sanção é desinfluyente o fato de o agente público ser ou não detentor de mandato eletivo: sua aplicação, assim, será direcionada pela gravidade do ato de improbidade e pela necessidade de restringir determinado direito que o ímprobo demonstrara não ser digno de possuir”. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 479.

⁶⁹² “A suspensão dos direitos políticos, a meu ver, revela-se apropriada para sancionar agentes políticos que praticaram atos de improbidade administrativa, por exemplo, no exercício de mandato eletivo sufragado pelo voto, ou quando o acesso ao cargo público se deu por indicação política. Estas seriam hipóteses em que se recomendaria a aplicação da suspensão dos direitos políticos, que tem, como consequência mais significativa, a perda temporária das capacidades eleitorais ativa e passiva (anote-se que a impossibilidade de reingressar no serviço público independe da suspensão dos direitos políticos, pois decorre do art. 137 da Lei n. 8.112/90). Daí porque entendo que, no caso dos autos, incorre a necessária relação de pertinência entre a natureza do ilícito praticado e a aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos”. TRF4, excerto de voto na AC 2004.70.02.000372-5, Quarta Turma, Relator Valdemar Capeletti, D.E. 21/09/2009.

⁶⁹³ “Art. 12, § 7º Em se tratando de atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta lei, além do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos, quando for o caso, a sanção se limitará à aplicação de multa, nos termos do caput deste artigo”. Contudo, a ideia de insignificância não se compatibiliza com a LIA. Ou o ato caracteriza improbidade, ou não caracteriza. A improbidade se consiste em violação que ultrapassa o plano patrimonial, repercutido no plano da moralidade, que não pode ser medida pecuniariamente. Neste sentido: REsp 892.818/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 10/02/2010. Ao contrário, reconhecendo a aplicação da insignificância para descaracterizar a improbidade: REsp 1536895/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 08/03/2016. A mesa ideia, aliás, é a que norteia a Súmula 599 do STJ, embora forjada para a seara penal: “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”.

distingue do ressarcimento, que apenas recompõe a situação anterior ao ato. E por ser sanção, a multa não deveria se transmitir aos sucessores, na forma do art. 5º, XLV da Constituição Federal.

No entanto, o STJ vinha admitindo a transmissibilidade da multa aos sucessores, embora apenas para os casos de enriquecimento ilícito e lesão ao erário⁶⁹⁴. O novo texto da LIA reverte essa orientação, estabelecendo que o sucessor fica sujeito apenas “à obrigação de repará-lo até o limite do valor da herança ou do patrimônio transferido” (art. 8º).

O valor arrecadado com a multa deve ser revertido em favor da entidade lesada, como forma de atenuar os efeitos deletérios da improbidade⁶⁹⁵. O parâmetro para fixar o valor da multa é o valor do proveito obtido, em se tratando de enriquecimento indevido (art. 9º); ou o valor da lesão patrimonial, em se tratando de dano ao erário (art. 10).

No caso de condenação por violação ao art. 11, o critério para imposição da pena é o rendimento auferido pelo agente público. Nesta última hipótese, havendo condenação de terceiro, sem vínculo com a Administração, o parâmetro da multa será a remuneração do agente público a quem o terceiro se associou, pois este é o elo que permite a incidência da LIA sobre o particular⁶⁹⁶.

No que diz, finalmente, com a proibição de contratar com o Poder Público e dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, é penalidade que impede

⁶⁹⁴ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FALECIMENTO DO RÉU NO CURSO DA DEMANDA. HABILITAÇÃO INCIDENTAL DE HERDEIROS. POSSIBILIDADE. ART. 8º DA LEI N. 8.429/1992. SÚMULA 83/STJ. 1. Com efeito, a Lei n. 8.429/1992 em seu art. 8º dispõe expressamente que “o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer, ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança”. 2. Somente os sucessores do réu nas ações de improbidade administrativa fundadas nos arts. 9º e/ou 10 da Lei n. 8.429/1992 estão legitimados a prosseguir no polo passivo da demanda, nos limites da herança, para fins de ressarcimento e pagamento da multa civil. Consoante o art. 8º da LIA, a multa civil é transmissível aos herdeiros, “até o limite do valor da herança”, somente quando houver violação aos arts. 9º e 10 da referida lei (dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito), sendo inadmissível a transmissão quando a condenação se restringir ao art. 11 (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011). 5. In casu, como a condenação do réu por ato de improbidade administrativa se deu somente com base no art. 11 da LIA, uma vez que não há prova de lesão ao erário, é indevida a transmissão da pena de multa ao Espólio de José Nilo de Castro”. STJ, EDcl no REsp 1505356/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 13/09/2017.

⁶⁹⁵ “A Lei 8.429/92 não indica a quem deverá ser destinado o valor da multa civil. Razoável que o destinatário seja a entidade prejudicada pelo ato de improbidade” (DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 212).

⁶⁹⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 482.

a celebração de contratos e a percepção de incentivos ou crédito vindos do Estado. A pena não se limita à pessoa física condenada, mas reflete sobre a pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Atinge, assim, a pessoa física do condenado e a empresa da qual seja sócio majoritário.

Por vedar contratações com entes públicos, tem-se sustentado que sua aplicação deve decorrer de ilegalidades cometidas em contratações anteriores com a Administração⁶⁹⁷.

Tradicionalmente, a proibição de contratar ou receber benefícios fiscais ou creditícios alcançava todos os entes da Administração, direta ou indireta, em todos os níveis federativos, não se restringindo à esfera governamental da entidade lesada. Sob esta ótica, não teria lógica considerar o sujeito inapto para contratar ou receber benefícios apenas de um ente federativo, pois a sanção importa em reconhecer não ter ele condições de gerir, de modo geral, serviços ou incentivos de natureza pública.

O STJ vinha admitindo, em caráter excepcional, fosse a proibição limitada ao âmbito do ente lesado, para dar aplicação ao princípio da proporcionalidade⁶⁹⁸. A nova LIA muda o cenário e faz da limitação territorial da pena a regra, só excepcionável por motivos relevantes e bem fundamentados (art. 12, § 4º).

3.2.4 Medidas processuais na LIA

Neste ponto, analisa-se as regras processuais que caracterizam e distinguem a ação de improbidade, bem como das medidas instrumentais à salvaguarda da probidade e da recuperação de bens e valores indevidamente desviados ou apropriados pelos agentes corruptos.

⁶⁹⁷ “Não sendo as condutas relacionadas com contratação de serviços públicos, inaplicável a pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. 18. Afastada a pena de cassação dos proventos da aposentadoria da ré Nilza, consideradas as condições pessoais e a individualização da pena”. TRF4, AC 5001696-43.2015.404.7103, TERCEIRA TURMA, Relator FERNANDO QUADROS DA SILVA, juntado aos autos em 09/03/2016.

⁶⁹⁸ STJ. AgInt no AREsp 825.699/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 31/08/2020, DJe 04/09/2020.

3.2.4.1 Normas de procedimento

A ação por improbidade administrativa sempre foi deduzida em juízo através de ação civil pública (Lei 7.347/85), com disciplina processual complementada pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - Título III, que trata do processo coletivo) e aplicação subsidiária do CPC.

Isto decorre da vocação da Ação Civil Pública para resguardo do patrimônio público, sobretudo para reparação de danos patrimoniais e morais, pelo que é dotada de mecanismos processuais próprios a tal finalidade.

A ação popular não pode ser usada para imposição das penas do art. 12 da LIA⁶⁹⁹, pois, no sistema em vigor, o cidadão não tem legitimidade para processar por improbidade (apenas Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada). Contudo, é admissível o uso da ação popular para buscar o ressarcimento de dano ao erário decorrente de improbidade⁷⁰⁰.

Ocorre que a regência das normas da Lei 7.347/85 sobre a AIA foi alterada na Nova LIA, de acordo com o disposto no art. 17, §§ 16 e 17 e art. 17-D. Do que se extrai do texto alterado, a AIA é uma ação de procedimento comum, distinta da ACP. Inclusive, se em uma AIA for possível verificar que não estão presentes os elementos configuradores de improbidade, o juiz deve proferir julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356 do CPC), excluindo a imputação de improbidade e convertendo o rito em ACP (Art. 17, § 16), para prosseguimento das pretensões atinentes à tutela do patrimônio público.

⁶⁹⁹ STJ, REsp 704.570/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 04/06/2007.

⁷⁰⁰ No entanto, os resultados neste campo são tímidos. Não há maiores estímulos para o cidadão agir em prol da sociedade, de modo a compensar os desgastes naturais trazidos pelo litígio. É o que também constatam COSTA e SILVA: “No nosso sistema, o terceiro em relação ao ato ímprobo, é legitimado para a propositura da ação popular desde 1965, mas nunca lhe foram dados incentivos para atuar de forma pró-ativa na empreitada contra a corrupção pública”. COSTA, Suzana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coordenadores). **Improbidade Administrativa**. Brasília, Ministério da Justiça, Universidade de São Paulo, Série Pensando o Direito, 2010, p. 39. Tentando superar as adversidades que impedem maior efetividade da ação popular, o projeto denominado “*Novas medidas contra a corrupção*”, da instituição *Unidos Contra a Corrupção, Transparência Internacional – Brasil* e Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas prevê a *Medida 9*, que visa ao resgate da ação popular, para incentivar mais cidadãos a assumir os riscos de movê-la, mediante oferta de recompensa e proteção ao autor da ação (UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO; TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – BRASIL; FGV DIREITO. **NOVAS MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO**. Disponível em: <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/tibr-downloads/pdf/sumario-novasmedidas-bloco2.pdf>. Acesso em: 16/12/2020).

Isto é reforçado no art. 17-D, que caracteriza a AIA como uma ação de caráter repressivo, destinada a punir o agente ímprobo com as sanções do art. 12 da LIA, vedando seu emprego para “o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos”, justamente os objetos da ACP.

O parágrafo único é ainda mais explícito, ao remeter para a ACP, não para a AIA, o controle de políticas públicas e a responsabilização de agentes por danos causados aos bens tutelados pela Lei 7.347/85, quando estes não reúnam a carga de dolo e má-fé representativos da improbidade.

Deste modo, o legislador separa a AIA da ACP, tornando-a uma ação civil de procedimento comum regida pelo CPC, com influxo das normas especiais estabelecidas pela LIA.

Mesmo assim, as disposições da Lei 7.347/85 seguem informando o procedimento da AIA, posto que esta também se destina à tutela do patrimônio público, para além da intenção central de punir o agente ímprobo. A própria LIA não faz uma separação completa com o regime da ACP, já que menciona o inquérito civil público como procedimento preparatório prévio à AIA.

Em suma, a AIA, desde a Lei 14.230/2021 deve ser deduzida em ação sob procedimento comum, não mais via ACP, embora siga sendo informada, subsidiariamente, pelas disposições desta.

Em profunda alteração, a Nova LIA estabeleceu que apenas o Ministério Público poderia propor a AIA. Antes, tanto Ministério Público como o ente lesado dividiam esta prerrogativa. Assim se, por exemplo, ocorresse desvio de valores de correntistas da Caixa Econômica Federal (CEF) para conta de funcionário da empresa pública, a ação de improbidade poderia ser proposta tanto pelo Ministério Público Federal (MPF) quanto pela CEF.

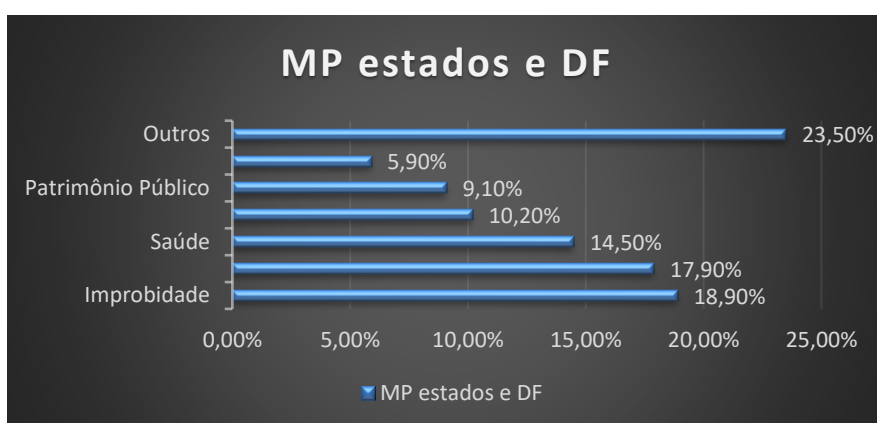
Com a mudança na LIA, a CEF deveria noticiar o fato ao MPF, que poderia instaurar investigação para analisar a notícia e, se fosse o caso, propor a AIA. A empresa pública, a seu turno, ficaria com a possibilidade de, se não quisesse aguardar o procedimento investigativo conduzido pelo *parquet*, propor a ação civil de ressarcimento, além do procedimento disciplinar competente.

A alteração, embora tomada com o intuito de evitar que procuradorias muito ligadas ao poder local manejassem a ação com fins políticos, terminou por reduzir meios de controle da Administração, que devem ser os mais amplos possíveis; e poderia sobrecarregar o MP, que talvez não tenha a capilaridade e estrutura necessárias para fazer frente a um número potencialmente grande de ilícitos⁷⁰¹.

No entanto, a limitação à legitimidade ativa para a AIA foi declarada inconstitucional pelo STF, que, por ocasião do julgamento das ADIs 7.042 e 7.043, restabeleceu a “legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil”.

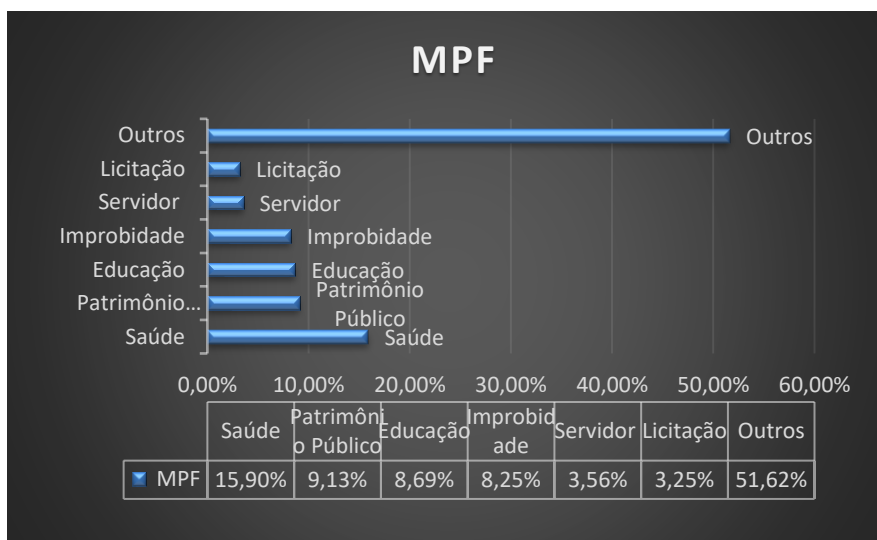
A medida é correta, pois reflete coerência sistêmica com o art. 17 da LAC, que reconhece a atribuição processual dos entes lesados para perquirirem judicialmente seus interesses. Além disso, insere-se na ótica de uma benéfica *accountability* horizontal, que favorece um melhor controle por meio da soma de esforços intraestatais.

O Ministério Público tem direcionado muita atenção ao tema da improbidade, especialmente o dos estados e do Distrito Federal. Segundo dados do Conselho Nacional do Ministério Público⁷⁰², grande parte dos procedimentos administrativos instaurados pelo MP tem por objeto condutas que podem caracterizar infração à LIA, como ilustram as imagens abaixo:

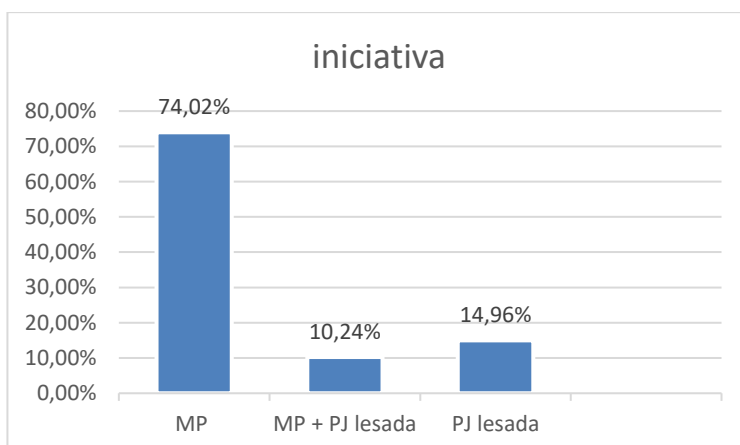


⁷⁰¹ Neste sentido: MARTINS, Tiago do Carmo. Alteração na legitimidade ativa para as ações de improbidade. **Revista Empório do Direito**, edição 08/06/2020. Disponível em: <https://emporiოდodireito.com.br/leitura/alteracao-na-legitimidade-ativa-para-as-aco-es-de-improbidade>. Acesso em: 22/11/2021.

⁷⁰² Conselho Nacional do Ministério Público. **Ministério Público: um retrato**. v. 5, dados 2015, a. 2016, p. 47 e 220.



Não se pode precisar exatamente qual percentual dos procedimentos instaurados se transforma em ação judicial. No entanto, pode-se verificar que parte expressiva das ações são iniciadas pelo Ministério Público⁷⁰³:



Dados apurados pela FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS também sinalizam a proeminência do MP no ajuizamento das ações de improbidade, mas demonstram que há volume importante de processos movidos pelos lesados⁷⁰⁴:

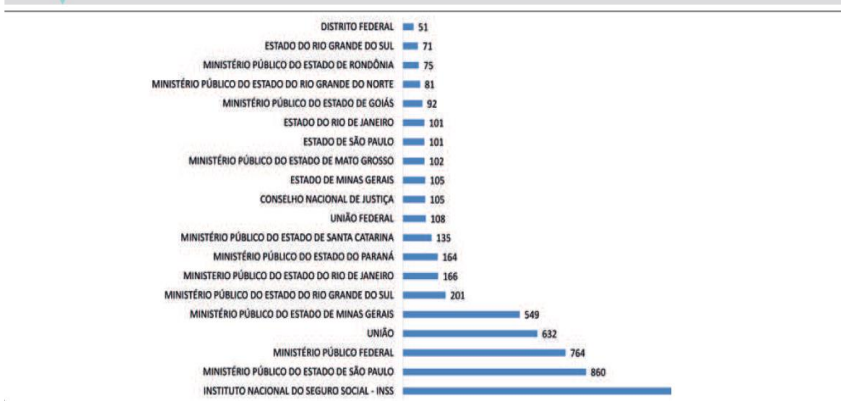
⁷⁰³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Lei de improbidade administrativa**: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 54.

⁷⁰⁴ MOHALLEN, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **DIAGNÓSTICO INSTITUCIONAL**: PRIMEIROS PASSOS PARA UM PLANO NACIONAL ANTICORRUPÇÃO. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p.81-82.

GRÁFICO 14 Maiores litigantes em processo de improbidade no STJ (1988-2015)



GRÁFICO 16 Maiores litigantes em processos de improbidade no STF (1988-2016)



Mesmo minoritária, a participação do ente lesado no ajuizamento de ações, admitida legalmente até outubro de 2021, não pode ser desprezada. Para ilustrar, note-se que, apenas em 2020, a AGU propôs 2,1 mil processos, cobrando R\$ 3,9 bilhões dos acusados de improbidade⁷⁰⁵. No mesmo ano, o MPF propôs apenas 789 processos, “uma queda de 31,8% em relação a 2019”⁷⁰⁶.

Por tudo isto, é muito salutar o restabelecimento da legitimidade ativa ao lesado para dar início à ação de improbidade.

Proposta a ação pelo Ministério Público, a entidade lesada deve ser intimada para exercer a opção de se juntar à ação (art. 5º, § 2º da Lei da ACP e art.

⁷⁰⁵ BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Ações de improbidade e execuções ajuizadas pela União em 2020 pedem o ressarcimento de quase R\$ 4 bilhões**. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/acoes-ajuizadas-pela-uniao-em-2020-pedem-o-pagamento-de-quase-r-4-bilhoes>. Acesso em: 13/10/2021.

⁷⁰⁶ EXAME. **Ações por improbidade administrativa diminuem 31,8% na pandemia**. Edição online, 31/01/2021. Disponível em: <https://exame.com/brasil/acoes-por-improbidade-administrativa-diminuem-318-na-pandemia/>. Acesso em: 13/10/2021.

6º, § 3º da Lei da Ação Popular). Decidindo por intervir, o lesado será litisconsorte do Ministério Público (art. 124 do CPC), pois a relação jurídica debatida influi em direito seu, a pretensão de ver o dano reparado. Não por outra razão, a LIA dá ao lesado para liquidação da sentença de procedência e posterior promoção do cumprimento desta (art. 18, § 1º).

A legitimidade passiva será do agente público e de eventual terceiro a ele associado. Os sucessores também podem figurar no polo passivo, para fins de ressarcimento do dano e, segundo o STJ, para quitação da multa civil, quando a condenação tiver por base o art. 9º ou 10, embora não seja mais admissível decretar indisponibilidade de bens para assegurar a multa (art. 16)⁷⁰⁷.

Como regra, não há litisconsórcio passivo necessário entre os agentes que praticaram o ato. Se forem imputadas condutas distintas, com divisão de tarefas; ou se não houver sido identificado ou encontrado o terceiro que concorreu ou foi beneficiário do ato; não fica impedido o ajuizamento da ação⁷⁰⁸.

A competência é fixada no local do dano, entendido este o local da prática da improbidade, orientação que também está em conformidade com o art. 2º da Lei 7.347/85. Além disso, pela nova LIA, foi firmada nova hipótese de definição da competência, de modo que a ação pode ser proposta no foro da pessoa jurídica prejudicada, ainda que o dano tenha se dado em outro local.

Não há foro por prerrogativa de função (foro privilegiado) em ações de improbidade, devendo ser propostas perante o juiz de primeiro grau competente para o local em que se praticou o ato⁷⁰⁹.

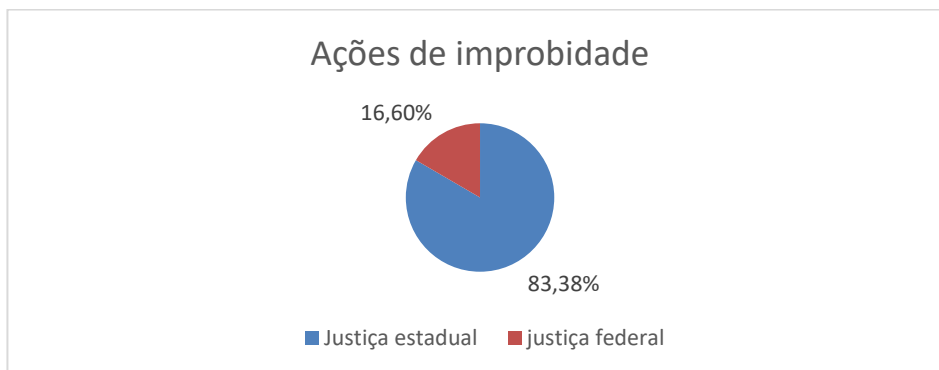
No que tange à competência da Justiça Federal, será verificada quando a improbidade repercutir sobre interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, consoante disposto no art. 109 da Constituição Federal. Assim, será de competência federal ato que: a. repercutir sobre os serviços ou patrimônio daqueles estes; b. praticado por agente pertencente ao serviço público federal; c. malversação de verba federal, quando o MPF tenha proposto a ação ou quando o

⁷⁰⁷ STJ, AgInt no AREsp 1307066/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 02/12/2019.

⁷⁰⁸ STJ, REsp 1567026/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 27/08/2018.

⁷⁰⁹ STJ, AgInt no AREsp 1790481/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 03/08/2021.

ente da administração federal lesado manifestar interesse no feito⁷¹⁰. A imagem abaixo, com dados de 2015, ilustra a distribuição das ações de improbidade entre os diferentes ramos da justiça comum⁷¹¹:



Em relação à aplicação de verbas federais repassadas por convênio, a improbidade não segue a mesma lógica da esfera penal. Nesta, se a verba é incorporada ao patrimônio do conveniado, se desfaz o interesse federal e, por consequência, a competência da Justiça Federal⁷¹².

Para a improbidade, o STJ tem dado menor importância à origem da verba e sua eventual incorporação ao ente conveniado; o fator de definição de competência tem sido a presença ou não de algum ente federal no polo ativo⁷¹³.

Sob a redação anterior, entendia-se que a petição inicial não precisava individualizar exaustivamente a conduta de cada imputado, bastando que possibilitasse compreender a controvérsia e vincular a conduta dos acusados ao contexto narrado. O detalhamento de cada ação e responsabilidade poderia ficar para a instrução e, especialmente, para a sentença. Esta, sim, haveria de avaliar e sancionar separada e detalhadamente a conduta e a responsabilidade de cada réu⁷¹⁴.

⁷¹⁰ STJ, AgInt no CC 174.764/MA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/02/2022, DJe 17/02/2022.

⁷¹¹ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Lei de improbidade administrativa**: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 33.

⁷¹² Súmula 208, STJ: “Compete a justiça federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal”; Súmula 209, STJ: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”.

⁷¹³ STJ, AgInt no CC 162.558/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019.

⁷¹⁴ STJ, AgInt no REsp 1684362/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/04/2020, DJe 04/05/2020.

Contudo, a alteração operada pela Lei 14.230/2021 no art. 17 sinaliza para um rigor maior nesta fase processual. A lei passa a exigir, já no ajuizamento da causa, grau maior de detalhamento e individualização de condutas e responsabilidades, refutando imputações genéricas, que não permitam ter segurança quanto ao que se imputa efetivamente a cada réu. Além disso, a norma demanda suporte probatório suficiente a demonstrar a ocorrência do ato de improbidade e sua autoria. Mais ainda, o delineamento do dolo, com todos os predicados exigidos a partir da reforma da LIA, tem que estar bem esboçado já na petição inicial.

Evidentemente, tal demonstração não há de ser cabal, pois isto depende da instrução probatória, contraditório e da sentença. Mas a LIA passa a requerer elementos de prova idôneos a demonstrar a potencial e provável ocorrência da improbidade e de seus responsáveis, já no ajuizamento da AIA.

Em suma, ainda vige o princípio do *in dubio pro societate* na ocasião do recebimento da inicial da AIA, mas a nova LIA sinaliza para a necessidade de maior cautela ao juiz quando do exame da peça inaugural, a fim de se evitar ao máximo demandas temerárias⁷¹⁵ ou politicamente motivadas.

A inicial, portanto, haverá de reunir indícios bastantes da ocorrência, autoria e dolo dos acusados, com consistência assemelhada a requerida para o recebimento da denúncia no processo penal. Para tanto, poderá se valer de informações reunidas em procedimento administrativo, inquérito civil ou policial e em prova emprestada⁷¹⁶.

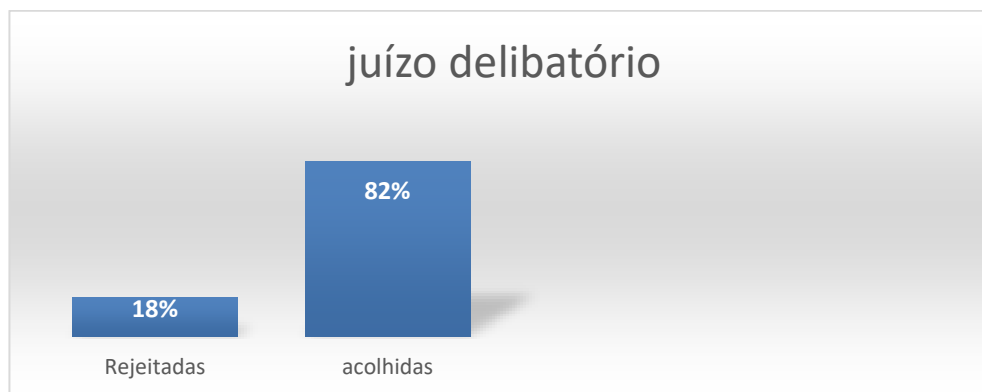
A LIA tem regras especiais sobre a petição inicial e institui um juízo de delibação, agora não mais precedido de defesa preliminar, que tem por objeto filtrar ações temerárias. Há grande preocupação com demandas sem o mínimo substrato probatório, ou que possam ser manejas com fins meramente políticos.

Na redação anterior, este juízo era operado após a manifestação preliminar do réu, ora extinta. Agora, há de ser feito à luz da petição inicial apenas. E pode ser renovado a qualquer momento, pois a nítido intuito de abreviar ações inviáveis (art. 17, §11).

⁷¹⁵ STJ, AgInt Resp 1.570.000. 1ª Turma, RELATOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA, R.P/ACÓRDÃO MINISTRO GURGEL DE FARIA. DJe 17/11/2021.

⁷¹⁶ STJ, jurisprudência em teses: 10) Nas ações de improbidade administrativa é admissível a utilização da prova emprestada, colhida na persecução penal, desde que assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Quanto à defesa preliminar, o quadro a seguir espelha o baixo índice de rejeição inicial das ações por improbidade. Os fatores que levavam à rejeição prefacial da ação estão mais relacionados com defeitos da petição inicial e menos com virtudes da defesa preliminar⁷¹⁷.



Com efeito, a fase extinta era burocrática, atrasava o procedimento e resultava em baixo proveito efetivo, pelo que é positiva a supressão da defesa preliminar.

A extinção da oportunidade de manifestação do acusado antes do recebimento da inicial, foi substituída, além da imposição ao juiz de maior rigor na apreciação desta, por um prazo maior para a contestação (30 dias úteis ao invés dos 15 anteriormente previstos). O prazo para contestar poderá, também, ser suspenso por até 90 dias, a fim de viabilizar celebração de acordo de não persecução civil entre as partes.

Como visto acima, o Ministério Público tem o dever de imputar ao acusado um fato definido e embasado em provas consistentes. Mais ainda, deve classificar, já no ajuizamento, o fato imputado em um dos tipos de improbidade previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA. Também, passa a lhe ser vedado tipificar a mesma conduta em mais de um artigo, prática que era comum antes da alteração da LIA e que era baseada no princípio da eventualidade.

Sobre a tipificação imputada é que o réu irá se defender, naturalmente na busca de qualificação menos gravosa, a fim de garantir ao menos uma penalização menor se for condenado. E uma vez que o autor formule sua réplica, deverá o juiz, em decisão interlocutória a ser proferida antes da instrução, definir o tipo de improbidade

⁷¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Lei de improbidade administrativa**: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 84.

sobre o qual a ação irá versar. Só após esta decisão é que irá ter início a instrução probatória (art. 17, §10-E).

Há risco nesta opção legislativa. Com a definição da tipicidade realizada antes da instrução, não se tem um quadro ainda completo sobre a improbidade imputada. Assim, tendo em vista os ônus que pesam sobre o autor ao ajuizar a demanda e o tempo limitado para conduzir o inquérito civil público (art. 23, § 2º), é possível que o MP só tenha reunido elementos para propor a ação com base no art. 10, ou até mesmo no art. 11, embora fosse possível cogitar de eventual percepção de vantagem indevida no caso (art. 9º).

E mesmo que a instrução venha a comprovar o recebimento de propina, a tipificação da conduta não poderá ser alterada, sob pena de nulidade da decisão que o fizer (art. 17, § 10-F). Então, pode-se ter situação em que a vantagem indevida esteja comprovada, mas por ela o réu não responda, o que seria uma completa desmoralização da atividade de controle e desprestígio flagrante à tutela plena da probidade.

É de se frisar, igualmente, a norma do inciso II supra, segundo a qual é nula a decisão condenatória que “condenar o requerido sem a produção das provas por ele tempestivamente especificadas”. A literalidade do texto sugere que o réu seria o diretor da atividade probatória. Uma vez tenha requerido uma providência instrutória, seja qual for, haveria necessidade de seu deferimento.

No entanto, tal interpretação esvaziaria a natural presidência do processo pela autoridade judicial, tarefa que é regrada adequadamente pelo estatuto processual, ao proclamar que cabe ao juiz “determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”; e que “O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (art. 370 do CPC).

Deste modo, para harmonizar este novo dispositivo da LIA com o CPC e com as garantias constitucionais ao contraditório, ampla defesa, devido processo e duração razoável do processo, a compreensão que se há de extrair é que o juiz tem o dever de analisar todos os pedidos de prova formulados pelo réu e será nula a decisão que o condenar sem apreciar esses pedidos.

Não será nula, contudo, a decisão que o condenar após indeferir prova por ele requerida e tida por protelatória ou impertinente, quando devidamente fundamentado o indeferimento.

3.2.4.2 Providências cautelares

Com a Nova LIA, as cautelares típicas previstas em lei são a indisponibilidade de bens e o afastamento do agente público do cargo ou função ocupados.

A LIA previa originalmente as medidas cautelares de indisponibilidade de bens, sequestro e afastamento do cargo. Com a nova redação o sequestro foi suprimido, o que não implica em grande alteração, já que é muito semelhante à indisponibilidade.

Com efeito, o sequestro, assim como a indisponibilidade, é cautelar que serve ao ressarcimento do dano e restituição do enriquecimento ilícito. Se distingue da indisponibilidade por visar bem específico do acusado, o qual é retirado de sua posse, o que não ocorre naquela outra cautelar, que atinge todo o patrimônio do agente e não necessariamente o priva de usar o bem.

De todo modo, ainda é possível a decretação de sequestro, assim como de qualquer outra cautelar típica ou atípica⁷¹⁸, com base no art. 301 do CPC, que consagra o “poder geral de cautela do juiz”⁷¹⁹; e no art. 16, § 8º da LIA.

Com relação à indisponibilidade de bens, somente a imputação de atos de improbidade geradores de lesão ao Erário ou de enriquecimento ilícito do agente ensejam a medida. Assim, nos termos do art. 16, a cautelar se destina a garantir o ressarcimento do dano ou a devolução do acréscimo patrimonial indevido.

Em regra, as imputações de improbidade por violação aos princípios da Administração (art. 11) estariam de fora do espectro da indisponibilidade. Contudo, o STJ vinha alargado a aplicação deste art. 7º, para permitir que a indisponibilidade

⁷¹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa**: Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2021, p. 262.

⁷¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 396.

alcançasse valores relativos ao pagamento de eventual multa civil imponible ao réu, de modo que alcançava também imputações formuladas com base no art. 11⁷²⁰.

No entanto, a nova LIA limitou a indisponibilidade à garantia do ressarcimento do dano e da devolução do proveito ilícito, excluindo expressamente a multa (art. 16, § 10). Além de excluir a multa do âmbito da indisponibilidade, o dispositivo resguarda o acréscimo patrimonial decorrente de atividade lícita. Deve-se ter parcimônia na aplicação desta regra, para evitar interpretação que vede constrição de frutos de bem adquirido com proveitos da improbidade.

Assim, se, por exemplo, um apartamento foi comprado com valor de propina, não seria razoável entender que os aluguéis gerados com sua locação estivessem resguardados de indisponibilidade, pois isto representaria salvaguarda injustificável a quem agiu de modo ímprobo.

A indisponibilidade pode ser requerida em caráter antecedente (art. 303 do Novo CPC) ou incidentalmente, na petição inicial⁷²¹. Nos casos em que a indisponibilidade é requerida anteriormente à propositura da ação de improbidade (tutela de urgência requerida em caráter antecedente ou, no regime do CPC anterior, cautelar preparatória), o prazo de 30 dias (art. 308 do Novo CPC e art. 806 CPC de 1973) tem fluência a contar da implementação do primeiro ato construtivo realizado⁷²².

Antes da alteração procedida no art. 16, § 3º, se compreendia que os requisitos da medida eram os próprios à cautelaridade, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, sendo este último considerado implícito no próprio dispositivo que prevê a possibilidade de constrição patrimonial, constituindo espécie de tutela de evidência. Assim, independente de risco demonstrado de dilapidação ou ocultação patrimonial, se houvesse indícios da prática do ato, a indisponibilidade poderia ser deferida⁷²³.

⁷²⁰ STJ, AgInt no REsp 1748560/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 13/03/2020.

⁷²¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa**: Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2021, p. 273.

⁷²² STJ, REsp 1115370/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 30/03/2010.

⁷²³ STJ, jurisprudência em teses: 12) É possível a decretação da indisponibilidade de bens do promovido em ação civil Pública por ato de improbidade administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro.

Agora, este cenário foi bastante alterado. O juiz só poderá decretar a medida mediante “demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo”. O autor do pedido terá que se desincumbir de forte ônus argumentativo e probatório.

Quanto ao momento, era de compreensão pacífica que o deferimento da cautelar poderia se dar antes do recebimento da inicial e da intimação do acusado para defesa preliminar. Era dispensada, ainda, prévia intimação do acusado quanto ao pedido de bloqueio, pois tal poderia frustrar sua efetivação⁷²⁴.

Mas no novo regime, a oitiva prévia do acusado passa a ser a regra (art. 16, §4º). Deste modo, para que a indisponibilidade possa ser decretada, é necessário ouvir previamente o requerido, o que só será dispensado quando houver risco concreto de inefetividade da providência.

O valor a ser constricto corresponde ao valor estimado do dano, podendo ser acrescido o montante estimado do proveito ilicitamente percebido (art. 16, §6º). É ônus do autor da ação realizar esta estimativa, de modo fundamentado, para o que pode se valer do concurso do Tribunal de Contas (art. 17-B, § 3º).

A participação da Corte de Contas, nesta fase, não é obrigatória, uma vez que a LIA a torna compulsória apenas para efeito de celebração de acordo de não persecução civil. Contudo, para possibilitar maior segurança aos envolvidos, é desejável a consulta ao Tribunal de Contas⁷²⁵.

⁷²⁴ STJ, jurisprudência em teses: 11) É possível o deferimento da medida acautelatória de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa nos autos da ação principal sem audiência da parte adversa e, portanto, antes da notificação a que se refere o art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/92. Acórdãos AgRg no AREsp 460279/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Julgado em 07/10/2014, DJE 27/11/2014; REsp 1197444/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 27/08/2013, DJE 05/09/2013; AgRg no AgRg no REsp 1328769/BA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, Julgado em 13/08/2013, DJE 20/08/2013.

⁷²⁵ Na seara dos acordos de leniência, ocorreram alguns episódios em que o Tribunal de Contas da União (TCU), que não tem papel atribuído pela LAC nos acordos, invocou pretensa legitimidade para sindicat os acordos celebrados por outros órgãos, sob compreensão de que ostenta atribuição para aferir a extensão da lesão praticada contra o erário (PIMENTA, Raquel de Mattos. **A CONSTRUÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO**. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda, 2020, p. 149). A situação gerou provocações ao STF, que decidiu que: “a possibilidade de o TCU impor sanção de inidoneidade pelos mesmos fatos que deram ensejo à celebração de acordo de leniência com a CGU/AGU não é compatível com o princípio constitucional da segurança jurídica e com a noção de proporcionalidade da pena. 5. Apesar de a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) não precluir a incidência da Lei 8.443/1992, nos casos concretos a imposição de inidoneidade pelo TCU poderia resultar em ineficácia das cláusulas dos acordos de leniência que preveem a isenção ou a atenuação

Quando houver vários réus, é necessário que a constrição não supere o valor global buscado na ação, o que ocorreria em eventual indisponibilidade redundante, em que cada réu tem seu patrimônio constricto pelo total da dívida.

Em face da solidariedade entre os réus, segundo entendimento clássico do STJ, no que tange ao ressarcimento ao erário e aplicável ao menos no momento inicial da ação, a medida pode atingir a um ou a todos. Contudo, o limite a ser indisponibilizado é o valor total do dano ou do enriquecimento ilícito⁷²⁶.

Não é, portanto, viável bloquear o valor total em relação a cada réu, pois seria suplantado o montante de eventual condenação, representando excesso de cautela. Sobrevindo a sentença condenatória, com a individualização da responsabilidade de cada agente, a medida deve ser readequada à individualização procedida no decreto condenatório (art. 17-C, § 2º)⁷²⁷.

Há outros dois campos em que a nova LIA veda a indisponibilidade: aplicações financeiras de até 40 salários mínimos e bem de família (art. 16, §§ 13 e 14).

No primeiro caso, há correspondência com o disposto no art. 833, X, do CPC. Contudo, havendo prova da origem ilícita do numerário (ser oriundo de propina ou de desvio de verba pública), não há de se aplicar esta salvaguarda, pois violaria a imposição constitucional de plena reparação dos atos de improbidade, além de representar flagrante proteção à imoralidade. Aliás, o parágrafo 14 tem ressalva neste sentido.

Quanto a indisponibilidade de bem de família, o STJ havia proclamado a possibilidade de constrição⁷²⁸. O anteprojeto de lei original, que embasava o PL

das sanções administrativas estabelecidas nos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993, por consequência, esvaziando a força normativa do art. 17 da Lei 12.846/2013. 6. A Lei 8.433/1992 prevê outros meios menos gravosos para que o TCU possa garantir a reparação integral do dano ao erário, tais como a decretação de indisponibilidade de bens (art. 44, § 2º) e a aplicação de multa (arts. 57 e 58). Essas medidas sancionatórias devem ser manejadas pela Corte de Contas considerando a sua proporcionalidade e os impactos sobre os acordos pactuados com a Administração Pública. 7. Segurança concedida para afastar a possibilidade de o TCU declarar a inidoneidade das impetrantes pelos fatos abarcados por acordo de leniência firmado com a AGU/CGU ou com o MPF” (STF. MS 35435, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-131 DIVULG 01-07-2021 PUBLIC 02-07-2021).

⁷²⁶ STJ, REsp 1919700/BA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/11/2021, DJe 16/11/2021.

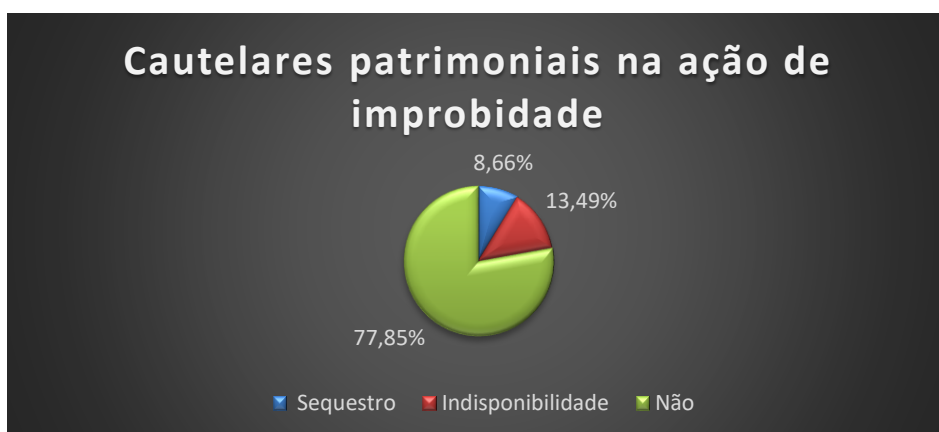
⁷²⁷ STJ, AgInt no REsp 1929981/BA, Rel. MIN. MANOEL ERHARDT (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF-5ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/08/2021, DJe 16/08/2021

⁷²⁸ STJ, REsp 1837848/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 10/03/2020.

10.887/2018⁷²⁹, contemplava regra nesta mesma linha. Mas a redação aprovada resguardou o bem de família da indisponibilidade, só a admitindo diante de prova de que imóvel seja fruto de vantagem patrimonial indevida.

Mesmo estando prescrita a pretensão de impor as penas do art. 12, diante da imprescritibilidade da pretensão ao ressarcimento do dano decorrente de ato doloso de improbidade (tema 897 STF), permanece viável a indisponibilidade, limitada ao montante do ressarcimento do dano ou do proveito indevido⁷³⁰.

Com relação à indisponibilidade de bens, são comuns críticas quanto ao uso excessivo da medida. No entanto, levantamento conduzido no âmbito do CNJ que analisou processos a cargo do STJ e 5 Tribunais de Apelação (TJMT, TJPA, TJRN, TJSP, TRF4) não corrobora tais críticas, pois grande parte das ações não contou com constrição de bens:

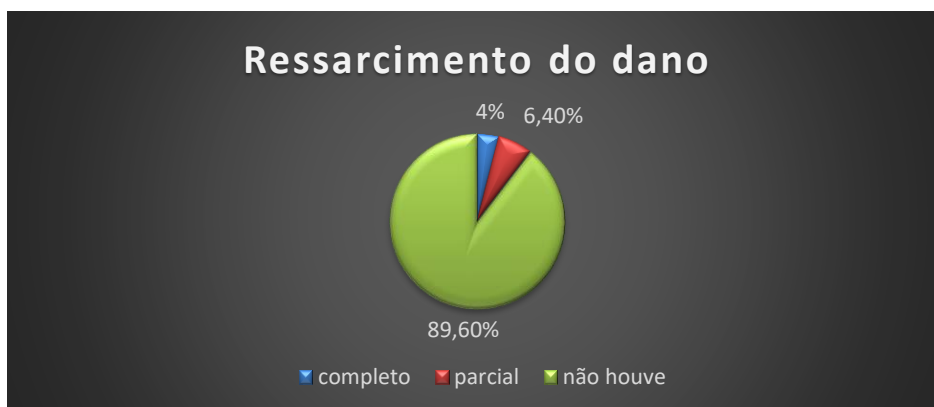


A indisponibilidade, inclusive, tem muito espaço para incrementar o índice de efetivo ressarcimento do dano nas ações de improbidade, atualmente muito baixo⁷³¹:

⁷²⁹ O texto proposto originalmente dizia: “Art. 16, § 6º A constrição patrimonial poderá incidir sobre bem de família, sempre que ausentes outros bens disponíveis em montante suficiente à garantia pretendida, competindo ao requerido a demonstração dessa suficiência”. Além disso, era proposta alteração da própria Lei 8.009/90, que passaria a dispor: “Art. 3º. VIII – por ter sido adquirido com produto de ato ímprobo ou para o cumprimento de decisão que determine o ressarcimento, a indenização ou o perdimento de bens em razão de improbidade”.

⁷³⁰ STJ, AgRg no AREsp 588.830/MG, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 08/10/2015.

⁷³¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Lei de improbidade administrativa**: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Grogório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.



A LIA (art. 20) também autoriza o afastamento temporário do agente público do cargo, emprego ou função ocupados, com o objetivo de salvaguardar a higidez da instrução processual e evitar a prática de atos de improbidade.

Aqui há algumas diferenças essenciais em relação ao texto anterior, em decorrência das mudanças operadas pela Lei 14.230/2021. Primeiro, a autoridade administrativa que conduz o processo disciplinar não pode mais, invocando a LIA, decretar o afastamento cautelar do agente. No entanto, em se tratando de servidor federal, é possível o afastamento preventivo do agente “como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade” por até 60 dias (art. 147 da Lei 8.112/90).

Ainda, há uma nova hipótese para o afastamento, que agora pode ser decretado para “evitar a iminente prática de novos ilícitos”. Então, se houver receio concreto de que, mantido no cargo, o agente poderá cometer novos atos de improbidade, é cabível a cautelar. Esta novidade é importante, pois a jurisprudência refutava tal hipótese⁷³².

Dada sua gravidade, é essencial demonstração concreta de prejuízo à instrução com a manutenção do investigado no cargo, a indicar o afastamento como providência indispensável à atividade probatória. Não basta mera referência à possibilidade de dano à instrução pela simples continuidade do exercício da função pelo demandado, pois isto representaria olvidar o *caput* do art. 20, que condiciona a perda da função ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, a medida só tem lugar quando presente demonstração efetiva, calcada em prova idônea, do

⁷³² STJ, AgRg no AREsp 472.261/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/06/2014, DJe 01/07/2014.

iminente risco à instrução processual, em face de comportamentos concretos do requerido.

O rigor na verificação desse requisito deve ser maior quando se tratar de acusado que ocupe cargo eletivo, pois, “considerada a temporariedade do cargo e a natural demora na instrução de ações de improbidade, pode, na prática, acarretar a própria perda definitiva”⁷³³, devendo haver cuidado redobrado “para que não seja comprometido o direito constitucional ao livre exercício do mandato eletivo e a soberania popular”⁷³⁴.

No que tange à duração do afastamento, a LIA não tinha norma expressa. O STJ vinha adotando o prazo de 180 dias como limite do afastamento cautelar do agente, embora o excepcionasse frente a circunstâncias especiais, como a sujeição do acusado a diversos processos por improbidade e a intimidação que esteja impondo a servidores para embaraçar investigações⁷³⁵.

No novo texto foi fixado o prazo máximo de afastamento, agora de 90 dias, admitida uma prorrogação. Evidentemente, se a instrução terminar ou se o risco de novos ilícitos cessarem antes do prazo de 90 dias, a cautelar deve ser relaxada, pois extinta a causa que a ensejou.

Em se tratando de agente político, maior cuidado tem sido exigido, pois afastamentos prolongados acabam representando perda antecipada do cargo, o que interfere com o princípio da soberania popular para escolha dos mandatários públicos⁷³⁶.

Por ser medida provisória e baseada em juízo de verossimilhança, o agente afastado tem garantidos os vencimentos enquanto perdurar o afastamento cautelar.

⁷³³ STJ, REsp 993065/ES, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/02/2008, DJe 12/03/2008.

⁷³⁴ STJ, AgRg na MC 14.089/MG, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 27/05/2008, DJe 23/06/2008.

⁷³⁵ STJ, AgRg na SLS 1.957/PB, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2014, DJe 09/03/2015.

⁷³⁶ STJ, AgRg na MC 10.155/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2005, DJ 24/10/2005, p. 171.

3.2.5 Nota conclusiva sobre a LIA

A LIA é instrumento fundamental no enfrentamento da corrupção na Administração Pública. Há instrumentos adequados para alcançar o agente público e o terceiro que a ele se associe. A normatização era boa e a jurisprudência vinha se encarregado de adequá-la e atualizá-la. As alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 alteram sensivelmente a disciplina legal e trazem em risco para a proteção adequada da probidade, que já comportava várias dificuldades de operação prática.

O tempo de duração das ações de improbidade (4,24 anos em média, segundo dados do CNJ⁷³⁷, mas que pode ser maior, de 6 anos e 1 mês, conforme o *Instituto Não Aceito Corrupção*⁷³⁸), o baixo índice de ressarcimento efetivo ao erário (menos de 11% das condenações se reverteram em efetiva devolução do prejuízo causado)⁷³⁹ e a morosidade e grande estoque de ações pendentes de julgamento⁷⁴⁰ são temas que merecem atenção e aperfeiçoamento.

3.3 LEI ANTICORRUPÇÃO (LAC)

A Lei Anticorrupção (LAC, Lei 12.846/2013, 'Lei da empresa limpa') tem relação estreita com a LIA. Ambas formam o núcleo do microsistema anticorrupção, complementado por normas da Lei 7.347/85, da Lei 4.717/65, da Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 12.529/2011) e da Lei 12.850/2013 (organizações criminosas).

⁷³⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Lei de improbidade administrativa**: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 37.

⁷³⁸ INSTITUTO NÃO ACEITO CORRUPÇÃO. **NOTA TÉCNICA DO INSTITUTO NÃO ACEITO CORRUPÇÃO SOBRE O TEXTO SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI N. 10.887/2018 (ALTERAÇÕES NA LEI DE IMPROBIDADE)**. Disponível em: <https://www.naoaceitocorruptao.org.br/post/healthy-school-lunch-bill-revived>. Acesso em 30/06/2022.

⁷³⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Lei de improbidade administrativa**: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 69.

⁷⁴⁰ Em 2016, apesar do destaque dado ao tema pelo CNJ, havia um estoque de 65 mil ações de improbidade pendentes de julgamento no Brasil. "Além disso, como indica o Relatório de Metas de 2016, apenas cinco tribunais conseguiram cumprir a meta (no caso da Justiça Estadual, julgar 70% das ações distribuídas até 2013, inclusive). A Justiça Federal, com a meta de julgar 70% das ações distribuídas até 2014, inclusive, foi ainda pior, tendo cumprido menos de 50% dessa meta" (UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO; TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – BRASIL; FGV DIREITO. **NOVAS MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO**. Disponível em: <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/tibr-downloads/pdf/sumario-novasmedidas-bloco2.pdf>. Acesso em: 26/07/2021).

A LAC surgiu como resposta imediata aos movimentos populares de 2013, que cobravam, entre outras coisas, maior rigor contra a corrupção. Antes, porém, já se fazia sentir a insuficiência da LIA para responder à imoralidade administrativa, sobretudo por sua ineficiente aplicação no Judiciário, que se deparava com grande demora na tramitação das ações e pequena recuperação de ativos⁷⁴¹.

Sua edição visou suprir “lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública”⁷⁴², sobretudo diante de diversos escândalos de corrupção e episódios recorrentes de fraude em licitações e contratos administrativos.

Pressões externas também foram decisivas para a edição da Lei, as mais fortes vindas da OCDE, organismo em que o Brasil busca ingresso, mas que tem dúvidas acerca da solidez do ambiente negocial nacional, especialmente por seu histórico de corrupção⁷⁴³.

Em verdade, para além das pressões, a edição da LAC responde à diversas obrigações internacionais que o Brasil assumira ao ratificar a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (ONU), a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁷⁴⁴.

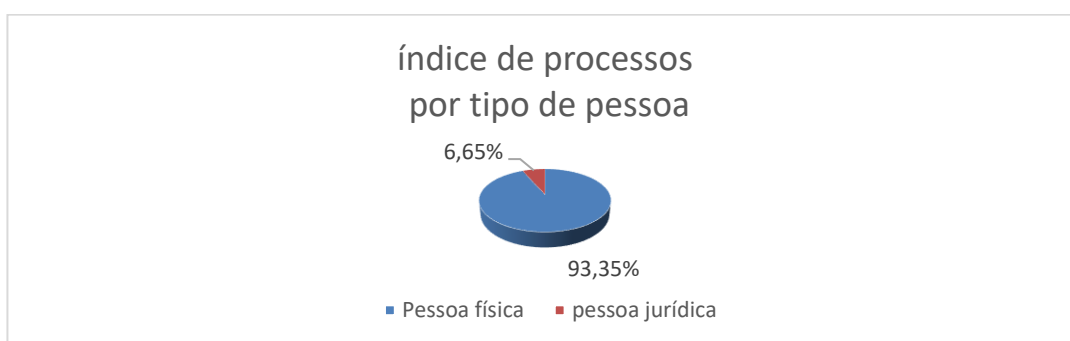
⁷⁴¹ TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. **Decifrando a esfinge**: como o sistema de multiplicidade institucional anticorrupção brasileiro permitiu que se produzissem meia centena de acordos de leniência. In *Compliance no direito empresarial*. Org. Modesto Carvalhosa; Fernando Kuyven. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., p.130.

⁷⁴² BRASIL. Controladoria-Geral da União, Ministério da Justiça e Advocacia-Geral da União. Subchefia de Assuntos Parlamentares. **Exposição de Motivos EMI Nº 00011 2009** – CGU/MJ/AGU. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm. Acesso em: 06/09/2022. Segundo a exposição de motivos, as referidas lacunas se consubstanciavam “na ausência de meios específicos para atingir o patrimônio das pessoas jurídicas e obter efetivo ressarcimento dos prejuízos causados por atos que beneficiam ou interessam, direta ou indiretamente, a pessoa jurídica. Mostra-se também necessário ampliar as condutas puníveis, inclusive para atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção”

⁷⁴³ “Além do contexto nacional, a Lei é uma resposta do Brasil a compromissos internacionais de responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção. Em especial, pela pressão exercida por mecanismos de revisão sistemática da OCDE do sistema de controle da corrupção do país”. PIMENTA, Raquel de Mattos. **A CONSTRUÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO**. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda, 2020, p. 68.

⁷⁴⁴ “Com as três Convenções, o Brasil obrigou-se a punir de forma efetiva as pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção, em especial o denominado suborno transnacional, caracterizado pela corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais. Dessa forma, urge introduzir no ordenamento nacional regulamentação da matéria - do que, aliás, o país já vem

É também do plano externo que LAC haure inspiração, mais precisamente no *Foreign Corrupt Practice Act (FCPA)*⁷⁴⁵⁻⁷⁴⁶, primeiro instrumento legal no mundo a mirar na corrupção empresarial e suas relações com agentes públicos⁷⁴⁷. Na essência, o diploma editado em 2013 representa esforço claro no sentido de alcançar as pessoas jurídicas que financiam o fenômeno da corrupção, pessoas estas que vinham tendo sucesso em escapar das teias da LIA, segundo demonstram dados do Conselho Nacional de Justiça sobre a incidência de processos por improbidade contra empresas⁷⁴⁸:



sendo cobrado -, eis que a alteração promovida no Código Penal pela Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, que tipificou a corrupção ativa em transação comercial internacional, alcança apenas as pessoas naturais, não tendo o condão de atingir as pessoas jurídicas eventualmente beneficiadas pelo ato criminoso”. BRASIL. Controladoria-Geral da União, Ministério da Justiça e Advocacia-Geral da União. Subchefia de Assuntos Parlamentares. **Exposição de Motivos EMI Nº 00011 2009** – CGU/MJ/AGU. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm. Acesso em: 06/09/2022.

⁷⁴⁵ Embora a lei nacional tenha suplantado sua fonte inspirado em termos de severidade: “a Brazilian Clean Company Act (BCCA), sancionada em 2013 e considerada uma das mais severas do mundo pela SEC e o Department of Justice como “mais abrangente” que a própria legislação norte-americana” (SCURO N., Pedro. Luta Anticorrupção: Arca dos Insensatos. **Revista Sociologia Jurídica**, 2016, p. 11).

⁷⁴⁶ JACOBSON e SILHAN ressaltam a importância da LAC no contexto anticorrupção latino-americano e sua inspiração no FCPA e no UK Bribery Act; mas lamentam uma maior aproximação com o FCA, em especial a falta de incentivos para que pessoas privadas reportem e processem, em seu, nome, os atos lesivos previsto na norma: “Accordingly, it targets bribery and corruption in government contracting, but it does not explicitly prohibit false claims, and does not contain provisions that would incentivize or allow whistleblowers to report and prosecute violations, share in an award, or that protects them from retaliation. (...) More significant is Law 12846/13’s failure to incentivize, protect, and reward informants who come forward to the government with information about violations of the statute”. JACOBSON, Loren; SILHAN, Caitlyn. **Qui Tam and Whistleblower Laws in Latin America**. Inter-American Bar Association. 50th Annual Conference. San Juan, Puerto Rico, June 24-29, 2014, p. 12-13. Disponível em: <https://aldia.microjuris.com/wp-content/uploads/2014/06/ljacobsonwhistleblowerlaws.pdf>. Acesso em: 28/08/2022.

⁷⁴⁷ “When the legislation was passed, the United States became the first and only country in the world with strict penalties for companies engaged in business practices that involved bribery”. REDIKER, Ezekiel K. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE “CULTURE OF SETTLEMENT”. **Seton Hall Legislative Journal**, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015, p. 57-58.

⁷⁴⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade**. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Grogório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 33.

A LAC é relativamente recente e sua interpretação ainda está em fase de construção, o que tem ocorrido especialmente na jurisdição administrativa, por força da profusão de acordos de leniência celebrados, sobretudo, na esteira da Operação Lava Jato. Aliás, a LAC foi desenhada para evitar o Judiciário tanto quanto possível, haja vista que a LIA, forjada para contornar a dificuldade da esfera penal em punir casos de corrupção, não alcançou os resultados desejados, o que se atribui ao excesso de formalidades e delongas excessivas dos procedimentos judiciais^{749,750}.

Nos Tribunais, o tema ainda é incipiente. Normalmente, as discussões têm girado em torno dos reflexos do acordo de leniência na ação de improbidade e em procedimentos penais.

Com efeito, esta falta de revisão judicial sobre as contendas que envolvem os atos puníveis da LAC pode mesmo ser apontada como um problema, pois causa um déficit de clarificação nos exatos contornos da norma. Crítica desta natureza é feita pela doutrina estadunidense em relação à aplicação do *foreign corrupt practices act (FCPA)*, estatuto tido por vago e muito amplo, que se projeta, inclusive, sobre jurisdições estrangeiras. O FCPA também não tem sido objeto de maior judicialização, diante de sua aplicação quase absoluta pela via de acordos, celebrados pelo Departamento de Justiça (*Department of Justice – DOJ*) e, em menor escala, pela Comissão de Títulos e Câmbio (*Securities and Exchange Commission – SEC*)⁷⁵¹,

⁷⁴⁹ PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. **Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement**: Potential Lessons for Institutional Design. International Research Initiative on Brazil and Africa, Working paper n. 9, p. 19. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2497936>. Acesso em: 08/05/2021.

⁷⁵⁰ Interessante estudo compara a efetividade das diversas esferas de responsabilidade no sancionamento de atos corruptos (ALENCAR, Carlos Higinio Ribeiro de. **Prevenção e combate à corrupção e eficácia judicial no Brasil**. 5º Concurso de Monografias da Controladoria-Geral da União. Brasília: 2010. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/27804>. Acesso em: 08/05/2010). No estudo, mostra-se que em universo de 441 servidores sancionados na via administrativa e expulsos dos quadros da Administração federal por atos de corrupção, no período de 1993 a 2005, apenas 150 foram sujeitos a ações penais, das quais apenas 35 foram procedentes. Já em relação às ações de improbidade administrativa, somente 107 servidores foram processados, resultando em apenas 20 ações procedentes. O estudo também mostrou que em 50% dos casos em que o processo administrativo resultou em demissão, cassação de aposentadoria ou destituição da função comissionada houve ação judicial para reintegração do servidor punido. O índice de sucesso foi de 9,1%, ou seja, em mais de 90% dos casos a decisão da Administração foi mantida pelo Judiciário, o que evidencia a consistência da atividade punitiva da esfera administrativa de responsabilização e deixa exposta a deficiência das autoridades com atuação nas esferas penal e civil de levar esses casos ao Judiciário e, quando o levam, a baixa quantidade de condenações nesta via.

⁷⁵¹ “More importantly, unlike many areas of the law in which most cases are resolved through trial and settlement, there is almost a complete absence of judicial review of the FCPA.7 The strong incentive to accept liability—what I call the “culture of settlement” in this Article—gives the DOJ enormous discretion in its interpretation of the FCPA.8 Due to the scarcity of trials, the most frequent interpretation of the

circunstância que tem obstado maior definição acerca de seu conteúdo e alcance; e atribuído à Administração grande discricionariedade em sua aplicação.

No entanto, embora essa preocupação seja fundada, não se pode olvidar que a LAC, nos últimos anos, tem denotado grande capacidade de enfrentamento da corrupção, seja no aspecto de coibir e reprimir atos corruptos, seja no que tange ao alinhamento de empresas com desvios de conduta a mecanismos mais efetivos de *compliance*, requisito essencial para lograr os benefícios que decorrem do acordo de leniência.

No campo da recuperação de ativos, a Controladoria-Geral da União atesta que volumes bilionários de recursos já foram objeto de negociação para ressarcimento à Administração graças à aplicação da LAC⁷⁵².

Junto com este enorme volume de pagamentos, as empresas lenientes têm se comprometido, como requisito indispensável para acertar suas responsabilidades com o Estado, a alinhar suas práticas empresariais a *standards* de conformidade e ética negocial, sob supervisão das autoridades anticorrupção, o que tem efeito dissuasório de novos ilícitos.

Embora seja legislação relativamente recente, estes dados já permitem aferir importância da LAC no combate à corrupção, tarefa na qual se associa à LIA, complementando o núcleo do feixe de normas anticorrupção que se propõe a livrar a Administração Pública de investidas contra seu patrimônio material e moral.

FCPA has come from the DOJ and the Securities and Exchange Commission ("SEC"), not federal judges. This lack of precedent allows FCPA investigations to be conducted largely on the DOJ's terms". REDIKER, Ezekiel K. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE "CULTURE OF SETTLEMENT". **Seton Hall Legislative Journal**, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015, p. 56.

⁷⁵² Até fevereiro de 2022, mais de R\$ 15 bilhões foram negociados, dos quais mais de R\$ 6 bilhões já reingressaram aos cofres públicos. BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Painel dos Acordos de Leniência**. <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZTU2MWI0MjYtY2EzOS00NzYyLTg3MWQtYWE3MmFiMmY0ODM4liwidCI6IjY2NzhkOWZILTA5MjEtNDE3ZC04NDExLTVmMWMxOGRIZmJiYiJ9>. Acesso em: 27/02/2022.

3.3.1 Objeto da Lei Anticorrupção

O foco do estatuto são as pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção em desfavor da Administração Pública, nacional ou estrangeira, condutas nominadas na Lei como *atos lesivos à Administração*, elencados no art. 5º da LAC.

A norma inova na abordagem repressiva, pois centra na “possibilidade de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública nacional e estrangeira”, superando limitação anterior no combate à corrupção, pois, como regra, “a ação estatal ficava restrita à punição das pessoas naturais que agiam em nome das empresas ou, ainda, à aplicação de sanções judiciais ou administrativas de fundo contratual ou regulatório”⁷⁵³.

Enquanto a LIA tem por objeto central o agente público que pratica corrupção e, por via indireta, o terceiro, pessoa física ou jurídica, a ele associado; a LAC concentra-se na pessoa jurídica que mantém relações desonestas com a Administração⁷⁵⁴, não importando a forma de organização da empresa, nem o fato de ser de caráter transnacional⁷⁵⁵, desde que tenha representação no país⁷⁵⁶. As pessoas físicas que se associam ao ato da empresa, sejam sócios, diretores ou agentes públicos, também respondem pela corrupção, mas não sob o regime da LAC (art. 3º). Desta forma, a Lei 12.846/2013 “afasta o modelo teórico da dupla imputação,

⁷⁵³ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo. Trevisan Editora, 2017, versão e-book.

⁷⁵⁴ “Enquanto a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) busca, primordialmente, punir o agente público ímprobo, alcançando, eventualmente, o particular, a Lei Anticorrupção (LAC) tem por objetivo punir a pessoa jurídica envolvida em práticas corruptas, podendo também, em sentido inverso, identificar agentes públicos coniventes, levando-os, por consequência, para o campo de incidência da LIA. 5. Não há antinomia abrogante entre os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.249/1992 e o artigo 1º da Lei nº 12.846/2013, pois, naquela, justamente o legislador pátrio objetivou responsabilizar subjetivamente o agente ímprobo, e nesta, o *mens legislatoris* foi a responsabilização objetiva da pessoa jurídica envolvida nos atos de corrupção. 6. No entanto, há que se buscar, pela interpretação sistemática dos diplomas legais no microsistema em que inserido, como demonstrado, além de unicidade e coerência, atualidade, ou seja, adequação interpretativa à dinâmica própria do direito, à luz de sua própria evolução”. TRF4, AG 5023972-66.2017.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 24/08/2017.

⁷⁵⁵ Como leciona ZAHEER, a LAC se preocupa tanto com a corrupção doméstica quanto com a corrupção transnacional, ao contrário de dois estatutos que a inspiraram, a Convenção Anti-suborno da OCDE e o FCPA, os quais se ocupam apenas de corrupção transnacional. ZAHEER, Sônia. Brazil’s Landmark Clean Companies Act: Comparison to The OECD Anti-Bribery Convention and Issues. **Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal**, Mar./2014, p.20.

⁷⁵⁶ ZIMMER, Aloísio. **Lei anticorrupção: Lei 12.846/2013**. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2019. [livro digital].

pelo qual a responsabilização da pessoa jurídica estaria necessariamente vinculada à das pessoas físicas que concorrem para a prática da infração⁷⁵⁷.

A LAC, então, trata de alcançar os agentes econômicos que servem de motor para a corrupção, seja impondo punições, seja instituindo lógica preventiva de combate a desvios éticos, com incentivo a mecanismos de *compliance* nas empresas, insistindo na ética negocial.

Inovador também é o regime de responsabilidade que prevê, responsabilidade objetiva⁷⁵⁸, de cunho cível e administrativo, pelas infrações praticadas, ainda que contra a Administração de outros países⁷⁵⁹, interesse este que não encontra tutela na LIA. Deste modo, discussões sobre o elemento volitivo são evitadas, bastando a comprovação de um fato que se amolde ao art. 5º, um dos resultados previstos ali (suborno, direcionamento de contratos ou licitações, favorecimentos ilegais) e o respectivo nexos causal para que se atraia a incidência da LAC⁷⁶⁰⁻⁷⁶¹.

⁷⁵⁷ DE PAULA, Diego. **FCPA e a Lei Anticorrupção**: Responsabilidade pessoal dos administradores. Organizadores: JACOBSEN, Gilson; DANTAS, Marcelo Buzaglo; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Coleção Direito, Anticorrupção e Compliance – Vol. 3*. Florianópolis: Habitus, 2021, p. 194.

⁷⁵⁸ Em contraste com sua similar estadunidense, o FCPA, e com a Convenção Anti-suborno da OCDE, que demandam a demonstração da intencionalidade do agente, a LAC dispensa tal comprovação ao instituir regime de *strict liability*: “the government need not show any intent on the part of the corporate actor. Prosecutors need only prove that an illegal act occurred and that it benefited the company” (WINTERS, Michelle A. Too Many Cooks in the Kitchen: Battling Corporate Corruption in Brazil and the Problems with a Decentralized Enforcement Model. **Richmond Journal of Global Law & Business**, v. 13, Issue 4, Article 6, 2015, p. 687). O regime de responsabilidade objetiva da LAC, no entanto, tem similaridade com aquele estabelecido no UK Bribery Act, de 2010, que estabelece responsabilidade de ordem objetiva, baseada nos princípios de *risk assessment* e *due diligence* (UNITED KINGDOM – MINISTRY OF JUSTICE. **The Bribery Act 2010 – Guidance**. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em: 16/07/2021).

⁷⁵⁹ “Art. 28. Esta Lei aplica-se aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior”.

⁷⁶⁰ Comparando o regime de responsabilidade objetiva da LAC com o *foreign corrupt practices act* (FCPA) estadunidense, Fortini ressalta que o regime da LAC é mais efetivo na responsabilização da empresa corrupta. “A Lei brasileira estabelece responsabilidade objetiva, não importando se a empresa tinha ou não conhecimento, se havia autorizado ou demandado a prática dos atos considerados nocivos por seus colaboradores. Trata-se de regra que facilita a responsabilização das empresas, dado que desnecessária a comprovação do intuito de corromper exigido nos Estados Unidos”. FORTINI, Cristiana. Uma rápida comparação entre a Lei 12.846/13 e norte-americano foreign corrupt practices act (FCPA). **Direito do Estado**, a. 2015, n. 22. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/cristiana-fortini/uma-rapida-comparacao-entre-a-lei-1284613-e-norte-americano-foreign-corrupt-practices-act-fcpa>. Acesso em: 16/08/2020.

⁷⁶¹ NASSER contempla uma visão mais crítica à responsabilidade objetiva. A autora centra sua tese na necessidade de compatibilizar a aplicação da LAC com a necessidade de preservação da empresa, dada sua função social, sempre que o empreendimento seja gerador de empregos e tributos e tenha capacidade de sair da ilicitude para um novo regime de conformidade. Neste linha, compreende a LAC como uma norma de natureza penal *stricto sensu* e, com tal, não sujeita a responsabilidade sem algum grau de culpabilidade, que adviria da ausência ou ineficiência de controles internos à organização,

A responsabilidade objetiva é “o coração da Lei 12.846/2013”, uma vez que dá ensejo à punição da empresa pelo simples fato de evitar o dano. Basta a “ocorrência de pelo menos um dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013 e que tais atos [tenham sido] cometidos em interesse ou benefício da pessoa jurídica”. Com isto, “o ponto central da responsabilidade objetiva é que a responsabilização da pessoa jurídica não é condicionada ao prosseguimento ou decisão final acerca da responsabilidade das pessoas físicas”⁷⁶².

Nota-se uma clara opção do Legislador por uma via alternativa ao Direito Penal para confrontar a corrupção. Como explica CAPANEMA, a opção foi pragmática: como, obviamente, não se há de restringir a liberdade de ir e vir de uma empresa, todos os outros efeitos de uma condenação penal são passíveis de obtenção na via administrativa ou no processo cível. Tais expedientes, “além de adequados, apresentam algumas vantagens, especialmente no que concerne à celeridade do procedimento de responsabilização. Ainda mais tendo em vista o processo penal brasileiro, excessivamente garantivista e repleto de recursos protelatórios”⁷⁶³.

A LAC estabelece um duplo sistema de responsabilização. Há a repressão na via administrativa, mediante processo administrativo de responsabilização (PAR – regido por normas da própria LAC e da Lei 9.784/99, subsidiariamente), conduzido pela autoridade máxima da entidade ou órgão lesado (art. 8º), com atribuição concorrente da Controladoria-Geral da União (CGU) em relação aos atos praticados em desfavor do Poder Executivo federal⁷⁶⁴.

incapazes de evitar o resultado danoso. Haveria, segundo defende, a possibilidade de responsabilização objetiva apenas em relação ao dano ao erário, ficando excluído o sancionamento de tal regime, porque o regime constitucional o refutaria. Aduz que, além disso, é contraproducente fixar a responsabilização objetiva para o ente empresarial, pois, no caso da responsabilidade subjetiva, “se o agente sabe que a medida de sua culpa será levada em conta quando se determinar sua responsabilidade por um dado resultado, terá incentivos para evita-lo” (p. 121). E por estarem estimuladas à conformidade e sujeitas a aderir a padrões éticos maiores, acabam se tornando *watchdogs* do Estado no seguimento em que atual, controlando e denunciando ações espúrias de seus concorrentes, com vistas a evitar concorrência desleal (p. 131). NASSER, Maria Virginia N. do A. Mesquita. **Lava a jato**: o interesse público entre punitivismo e desgovernança. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁷⁶² CAPANEMA, Renato de Oliveira. **INOVAÇÕES DA LEI Nº 12.846/2013**. In *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei 12.846/2013*. Coord. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 16.

⁷⁶³ CAPANEMA, Renato de Oliveira. **INOVAÇÕES DA LEI Nº 12.846/2013**. In *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei 12.846/2013*. Coord. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 14.

⁷⁶⁴ Interessante notar que a LAC contempla um modelo de competências concorrentes para apurar os atos puníveis previstos no diploma. Além de estabelecer atribuições para autoridades municipais e

Sem prejuízo, existe a responsabilidade judicial (civil⁷⁶⁵), via ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público ou pelas pessoas políticas lesadas (União, Estado, DF ou Município). Neste campo, as penalidades são distintas e mais intensas, como a seguir examinado, mas também vale a regra da responsabilização objetiva da empresa, baseada na ideia de incentivar a adoção de filtros prévios, que impeçam, no âmbito corporativo, atos de corrupção.

estaduais, a LAC dá poderes concorrentes para autoridades federais – CGU e autoridade máxima do ente lesado. Isto difere muito do modelo adotado pelo FCPA, que concentra as atribuições investigativas no DOJ e na SEC, ao que se atribui a aplicação uniforme e consistente do estatuto; e da moldura seguida no Reino Unido, onde o *Serious Fraud Office* concentra as investigações relacionadas ao Anti-Bribery Act. A difusão de atribuições operada na LAC é apontada como uma de suas principais fraquezas (WINTERS, Michelle A. Too Many Cooks in the Kitchen: Battling Corporate Corruption in Brazil and the Problems with a Decentralized Enforcement Model. **Richmond Journal of Global Law & Business**, v. 13, Issue 4, Article 6, 2015, p. 690), o que terá reflexos importantes na celebração de acordos de leniência, como se verá adiante.

⁷⁶⁵ “Segundo alguns doutrinadores, o aspecto inovador da Lei 12.846/2013, em matéria de responsabilidade civil, é que ela criaria um sistema indenizatório próprio para as práticas que define [...] a norma legal teria inovado ao estabelecer as características constitutivas de uma modalidade especial de responsabilização civil, constituindo, assim, um microssistema específico em relação ao Código Civil”. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **A Lei 12.846/2013 e a tutela do Direito material coletivo da probidade na Administração pública**. In *Estudos sobre Administração Pública e o combate à corrupção: desafios em torno da Lei 12.846/2013*. Coordenação: Raúl Araújo, Edison Pereira Nobre Júnior, Bruno Leonardo Câmara Carrá. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 50.

As responsabilidades administrativa e judicial não se excluem⁷⁶⁶. E, como regra, não afetam a ação por improbidade administrativa (art. 30 da LAC)⁷⁶⁷⁻⁷⁶⁸. Como frisa BITTENCOURT, “a aplicação de penalidades numa das esferas não afasta a possibilidade de penalização na outra”⁷⁶⁹. São regimes complementares, que se harmonizam também com as disposições da LIA, numa tentativa de fechar o cerco contra toda a cadeia da corrupção, agentes públicos, pessoas físicas e empresas

⁷⁶⁶ “A lei é clara: a responsabilidade da pessoa jurídica na esfera administrativa não afastará a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial. Comentando a matéria, Belisário e Pardini consignam que, ao prever em seus dispositivos a possibilidade de duas sanções diferentes para o mesmo fato, uma pela autoridade administrativa e outra na esfera judicial, a lei expressa o ápice do Poder de Polícia emanado pelo Estado. Destarte, o resultado obtido no processo de responsabilização da pessoa jurídica no âmbito administrativo não será fator impeditivo para que ocorra uma sanção na esfera judicial. BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Edição em e-book.

⁷⁶⁷ De se registrar posição doutrinária no sentido de que, se o ato configura ao mesmo tempo improbidade e infração a LAC, só poderia haver processo por improbidade: “Portanto, o cotejo entre as Leis nºs 8.429/92 e 12.846/13 demonstra tratar-se de instâncias distintas de responsabilidade que se excluem, porque havendo ação ou omissão lesiva praticada por agente público - que implique enriquecimento ilícito no exercício de função pública, prejuízo ao patrimônio público (em que ocorre enriquecimento ilícito de particular), ou atentado aos princípios da Administração Pública - a hipótese caracteriza improbidade administrativa, subordinada à Lei nº 8.429/92, cuja responsabilidade do agente público e de particulares beneficiários, coautores ou partícipes é subjetiva. Diferentemente, a responsabilidade civil objetiva de pessoa jurídica de direito privado não pressupõe ação ou omissão de agente público, mas, comportamento lesivo exclusivamente imputável à pessoa jurídica de direito privado. Ou seja, aquela exclui esta. [...] Em resumo, a diversidade de título jurídico importa exclusão de um regime sobre outro de responsabilidade, não havendo lugar para bis in idem. Com efeito, se pessoa jurídica fornece a agente público vantagem econômica indevida, ela é coautora ou partícipe de ato de improbidade administrativa (art. 9º, Lei nº 8.429/92), estando o agente público e essa pessoa jurídica sujeitos às sanções do art. 12, I, da Lei de Improbidade Administrativa. Para aplicar-se a Lei nº 12.846/13, é preciso que se afaste a responsabilidade do agente público e, portanto, a caracterização de ato de improbidade administrativa” (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Lei Anticorrupção comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pág. 345). Igualmente, sustenta-se que, para evitar *bis in idem*, deve-se ter em conta a natureza do infrator; sendo pessoa jurídica, deveria incidir a LAC, com exclusão das penas da LIA, só aplicável, e em caráter exclusivo, com afastamento da LAC, se evidenciado, além do envolvimento da empresa, a participação de algum agente público (FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane, *Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do “bis in idem”*. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 2, 2018, p. 108–109).

⁷⁶⁸ “A pessoa jurídica poderá, em tese, ser responsabilizada tanto com base na LIA, tanto com base na Lei Anticorrupção (LAC), pois os regimes coexistem. É certo que a nova LIA tenta alterar essa compreensão, ao enunciar que “As sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato No entanto, o princípio da independência das esferas punitivas (art. 37, § 4º da Constituição Federal) indica a prevalência da norma da LAC e, portanto, a subsistência do duplo regime punitivo. A jurisprudência tem entendido que as ações por improbidade e por ato lesivo da LAC podem coexistir, igualmente por aplicação da independência das esferas punitivas”. MARTINS, Tiago do Carmo. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: Análise da Lei 8.429/92 à luz da doutrina e da jurisprudência atualizada segundo a Lei 14.230/2021**. Curitiba: Alteridade, 2022. p. 74.

⁷⁶⁹ BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Edição em e-book.

privadas. São, LIA e LAC, estatutos complementares e que podem incidir concomitantemente, sem representar *bis in idem*⁷⁷⁰⁻⁷⁷¹.

A nova LIA, no entanto, propugna alterar este cenário, criando uma divisão clara entre LIA e LAC: se esta incidir sobre certa situação, aquela não terá aplicação. Tal o que decorre do novo art. 3º, § 2º da LIA:

As sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Em sentido semelhante, o art. 12, § 7º estabelece que “As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do *non bis in idem*”.

A intenção do legislador é nítida: evitar o duplo apenamento da pessoa jurídica. Se por um lado estas disposições resguardam a empresa que celebre acordo de leniência, diante do que mitiga sua responsabilidade na LAC, de sofrer sanções outras em decorrência de aplicação da LIA, cujas penas não integram o rol de benefícios daquele acordo⁷⁷²; por outro comprometem a independência dos regimes punitivos, em potencial ofensa ao art. 37, § 4º da Constituição Federal.

Com efeito, as novas normas da LIA estão em conflito aparente com o art. 30, I da Lei 12.846/2013, norma que não foi revogada pela Lei 14.230/2021. Neste passo, pode-se pensar na adoção do critério cronológico para resolver o conflito, situação em que prevaleceria a nova disposição da LIA. No entanto, o princípio da independência

⁷⁷⁰ “As normas, portanto, não se excluem. Ao contrário, se complementam de modo a alcançarem o agente público e as empresas corruptoras, cada qual com seu regime de responsabilização. A LAC expressamente dispõe, em seu art. 30, que a aplicação das penalidades que estabelece não interfere nos processos de responsabilização decorrentes da LIA e da Lei das Licitações”. ALMEIDA, Marcelo Eugênio Feitosa; LIRA, Laura Fernandes de Lima. Retroatividade e Acordo de Leniência: a solução consensual da Lei Anticorrupção no tempo. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 19, n. 01. p.201-224, jan./mar. 2020; **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 19, n. 01. p.201-224, jan./mar. 2020, p. 207.

⁷⁷¹ No entanto, caso a mesma pessoa jurídica seja penalizada pela LIA e pela LAC, deve-se ter em conta o que prevê a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42): “Art. 22, § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)”

⁷⁷² Não se ignora que a falta de inserção das sanções por improbidade nas cláusulas do acordo de leniência provoque desincentivo grave à empresa envolta em ato lesivo da LAC (ARAÚJO, Juliana Padrão Serra de. **Acordo de não persecução civil em improbidade administrativa**: abordando pela *Plea Bargain*, Colaboração Premiada e Acordo de Leniência. Organizadores Gilson Jacobsen, Marcelo Buzaglo Dantas e Orlando Luiz Zanon Junior. *Coleção Direito, Anticorrupção e Compliance* – Vol. 6. Florianópolis: Habitus, 2021, p. 148-149). Contudo, o remédio adotado pelo legislador poderia ter sido integrar o acordo de leniência com o ANPC, com isto ofertando melhor proteção e incentivos à empresa colaboradora. Mas a opção foi por limitar as esferas de responsabilidade, independentes constitucionalmente.

das esferas punitivas (art. 37, § 4º da Constituição Federal) indica a prevalência da norma da LAC e, portanto, a subsistência do duplo regime punitivo.

É, aliás esta a linha que a jurisprudência tem seguido, compreendendo que as ações por improbidade e por ato lesivo da LAC podem coexistir, justamente em face da aplicação da independência das esferas punitivas⁷⁷³.

Além de incidirem em conjunto, não há qualquer *bis in idem* na imposição concomitante das penas da LIA e da LAC. O que se deve extrair da regra inserta no art. 12, § 7º é o que já vem estatuído na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB - Decreto-Lei 4.657/42), a qual determina se leve em consideração (não a compensação⁷⁷⁴ pura e simples) de sanções já aplicadas pelo mesmo fato por outra instância controladora ou punitiva⁷⁷⁵.

Esta inspiração da LINDB não mais faz que recordar o dever de proporcionalidade que deve inspirar o julgador, sem descuidar da noção de que compensação pura e simples, como ora sugere a LIA, violaria o princípio da independência das esferas de responsabilização (art. 37, § 4º da Constituição Federal).

Não obstante, caso a sentença em ACP baseada na LAC transite em julgado, declarando expressamente e em cognição exauriente que a empresa não praticou ato de corrupção ou que este não existiu, a regra da independência das responsabilidades é excepcionada, pois o tema será acobertado pela coisa julgada e inviabilizará nova discussão em ação por improbidade ou abertura de PAR para o mesmo fato⁷⁷⁶.

⁷⁷³ TRF4, AG 5004132-65.2020.4.04.0000, QUARTA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 26/05/2021.

⁷⁷⁴ A independência das esferas de punição se reflete na autonomia das sanções de cada regime, mesmo quando sejam coincidentes (como multa prevista na esfera de controle e multa civil da LIA ou da multa da LAC). Como explica GARCIA, “Cada esfera tem suas características – o bem jurídico que protege, o procedimento de que se utiliza, a finalidade a que busca, as sanções que comina – sendo certo que a coincidência de um ou mais desses elementos não descaracteriza a esfera ou lhe retira a individualidade ou autonomia”. GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do Agente Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 274.

⁷⁷⁵ “Art. 22, § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)”

⁷⁷⁶ “A responsabilidade na via judicial é apurada em processo judicial, cuja decisão final, transitada em julgado, pode impactar na esfera administrativa, se porventura a sentença expressamente reconhecer que o ato lesivo não foi praticado ou foi praticado por pessoa jurídica diversa, absolvendo judicialmente a pessoa jurídica imputada. Nessas hipóteses, transitada em julgado a sentença, o processo administrativo não poderá ser iniciado; se iniciado, deverá ser interrompido; se julgado, deverá a eventual decisão administrativa condenatória ser objeto de revisão administrativa. A recíproca não será verdadeira, pois a decisão tomada no processo administrativo não transita em julgado, podendo ser

Esta compreensão vem agora albergada no art. 21, § 3º da LIA, segundo o qual “as sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria”.

3.3.2 Ato punível na LAC

Os atos puníveis pela LAC, definidos como “atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira” (art. 5º), são os que, baseados em práticas corruptas, importam em algum tipo de lesão à Administração, em seus bens, interesses ou serviços⁷⁷⁷.

O art. 5º estabelece um rol das condutas lesivas, o qual tem sido considerado *numerus clausus*⁷⁷⁸. No entanto, o elenco traz figuras com certa abertura, o que enseja preocupações, tal qual declinado em relação à indeterminação dos conceitos que cercam os atos de improbidade, pois poderia propiciar aplicação arbitrária e insegurança jurídica.

Em análise do conjunto de atos lesivos, pode-se inferir que a norma protege, essencialmente, o patrimônio público nacional ou estrangeiro; os princípios da administração pública; e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no enfrentamento da corrupção.

Pela lógica do art. 5º, é ato lesivo⁷⁷⁹, por exemplo, oferecer propina a agente público para ter bom trânsito junto à Administração (inc. I); combinar preços de serviços com concorrentes em certame licitatório (inc. IV, a); cobrar por serviços não prestados, mediante emissão de notas falsas, atestadas indevidamente pelo servidor

revista judicialmente, tendo em vista o modelo de unidade de jurisdição adotado pela Constituição Federal de 1988”. SANTOS, José Anacleto Abduch. BERTONCINI, Mateus. FILHO, Ubirajara Costódio. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção** [Livro Eletrônico]. São Paulo, RT, 2015.

⁷⁷⁷ DIPP, Gilson; CASTILHO, Manuel Volkmer de. **Comentários sobre a Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2016. [Livro Eletrônico].

⁷⁷⁸ ZIMMER, Aloísio. **Lei anticorrupção: Lei 12.846/2013**. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2019. [livro digital].

⁷⁷⁹ Figuras definidas como atos lesivos pela LAC já encontravam tipificação penal. Contudo, como lembra MARTINS, o fato de as pessoas jurídicas estarem fora do alcance daquele ramo, aliado ao “rigor procedimental e às amplas exigências probatórias no campo penal, fazia com que muitas vezes, nada obstante a responsabilidade da empresa estivesse suficientemente demonstrada, não fosse possível individualizar e provar a conduta dos dirigentes, levando à sensação de impunidade”. MARTINS, Humberto. **A Lei 12.846/2013 e a tutela do Direito material coletivo da probidade na Administração pública**. In *Estudos sobre Administração Pública e o combate à corrupção: desafios em torno da Lei 12.846/2013*. Coordenação: Raúl Araújo, Edison Pereira Nobre Júnior, Bruno Leonardo Câmara Carrá. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 34-35

responsável (inc. IV, f); fraudar documentos, coagir agentes públicos ou a estes oferecer vantagens para alterar o andamento de investigação ou procedimento de controle (inc. V).

A incidência em mais de um inciso não representa multiplicidade de punições, desde que um único ato tenha sido praticado. Contudo, ato com maiores desdobramentos ensejam punição mais severa, a ser dosada na ocasião de impor a pena⁷⁸⁰.

No que tange à consumação do ato lesivo, pode ocorrer mesmo sem que haja efetivo pagamento indevido a agente público, pois a norma se satisfaz com a mera oferta ou promessa de pagamento.

A casuística administrativa traz alguns exemplos de atos lesivos praticados e apurados. A CGU instaurou procedimento e firmou acordo de leniência com empresa que havia instituído um fundo para pagar propinas para funcionários da Petrobrás. Quando fechado um contrato de afretamento de navios-plataforma, os agentes públicos recebiam pagamentos que variavam de 3% a 10% do valor do contrato. Os contratos só eram firmados se houvesse a contrapartida indevida aos agentes públicos⁷⁸¹.

Outra investigação envolveu pagamentos indevidos feito por corporação a agentes públicos e dirigentes de partidos políticos, com valores desviados de contratos entre a empresa e a Petrobrás. Os valores, condicionantes da celebração dos contratos e previamente combinados entre os participantes do esquema, serviriam tanto para benefício pessoal quanto para financiar campanhas políticas⁷⁸².

Em ambos os casos, as empresas firmaram acordos de leniência com a CGU, obrigando-se a devolver os valores ilicitamente apropriados, a indenizar danos ao erário e a pagar multas punitivas.

⁷⁸⁰ ZIMMER, Aloísio. **Lei anticorrupção**: Lei 12.846/2013. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2019. [livro digital].

⁷⁸¹ BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordos de Leniência**. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/sbm-offshore>. Acesso em: 03/08/2020.

⁷⁸² BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordos de Leniência**. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/braskem-s-a>. Acesso em: 03/08/2020.

3.3.3 Sujeitos da LAC

O sujeito ativo do ato lesivo é a pessoa jurídica que praticar alguma das condutas do art. 5º. Não é importante a forma de organização societária, nem mesmo a existência de personalidade jurídica regularmente caracterizada.

É fundamental que, em relação à aplicação extraterritorial da LAC (atos contra a Administração estrangeira - art. 28), a empresa tenha sede ou filial no país e que a ação tenha envolvimento de estabelecimento sediado em solo brasileiro.

Não há necessidade de comprovar dolo ou culpa da empresa no resultado corrupção. Pelo sistema de responsabilidade objetiva, se este resultado ocorrer, a empresa é responsável pelo simples fato de não ter agido de modo eficaz para evitá-lo.

Importante notar que a LAC estende seu olhar sobre associações e fundações, mas ainda é controversa sua aplicação a partidos políticos⁷⁸³, uma vez que estes não têm natureza empresarial e já estão sujeitos ao regime especial do Direito Eleitoral, posição esta que ganhou impulso com a Nova LIA (art. 23-C)⁷⁸⁴.

Contudo, diante da inconstitucionalidade da mitigação de responsabilidade de partidos políticos, o STF deu interpretação conforme a tal disposição, para estabelecer que “os atos que ensejem enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de suas fundações, poderão ser responsabilizados nos termos da Lei 9.096/1995, mas sem prejuízo da incidência da Lei de Improbidade Administrativa”⁷⁸⁵. Por razões de integridade do sistema, esta compreensão deve alcançar a

⁷⁸³ Defendendo a sujeição dos partidos políticos: BATINI, Silvana; RÉ, Mônica Campos de. **Responsabilização dos Partidos Políticos**. Disponível em https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjt_vfKzZ_qAhX_Qc98KHZECC-IQFjABegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.dezmedidas.mpf.mp.br%2Fapresentacao%2Fartigos%2Fresponsabilizacao-de-partidos-politicos-por-corrupcao-monica-e-silvana.pdf&usq=AOvVaw2YJix6nMttGEc6XHDVMTR. Acesso em: 01/07/2020. Igual linha segue CARLHOSA, defendendo a sujeição dos partidos políticos à LAC, face à sua natureza jurídica de direito privado: CARLHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters, 2015. Edição em e-book.

⁷⁸⁴ “Art. 23-C. Atos que ensejem enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de suas fundações, serão responsabilizados nos termos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.”

⁷⁸⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 7.236-MC, Relator Ministro ALEXANDRE DE MORAES, 27/12/2022.

interpretação a ser dada a LAC, de modo a se ter por alcançados os partidos políticos em seu âmbito de incidência.

Também têm se considerado que as empresas individuais de responsabilidade limitada, instituições religiosas e os entes de cooperação, tais as organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e as entidades do *sistema S* (SESI, SENAI, SENAC, SENAT etc.) estão fora do espectro da LAC⁷⁸⁶.

Pessoas jurídicas que integram a Administração, independente de ostentar personalidade jurídica de direito público ou privado, não são sujeitos ativos do ato lesivo. Tais entidades serão as vítimas do eventual ilícito cometido⁷⁸⁷. A responsabilidade, nestes casos, deve recair sobre a empresa corruptora e sobre os agentes públicos que desviaram a entidade estatal de seus fins legais⁷⁸⁸⁻⁷⁸⁹.

As pessoas físicas que dirigem ou administram as empresas corruptas e aquelas que tenham se envolvido no ato lesivo, como servidores públicos integrantes do esquema, não se sujeitam, em princípio, ao regime da LAC, podendo ser alcançados somente mediante desconsideração da personalidade jurídica, a seguir abordada.

As pessoas naturais, contudo, não ficam isentas de responder pelo ilícito. A própria LAC ressalva sua responsabilidade (art. 3º), que ocorrerá, no entanto, na medida de sua culpabilidade (a responsabilidade não é objetiva) e em outro âmbito, como a ação por improbidade, ação penal, processo administrativo disciplinar ou ação cível de ressarcimento de dano.

⁷⁸⁶ BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Edição em e-book.

⁷⁸⁷ Nos processos administrativos decorrentes da *Operação Lava Jato*, a CGU tem entendido que a Petrobrás não é sujeito ativo do ato de corrupção, mas vítima, sujeito passivo, pois seus recursos foram indevidamente drenados para financiar atividades ilícitas em prejuízo da própria estatal.

⁷⁸⁸ DIPP, Gilson; CASTILHO, Manuel Volkmer de. **Comentários sobre a Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2016. [Livro Eletrônico].

⁷⁸⁹ Em sentido oposto: "O art. 173, § 1º, da Constituição Federal de 1988, foi regulamentado pela Lei 13.303/2016, que, por sua vez, previu, em seu art. 94, a aplicação à empresa pública, à sociedade de economia mista e às suas subsidiárias as sanções previstas na Lei 12.846/2013, salvo as previstas nos incs. II, III e IV do caput do art. 19 da referida Lei". GONÇALVES, Benedito. **A Lei 12.846/2013 e a tutela do Direito material coletivo da proibidade na Administração pública**. In *Estudos sobre Administração Pública e o combate à corrupção: desafios em torno da Lei 12.846/2013*. Coordenação: Raúl Araújo, Edison Pereira Nobre Júnior, Bruno Leonardo Câmara Carrá. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 38. Com efeito, inobstante a disposição constante do art. 94 da Lei 13.303/2016, é difícil conceber possa a Administração obrar contra si própria, de modo que a compreensão segunda a qual as entidades da Administração são vítimas de atos puníveis pela LAC guarda maior coerência sistêmica.

Já o sujeito passivo é aquele que sofre os efeitos do ato lesivo. O âmbito de proteção da lei alcança a Administração nacional, se voltando contra a atos praticados em desfavor das entidades da administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios; também alcançando entes internacionais, o que denota a inspiração que a LAC haure no *Foreign Corrupt Practices Act*⁷⁹⁰.

Nos termos do art. 5º, § 1º, considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro. Os organismos internacionais, como ONU, FMI, Banco Mundial, são equiparados à administração estrangeira. Havendo ato lesivo contra o interesse destes entes, poderá haver responsabilização sob os ditames da LAC.

3.3.4 Duplo regime de responsabilização e penas previstas na LAC

Como visto, a LAC contempla um duplo regime de responsabilização, um na esfera administrativa, via Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), outro na via judicial, através de ação civil pública movida pelo Ministério Público ou pela pessoa política lesada⁷⁹¹.

O PAR, regrado nos artigos 8º a 15 da LAC, é instaurado e julgado pela autoridade máxima da entidade ou órgão prejudicado, admitida a delegação. Para a instrução, é designada comissão, formada por pelo menos 2 servidores estáveis. Esta comissão pode sugerir a sustação cautelar do ato lesivo e a proposição de medidas judiciais outras, como busca e apreensão, que serão propostas pela procuradoria da entidade lesada.

⁷⁹⁰ “A *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA é o instrumento jurídico norte Americano para o combate à corrupção, especialmente aquela decorrente de subornos a dirigentes governamentais, tanto nos Estados Unidos como no exterior”. COELHO, Nuno M.M.S; HERINGER, Helimara Moreira Lamounier. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: UMA BREVE ANÁLISE DA LEI QUE DEU ORIGEM AO COMBATE INTERNACIONAL DA CORRUPÇÃO. *Revista Jurídica*, v. 01, n. 46, pp. 164-187, Curitiba, 2017, p. 166.

⁷⁹¹ A norma acolhe uma classificação frequente, conquanto não pacífica, que distingue as sanções administrativas mediante critério formal da autoridade aplicadora, sendo qualificadas como administrativas apenas aquelas impostas por uma autoridade não investida de função judicial. A este respeito, conferir: MERÇON-VARGAS, Sarah. Teoria do processo judicial punitivo não penal. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 78-79.

A CGU tem competência concorrente para o PAR, além de ser a encarregada para os processos que versem sobre lesão à administração estrangeira.

No âmbito do PAR, as sanções possíveis são a multa e a publicação de decisão condenatória.

A multa visa a penalizar financeiramente a empresa que praticou o ilícito imbuída da intenção de lucro fácil. O valor arrecadado reverte em favor da entidade lesada, como meio de minimizar os efeitos do ilícito (art. 24).

Seu valor é calculado com base no faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, podendo variar entre 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento. Se por alguma razão for inviável apurar o faturamento da empresa, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). O Decreto 8.420/2015 traça parâmetros detalhados para imposição da multa. Neste ponto, é didático o demonstrativo elaborado pela CGU⁷⁹²:

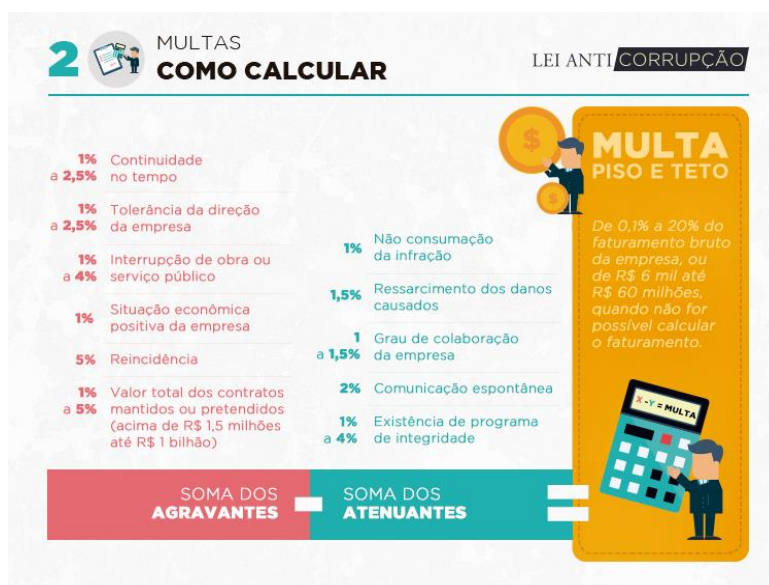


Figure 10 - elaborado pela CGU

De se notar que o apenamento da empresa vai variar em função de seu porte (faturamento), bem como da gravidade da infração, do proveito obtido, da consumação ou não do ato, efeitos gerados, valor dos contratos mantidos com o poder

⁷⁹² BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordos de Leniência**. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/sancoes>. Acesso em: 03/08/2020.

público, nível de cooperação da empresa nas investigações e existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades.

Quanto aos dois últimos critérios, são nitidamente inspirados no *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)⁷⁹³ e respondem a uma política de responsabilização proporcional, em oposição a uma de tolerância zero, em que o comportamento da empresa violadora⁷⁹⁴, tanto na prevenção do ilícito como na sua apuração e autopunição dos envolvidos, é tomado em conta para a definição da sanção adequada⁷⁹⁵.

No que diz com a publicação da decisão condenatória, tem por escopo dar ampla publicidade à declaração de inidoneidade da empresa condenada. Na essência, revela grande efeito reputacional⁷⁹⁶, uma espécie de 'lista negra' de empresas condenadas por corrupção. Ainda, alerta possíveis contratantes para o risco

⁷⁹³ BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Edição em e-book.

⁷⁹⁴ A atitude da organização violadora é foco de especial atenção também pelo manual de sentenças penais dos Estados Unidos (2016 U.S. *Sentencing Guidelines Manual*). No documento, que serve de orientação para magistrados federais na definição da punição devida a empresas e agentes corporativos por infrações criminais, são enunciados princípios que propugnam punição proporcional dos infratores e guardam alguma familiaridade com o regime contemplado na LAC, como: a) a obrigatoriedade de sempre reparar a ofensa, obrigação que não é encarada como punição, mas mero restabelecimento do estado anterior ao ilícito; b) necessidade de privar o empreendimento de todos os seus bens, quando for usado essencialmente para fins ilícitos ou operar com base em meios criminosos; c) seriedade da ofensa determinada pela dimensão do ganho pecuniário ou do prejuízo causado; d) culpabilidade norteadas pelo grau de tolerância ou envolvimento com a atividade ilícita, histórico anterior da empresa em atividades irregulares, violações a ordens do poder público e obstrução da justiça, bem como existência de programas de *compliance*, de canais para recebimento de denúncias e de cooperação com autoridades. UNITED STATES. **2016 U.S. Sentencing Guidelines Manual**. CHAPTER EIGHT - SENTENCING OF ORGANIZATIONS.

⁷⁹⁵ Neste ponto, DAVIS demonstra que uma abordagem de tolerância zero, que significa privar a empresa de todos os frutos do contrato obtido mediante suborno, juntamente com imposição de penas severas e inflexíveis, pode gerar danos adicionais ao Estado e à coletividade, pois, ao aumentar o risco de negociar com o poder público, especialmente em ambientes de maior fragilidade institucional, pode se criar um incentivo negativo a contratações públicas, o que privaria aquela comunidade de serviços e bens muitas vezes fornecidos por poucos agentes privados. A alternativa, então, é penalizar sim, pois isto é um imperativo moral indeclinável, mas tendo em conta os meios de prevenção e, mais ainda, de detecção e punição que a empresa mantém e aplica para responsabilizar os empregados envolvidos. Neste caso, uma vez que a punição seria proporcional ao envolvimento da empresa na prevenção, descoberta e punição do malfeito, se criaria um incentivo para que denuncie os ilícitos, convertendo-se em parceira do Estado, o que tem o efeito adicional de reduzir o montante de investimento público na persecução de ilícitos. DAVIS, Kevin E. **CIVIL REMEDIES FOR CORRUPTION IN GOVERNMENT CONTRACTING: ZERO TOLERANCE VERSUS PROPORTIONAL LIABILITY**. New York: 2009, NYU School of Law, International Law and Justice Working Papers, ILLJ Working Paper 2009/4.

⁷⁹⁶ BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Edição em e-book.

de se relacionar com a pessoa jurídica condenada, representado, mais uma vez, forte abalo à imagem da empresa⁷⁹⁷.

A publicação será feita em meio de comunicação de grande circulação, em edital afixado na sede da entidade lesada e na internet.

As sanções de multa e publicação da decisão podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, dependendo das circunstâncias do caso e da gravidade da infração. O art. 7º traça critérios adicionais, detalhados no Decreto 8.420/2015.

A responsabilização da empresa no PAR não afasta a possibilidade de responsabilização judicial, face à independência das instâncias administrativa e judicial. O ato lesivo é o mesmo, mas tem repercussões em mais de uma órbita, cada qual com um feixe de sanções distintas⁷⁹⁸.

O processo judicial, que seguirá o rito da ação civil pública, terá como objeto, além da imposição das sanções previstas no art. 19, pedido de ressarcimento dos danos materiais e morais infligidos à Administração nacional ou estrangeira⁷⁹⁹.

A legitimidade ativa para a ação é da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial; e do Ministério Público (art. 19)⁸⁰⁰. Note-se que a LAC não

⁷⁹⁷ Preocupação central no meio corporativo, pois tem implicação direta com o valor da empresa e com a preservação dos interesses dos acionistas. TRANSPARENCY INTERNACIONAL. **Los negocios contra la corrupción**: Un marco para la acción - Implementación del 10mo principio del Pacto Global de las Naciones Unidas contra la corrupción. Disponível em: <https://pactoglobal.org.ar/recursos/los-negocios-contra-la-corrupcionun-marco-para-la-accionimplementacion-del-10mo-principio-del-pacto/>. Acesso em: 19/10/2021.

⁷⁹⁸ SANTOS, José Anacleto Abduch. BERTONCINI, Mateus. FILHO, Ubirajara Costódio. **Comentários à Lei 12.846/2013**: Lei anticorrupção [Livro Eletrônico]. São Paulo, RT, 2015.

⁷⁹⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters, 2015. Edição em e-book.

⁸⁰⁰ Uma das maiores virtudes do microsistema anticorrupção – pelo menos até a edição da Lei 14.230/2021, é dar legitimidade ativa aos entes lesados, além do MP, pois amplia o poder de *accountability*, em seu aspecto horizontal (“*La AH refiere a un subconjunto de estas interacciones. Trata exclusivamente de aquéllas que comparten una característica común: son emprendidas por una agencia estatal con el propósito explícito de prevenir, cancelar, reparar y/o castigar acciones (o eventualmente inacciones) de otra agencia estatal que se presumen ilegales, tanto bajo los supuestos de transgresión como de corrupción*”). O’DONNELL, Guillermo. *Accountability Horizontal. La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política*. **Revista ISONOMÍA**, n. 14, Abr./2001, p. 8). Além disso, no plano investigativo, a ampla rede de controle formada por CGU, TCU, Polícia Federal, COAF, CADE, dentre outras instituições, tem sido decisiva para ampliar o julgamento de processos de corrupção pelo Judiciário: “o que provavelmente mais contribuiu para a eventual evolução da taxa anual de julgamento de casos de corrupção pela Justiça foram os ganhos decorrentes de suas integrações, transformando-os numa rede de *accountability* horizontal, por meio da troca de informações, da colaboração efetiva e do estabelecimento de metas e objetivos comuns” (LEVCOVITZ, Silvio. **A corrupção e a atuação da Justiça Federal no Brasil 1991 – 2014**. Tese de doutorado apresentada

confere legitimidade ativa aos entes da Administração indireta. Havendo cometimento de atos contra essas entidades, a ação deverá ser proposta pela pessoa política a quem si ligarem ou pelo Ministério Público⁸⁰¹.

A LAC é omissa, entretanto, quanto à legitimidade ativa para a ação que vise a coibir ato praticado em detrimento da Administração estrangeira. Embora seja possível sustentar a inviabilidade da ação de responsabilização nesta hipótese⁸⁰², parece mais apropriado reconhecer legitimidade ativa à Advocacia-Geral da União, haja vista o interesse direto da União em fazer valer compromissos internacionais anticorrupção de que o Brasil é signatário.

O processo judicial pode ter um caráter supletivo: quando o MP for autor, além das penas do art. 19, o pedido pode contemplar também as sanções do art. 6º, caso as autoridades administrativas tenham sido omissas em instaurar o PAR ou em sua condução.

No polo passivo estará apenas a empresa corrupta. Seus sócios, diretores, administradores ou acionistas não integrarão o processo, pois o sujeito ativo do ato de corrupção e alvo da LAC é a pessoa jurídica⁸⁰³.

Caso exista ocultação patrimonial, terá lugar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, adiante examinado, mas não para impor penas aos sócios ou dirigentes, e sim para alcançar o patrimônio que foi desviado em seu favor.

Em relação às sanções cabíveis na esfera judicial, o perdimento de bens (art. 19, I) tem, na verdade, natureza ressarcitória, pois visa a recompor o proveito ilícito auferido pela empresa. A exemplo do que ocorre com o ressarcimento do dano⁸⁰⁴, é

ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas: 2020, p. 108).

⁸⁰¹ Em sentido contrário, sustenta-se que “tudo recomenda a compreensão de que, quando se tratar de pessoa jurídica concessionária ou fundacional privada, ou de economia mista com autonomia própria a iniciativa seja de sua respectiva instituição a legitimação pertinente, até porque daí podem decorrer efeitos de competência jurisdicional ou de foro territorial e até em razão da pessoa etc”. DIPP, Gilson; CASTILHO, Manuel Volkmer de. **Comentários sobre a Lei Anticorrupção** [Livro Eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁸⁰² SANTOS, José Anacleto Abduch. BERTONCINI, Mateus. FILHO, Ubirajara Costódio. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção** [Livro Eletrônico]. São Paulo, RT, 2015.

⁸⁰³ SANTOS, José Anacleto Abduch. BERTONCINI, Mateus. FILHO, Ubirajara Costódio. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção** [Livro Eletrônico]. São Paulo, RT, 2015.

⁸⁰⁴ Que há de compreender, inclusive, o dano moral coletivo causado pelo ato de corrupção. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **A Lei 12.846/2013 e a tutela do Direito material coletivo da probidade na Administração pública**. In *Estudos sobre Administração Pública e o combate à corrupção: desafios em torno da Lei 12.846/2013*. Coordenação: Raúl Araújo, Edison Pereira Nobre Júnior, Bruno Leonardo Câmara Carrá. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 54-55.

de imposição obrigatória quando houver enriquecimento indevido, para evitar a perpetuação dos efeitos do ilícito.

Tanto o perdimento como o ressarcimento são resultados indispensáveis do ato lesivo, que restabelecem o *status quo ante* à sua prática. Contudo, não se pode confundir o ressarcimento do prejuízo ao erário com o perdimento dos bens ilicitamente acrescidos⁸⁰⁵. Embora possam ter a mesma origem em certos casos (por exemplo, quando o proveito ilícito for um bem ou serviço apropriado do Estado), é comum que sejam dissociados, como quando o prejuízo estatal decorre do sobrepreço pago por um contrato decorrente de licitação fraudada, contrato que foi viabilizado mediante suborno pago a agentes públicos.

A suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa impede seu funcionamento por certo período ou obsta o prosseguimento de algum ramo de atividade por ela desempenhado, a critério da autoridade judicial. Por exemplo, pode ser decretada a interdição das atividades em um estado específico da federação; ou, se a empresa atua nos ramos de engenharia, extração mineral e prospecção de petróleo, pode ser interditada apenas uma dessas atividades, com continuidade normal das demais.

A duração e extensão da punição deve guardar relação com a natureza e gravidade do ato lesivo, e serve como um período de reorganização da empresa, no seu redirecionamento a práticas comerciais saudáveis e honestas⁸⁰⁶. O cuidado com a duração e extensão da pena se justifica diante da possibilidade de que, sendo muito ampla, possa comprometer a saúde da empresa e a continuidade da atividade empresarial⁸⁰⁷.

Mais grave de todas, a dissolução compulsória da empresa acarreta a morte da pessoa jurídica. Por esta razão, somente deve ser decretada em circunstâncias extremamente graves. A LAC determina sua aplicação quando a empresa for: a. habitualmente utilizada como meio para prática da corrupção; b. empregada

⁸⁰⁵ ZIMMER, Aloísio. **Lei anticorrupção**: Lei 12.846/2013. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [livro digital].

⁸⁰⁶ ZIMMER, Aloísio. **Lei anticorrupção**: Lei 12.846/2013. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [livro digital].

⁸⁰⁷ SANTOS, José Anacleto Abduch. BERTONCINI, Mateus. FILHO, Ubirajara Costódio. **Comentários à Lei 12.846/2013**: Lei anticorrupção [Livro Eletrônico]. São Paulo, RT, 2015.

habitualmente para ocultar ilícitos ou os beneficiários de atos vedados pela LAC, estando sua constituição destinada a esta finalidade.

Assim, trata-se de extinguir a empresa que não cumpre sua função social⁸⁰⁸ e que se dedica precipuamente à corrupção, pelo que não produz benefícios sociais e econômicos que autorizem sua continuidade. Contudo, pela gravidade máxima que alberga, é fundamental demonstração concreta do envolvimento habitual da empresa em atividades corruptas.

A dissolução compulsória difere da desconsideração da personalidade jurídica, pois é, de fato, uma pena, não meio de responsabilização indireta dos sócios ou dirigentes. Além disso, pressupõe a habitualidade da conduta delitiva da empresa, enquanto a desconsideração se volta contra situações específicas de ocultação patrimonial, sem visar a extinção da empresa. A derradeira distinção, reside no fato de que a dissolução só pode ser decretada judicialmente, diante de sua gravidade extrema; ao passo em que a desconsideração comporta uso na esfera administrativa (art. 14 da LAC) e no processo judicial (art. 50 do Código Civil e artigos 133 e 134 do CPC).

A proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, muito temida por empresas que centram sua atividade em relações contratuais com a Administração, tem lógica preventiva de novos ilícitos. Se propõe a evitar novas destinações de valores à empresa reconhecidamente inidônea, pois seria um contrassenso conceder mais crédito a quem acabara de agir deliberadamente contra a Administração⁸⁰⁹. Além disso, busca evitar que a empresa corrupta se socorra de financiamento estatal para quitar penalidades que lhe tenham sido impostas com base na LAC⁸¹⁰.

A exemplo do que ocorre na responsabilização administrativa e no regime da LIA, não há obrigatoriedade de aplicar todo o feixe de sanções previsto neste art. 19.

⁸⁰⁸ ZIMMER, Aloísio. **Lei anticorrupção**: Lei 12.846/2013. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [livro digital].

⁸⁰⁹ SANTOS, José Anacleto Abduch. BERTONCINI, Mateus. FILHO, Ubirajara Costódio. **Comentários à Lei 12.846/2013**: Lei anticorrupção [Livro Eletrônico]. São Paulo, RT, 2015.

⁸¹⁰ ZIMMER, Aloísio. **Lei anticorrupção**: Lei 12.846/2013. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [livro digital].

Caberá ao juiz eleger, consoante as circunstâncias do caso, a reprimenda adequada e proporcional à infração praticada.

De todo modo, a reparação do dano é indispensável (art. 6, § 3º), seguindo o mesmo princípio que rege a responsabilidade por improbidade (art. 37, §§ 4º e 5º da Constituição Federal), raciocínio que se aplica também ao proveito obtido ilicitamente, que há de ser devolvido sempre.

A LAC prevê um prazo prescricional de 5 anos para a imposição das sanções previstas na lei, prazo que começa a fluir “da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado” (art. 25)⁸¹¹.

Finalmente, a norma ressalva que o regime de responsabilização que institui não exime os participantes da corrupção de se sujeitarem aos regramentos punitivos da LIA e da Lei de Licitações (Lei 14.133/2021).

A recomendação, embora possa parecer despicienda⁸¹², reforça a independência das instâncias punitivas e deixa clara a visão do legislador acerca da existência de um verdadeiro microssistema anticorrupção, composto por um feixe normativo que se complementa e se comunica permanentemente⁸¹³.

⁸¹¹ Note-se que a Convenção Anti-suborno da OCDE insta os signatários a estabelecerem prazos adequados de prescrição, que permitam investigação eficaz de atos corruptos. Neste passo, o FCPA, que prevê o mesmo prazo prescricional de 5 anos, mas contados da data da prática da infração, menor, portanto, que o interregno ofertado pela LAC, foi considerado pela OCDE como adequado à Convenção, o que autoriza inferir (ZAHEER, Sônia. n: Comparison to The OECD Anti-Bribery Convention and Issues. **Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal**, Mar./2014, p.41) que a LAC, com maior razão, está adequada aos patamares da OCDE.

⁸¹² CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters, 2015. Edição em e-book.

⁸¹³ De outro norte, há preocupação de submissão simultânea da pessoa jurídica aos regimes da LIA e da LAC. Sustentando que tipificam as mesmas infrações, que se situam no mesmo campo de responsabilização (cível-administrativa), tutelando o mesmo bem jurídico (moralidade) e prevendo sanções muito semelhantes, FORTINI e SCHERMAM afirmam que a pessoa jurídica deve responder se sujeitar a apenas uma das normas, sob pena de *bis in idem*: “considerando uma mesma conduta rechaçada simultaneamente pela Lei de Improbidade e pela Lei Anticorrupção, devemos perquirir se o sujeito ativo da conduta é agente público e/ ou pessoa jurídica [...] Pode-se pensar, também, na possibilidade de responsabilização do agente público sob a égide da Lei de Improbidade e da pessoa jurídica coautora ou partícipe – para utilizar a terminologia do direito penal – na esfera da Lei Anticorrupção. Prevalece, nesse caso, o critério da especialidade, já que a Lei Anticorrupção é especificamente talhada para a responsabilização da pessoa jurídica”. FORTINI, Cristina; SCHERMAM, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do *bis in idem*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 91-112, maio/ago. 2018, p. 108. O debate ganha fôlego com a Nova LIA, que, como visto, expressamente repela a responsabilização concomitante com a LAC.

3.3.5 Instrumentos anticorrupção da LAC

A LAC institui alguns mecanismos que servem de amparo para enfrentar os desvios e buscar o ressarcimento dos danos causados.

Na fase de responsabilização administrativa, a comissão processante pode solicitar, por intermédio da procuradoria jurídica da entidade, “as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão” (art. 10, § 1º). Trata-se de providência que tem por finalidade angariar elementos de comprovação do ilícito, com a garantia de higidez do material obtido, pois chancelado previamente pela autoridade judicial, nos casos em que o acesso à prova o demande.

A LAC menciona apenas a medida de busca e apreensão, mas o permissivo não se restringe a ela⁸¹⁴. Outras providências, como requisição de dados cobertos por sigilo fiscal, informações bancárias ou compartilhamento de interceptações telefônicas autorizadas em procedimento penal⁸¹⁵ podem ser pleiteados para elucidar os contornos do ato lesivo e a cadeia de partícipes.

Também é possibilitada à comissão processante que requeira à autoridade instauradora do PAR a sustação do ato ou processo objeto de investigação. Diante de indícios de fraudes ou graves irregularidades⁸¹⁶, a sustação do ato ou processo sob suspeita pode ser a medida necessária para evitar danos maiores, novos ilícitos ou qualquer outro resultado que intensifique a mácula ao interesse público.

Nesta esteira, pode-se cogitar de suspender pagamentos pendentes à empresa investigada, sua substituição na execução do contrato suspeito de fraude ou outra medida que estanque os danos já causados pelo ato corrupto. Caso a autoridade processante tenha dúvida sobre a extensão de seus poderes para as medidas visadas, pode socorrer-se da procuradoria do órgão para obtenção de autorização judicial prévia.

⁸¹⁴ SANTOS, José Anacleto Abduch. BERTONCINI, Mateus. FILHO, Ubirajara Costódio. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção** [Livro Eletrônico]. São Paulo, RT, 2015.

⁸¹⁵ “A jurisprudência desta Corte admite o uso de prova emprestada em processo administrativo disciplinar, em especial a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para investigação criminal. Precedentes”. STF. RMS 28774, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 22/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016.

⁸¹⁶ ZIMMER, Aloísio. **Lei anticorrupção: Lei 12.846/2013**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [livro digital].

Ainda, é prevista a desconsideração da personalidade jurídica da empresa investigada. A desconsideração tem como pressuposto o uso da personalidade da entidade com “abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial” (art. 14).

Com efeito, a personalidade empresarial constitui uma proteção aos bens das pessoas físicas que a dirigem ou administram. Mas esta proteção só é garantida quando a empresa é manejada nos limites da lei e em cumprimento à sua função social. Não pode servir de escudo para a prática de atos ilícitos⁸¹⁷.

A desconsideração não é essencialmente uma pena, mas mecanismo de responsabilização indireta por ato lesivo à Administração, à disposição da autoridade administrativa competente para o PAR. Através dela, em caráter excepcional, os bens dos sócios ou administradores são colocados à disposição da autoridade processante, para fazer frente ao pagamento da multa ou aos custos com a publicação da decisão condenatória.

Por sua localização topográfica, tem cabimento na esfera administrativa de responsabilização. Assim, por meio de incidente instituído pela comissão processante do PAR⁸¹⁸, as pessoas físicas que dirigem a empresa e sobre as quais recaem suspeita de uso abusivo desta são chamadas ao PAR, ficando desde então cientes de que eventuais sanções pecuniárias poderão ser direcionadas contra elas.

Deste modo, diferente das previsões do Código Civil⁸¹⁹ e do CPC⁸²⁰, que tratam da desconsideração em âmbito judicial, a desconsideração prevista na LAC tem lugar no próprio procedimento administrativo⁸²¹.

⁸¹⁷ SANTOS, José Anacleto Abduch. BERTONCINI, Mateus. FILHO, Ubirajara Costódio. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção** [Livro Eletrônico]. São Paulo, RT, 2015.

⁸¹⁸ ZIMMER, Aloísio. **Lei anticorrupção: Lei 12.846/2013**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [livro digital].

⁸¹⁹ “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)”

⁸²⁰ “Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”.

⁸²¹ O STF ainda não definiu a constitucionalidade da desconsideração da personalidade jurídica em processo administrativo, muito embora tenha concedido liminar suspendendo medida decretada pelo TCU. O tema pendente de julgamento no MS 32494- DF, Relator MIN. NUNES MARQUES. O STJ, em decisão envolvendo a Lei 8.666/93, admitiu a aplicação do instituto no processo administrativo (RMS 15.166/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 262).

Em suma, quando a empresa for utilizada em abuso de direito ou de modo fraudulento para acobertar ilícito específico, mediante tentativa de encobrir ou dissimular os atos ilícitos investigados ou para ocultar patrimônio, cabível a desconsideração da personalidade jurídica, em sede administrativa ou judicial (sob os ditames da legislação civil e do CPC), a qual afasta a autonomia patrimonial da empresa, permitindo alcançar os bens da pessoa física do sócio ou administrador, ou de terceira empresa, usada para furtar a praticante do ato de sua responsabilidade, bens esses que serão colocados à disposição da reparação do dano, da multa, do pagamento da publicação da decisão condenatória⁸²² e da restituição do proveito indevido.

A desconsideração não importa em extinção da personalidade jurídica, apenas afasta o princípio da autonomia da empresa para caso específico, em que a personalidade jurídica estava sendo manejada em abuso de direito, para fins de prejudicar a responsabilização pelo dano causado à Administração.

De se frisar, ainda, que a desconsideração não se submete ao regime da responsabilidade objetiva consagrado para a responsabilização da empresa por ato lesivo. Deste modo, o atingimento do patrimônio dos sócios, gestores ou terceiras empresas demanda prova do dolo de fraude⁸²³, consistente na vontade livre e consciente de ocultação patrimonial ou de acobertar a corrupção.

Por derradeiro, é de se registrar outra importante providência anticorrupção prevista na LAC, qual seja a indisponibilidade dos bens dos investigados. Esta medida, a exemplo do que se passa no regime da LIA, tem natureza cautelar⁸²⁴, pois visa a salvaguardar a eventual e futura condenação, em especial a multa aplicada no PAR e o valor referente ao ressarcimento do dano.

Diferentemente do que ocorre no regime da improbidade, o proveito econômico indevido obtido pela empresa não é mencionado pelo dispositivo, de modo que seria possível inferir ser inviável a indisponibilidade de bens com esta finalidade. No

Nesta mesma linha também julgou o TRF4: AG AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 5009031-14.2017.4.04.0000/RS, RELATORA Juíza Federal MARIA ISABEL PEZZI KLEIN, TERCEIRA TURMA.
⁸²² ZIMMER, Aloísio. **Lei anticorrupção**: Lei 12.846/2013. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [livro digital].

⁸²³ ZIMMER, Aloísio. **Lei anticorrupção**: Lei 12.846/2013. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [livro digital].

⁸²⁴ BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Edição em e-book.

entanto, é perfeitamente admissível uso da indisponibilidade para garantir a devolução da vantagem indevida⁸²⁵, com recurso à interpretação sistemática da LAC com a LIA (art. 7º), porquanto componentes do mesmo microsistema anticorrupção.

Os legitimados para pleitear a indisponibilidade são o Ministério Público e o órgão de representação judicial do ente público lesado. Neste ponto, a despeito do que foi dito acima sobre a legitimidade ativa para a ação judicial de responsabilização, a legitimação para pleitear a cautelar é mais ampla, alcançando todas as entidades da Administração, direta ou indireta⁸²⁶, que tenham sofrido ato lesivo e que visem acautelar a reparação devida.

Por essa razão, ainda que possa parecer desnecessária a autorização expressa no art. 19, § 4º, da LAC, pois seria prerrogativa implícita em qualquer ação judicial⁸²⁷, o dispositivo evidencia o intuito de legitimar para a indisponibilidade qualquer ente da Administração que seja afetado pelo ato lesivo.

Notar que, como a ferramenta protege a multa, que é fixada na fase administrativa; e como a LIA prevê que a autoridade administrativa pode representar ao MP ou a sua procuradoria jurídica para bloqueio de bens do investigado (artigos 7º e 16); o pedido de indisponibilidade de bens pode ocorrer antes do ajuizamento da ação prevista no art. 18 da LAC.

Ou seja, ainda na fase do processo administrativo pode a entidade lesada representar, e o MP ou a procuradoria jurídica pedir ao juiz competente, a indisponibilidade de bens da empresa suspeita de corrupção. Seria, assim, uma tutela cautelar ajuizada em caráter antecedente. Neste caso, a ação judicial de responsabilização da empresa deve ser proposta em 30 dias (art. 308 do CPC).

Se não houver risco maior de ineficácia da medida, a indisponibilidade pode, também, ser requerida incidentalmente, no bojo da ação civil pública.

No que toca aos requisitos para decretação da indisponibilidade, residem no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*. Quanto ao último, recorde-se que o STJ entendia, à luz da LIA, presumido o requisito, quando presentes indícios bastantes

⁸²⁵ No mesmo sentido: SANTOS, José Anacleto Abduch. BERTONCINI, Mateus. FILHO, Ubirajara Costódio. **Comentários à Lei 12.846/2013**: Lei anticorrupção [Livro Eletrônico]. São Paulo, RT, 2015.

⁸²⁶ SANTOS, José Anacleto Abduch. BERTONCINI, Mateus. FILHO, Ubirajara Costódio. **Comentários à Lei 12.846/2013**: Lei anticorrupção [Livro Eletrônico]. São Paulo, RT, 2015.

⁸²⁷ DIPP, Gilson; CASTILHO, Manuel Volkmer de. **Comentários sobre a Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2016. [Livro Eletrônico].

da corrupção, pelo que se estaria diante de uma verdadeira tutela de evidência⁸²⁸. Assim, por interpretação sistemática, a indisponibilidade na LAC também dispensaria a prova concreta de risco de ocultação ou dilapidação patrimonial, nos moldes do que se passa no regime da LIA⁸²⁹. Contudo, com a Nova LIA, que exige demonstração concreta do risco⁸³⁰, por coerência sistêmica, há de se interpretar a necessidade de demonstração efetiva da urgência também na indisponibilidade baseada na LAC.

A lei expressamente resguarda os direitos de terceiros de boa-fé. Logo, ao avaliar o pedido cautelar de indisponibilidade, deve o juiz atentar para o fato de, por exemplo, haver terceiro que, sem participar do esquema, contratou e prestou serviços para a empresa corrupta, na execução de serviço ou obra licitado pelo poder público (subcontratada). Nesta hipótese, deve-se, sempre que possível, resguardar da indisponibilidade o montante necessário à satisfação do direito legítimo do terceiro.

Contudo, as pessoas jurídicas mencionadas no art. 5º, III e IV da LAC (pessoa interposta ou participante do esquema constituído para fraudar licitação) não podem ser consideradas como de boa-fé⁸³¹, justamente por serem participantes do ilícito em apuração, sendo até recomendável a indisponibilidade de seus bens.

3.3.6 Comparativo entre LIA e LAC

3.3.6.1

	LIA	LAC
Sujeito ativo	Agente público (pessoas físicas e jurídicas são alcançáveis como 'terceiros')	Pessoa jurídica (empregados, sócios, diretores e agente público envolvido respondem sob outros estatutos)
Sujeito passivo	Pessoa jurídica da Administração Pública	Administração pública nacional ou estrangeira,

⁸²⁸ STJ, REsp 1821334/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 11/10/2019.

⁸²⁹ Também sustentando que o perigo da demora está implícito no pedido: SANTOS, José Anacleto Abduch. BERTONCINI, Mateus. FILHO, Ubirajara Costódio. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção** [Livro Eletrônico]. São Paulo, RT, 2015.

⁸³⁰ "Art. 16, § 3º O pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o caput deste artigo apenas será deferido mediante a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo".

⁸³¹ SANTOS, José Anacleto Abduch. BERTONCINI, Mateus. FILHO, Ubirajara Costódio. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção** [Livro Eletrônico]. São Paulo, RT, 2015.

	nacional ou entidade subvencionada	inclusive organizações públicas internacionais
Atos puníveis	<p>Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>(...)</p> <p>Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>(...)</p> <p>Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva</p>	<p>Art. 5º (...)</p> <p>I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;</p> <p>II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;</p> <p>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;</p> <p>IV - no tocante a licitações e contratos:</p> <p>a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;</p> <p>b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;</p> <p>c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;</p> <p>d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;</p> <p>e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;</p> <p>f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem</p>

	<p>permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>IV - negar publicidade aos atos oficiais, exceto em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.</p> <p>VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. (Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000) (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)</p> <p>IX - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p>	<p>autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou</p> <p>g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;</p> <p>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.</p>
--	--	--

	<p>X - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)</p> <p>XII - praticar, no âmbito da administração pública e com recursos do erário, ato de publicidade que contrarie o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, de forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)</p>	
Regime de responsabilidade	Subjetivo (dolo)	Objetivo (não ter agido para impedir o resultado)
Consequências	<p>perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio</p> <p>ressarcimento integral do dano</p> <p>perda da função pública</p> <p>suspensão dos direitos políticos</p> <p>multa civil</p> <p>proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta</p>	<p>perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração</p> <p>ressarcimento integral do dano</p> <p>multa</p> <p>publicação da decisão condenatória</p> <p>suspensão ou interdição parcial de suas atividades</p>

	ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário	dissolução compulsória da pessoa jurídica proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público
--	--	--

3.4 SOLUÇÕES NEGOCIADAS NO MICROSSISTEMA ANTICORRUPÇÃO

Atos de corrupção são praticados na clandestinidade. Normalmente, não deixam maiores registros. “A corrupção que vem à tona é aquela que não deu certo”⁸³². Com isto, a descoberta e a comprovação de sua ocorrência é um grande desafio aos órgãos de controle⁸³³.

O uso de estruturas empresariais, tecnologia de ponta e transposição permanente de fronteiras nacionais trazem enormes desafios às autoridades de investigação, que não podem ser superados com esquemas tradicionais de prova, baseados em testemunhos e apreensão de documentos. Isto impele um “estado de necessidade de investigação”⁸³⁴, que faz das soluções negociadas o caminho natural e mais eficiente para desvendar delitos complexos.

Nesta perspectiva, soluções negociadas, em que algum participante do esquema se propõe a revelar dados desconhecidos pelas autoridades em troca de redução ou dispensa das reprimendas a que está sujeito, têm assumido papel cada vez mais central no enfrentamento da corrupção⁸³⁵.

⁸³² SADEK, Maria Tereza Aina. Combate à corrupção: novos tempos. **Revista da CGU**, n. 20, ago.-dez./2019, p. 1282.

⁸³³ “No que tange especificamente à corrupção administrativa organizada [...], as causas das disfuncionalidades dos instrumentos probatórios tradicionais estão normalmente ligadas a alguns dos seus elementos característicos mais manifestos, quais sejam: i) Complexidade do modus operandi, [...] ii) Sofisticação estrutural, [...] iii) Pacto de silêncio (omertà) entre seus membros”. SILVA, Marcelo Rodrigues da. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, 2017, p. 288-290.

⁸³⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**. Curitiba: Juruá. 2014, p. 73.

⁸³⁵ Grandes esquemas ilícitos dificilmente são descobertos e compreendidos em sua completa extensão sem a colaboração de alguém “de dentro”. Tome-se como exemplo o enfrentamento à “Cosa Nostra” siciliana, que ganhou impulso no fim dos anos 1980 e início dos anos 1990 justamente em face da colaboração prestada por membros da máfia, em especial de Tommaso Buscetta. Segundo declarou

A consensualidade⁸³⁶, aliás, é uma marca do atual Direito Administrativo Sancionador, que vê nela uma saída eficiente para a descoberta e punição de ilícitos. É incorporada na rotina administrativa como técnica de gestão mediante a qual litígios entre Administração e administrado são terminados consensualmente, com negociação acerca da forma como a autoridade estatal é exercida⁸³⁷, o que revela vantagens múltiplas, a “justificar a construção de uma cultura utilitarista de cooperação, diálogo ou consensualização no âmbito do poder sancionador estatal”⁸³⁸.

Contra esta prática, tem-se invocado o argumento da indisponibilidade do interesse público, no sentido de que não seria lícito renunciar a nada em troca de informações. A objeção, contudo, ignora que o interesse público⁸³⁹ não é atingido exclusivamente pela via litigiosa, havendo casos em que pode ser alcançado consensualmente, com o concurso do particular⁸⁴⁰, tendência que restou solidificada no Direito Administrativo com o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/42)⁸⁴¹, que “funciona como um permissivo genérico

Richard Martin, procurador da República dos Estados Unidos, que investigava o braço da máfia siciliana atuante no outro lado do Atlântico: “Com o depoimento de Buscetta, conseguimos analisar novamente algumas de nossas próprias evidências e entender o que estava acontecendo.” STILLE, Alexander. **Morte a vossa excelência**. Citadel Grupo Editorial. Edição do Kindle, p. 165.

⁸³⁶ “Dada a incapacidade do Estado em investigar a contento esquemas mais complexos de corrupção, a vantagem da inserção da consensualidade no direito sancionador parece insuperável, mormente nos casos que envolvem o conluio entre empresas e políticos do mais alto escalão, dada a organização, profissionalização e sofisticação de seus métodos”. ARAÚJO, Juliana Padrão Serra de. **Acordo de não persecução civil em improbidade administrativa**: abordando pela *Plea Bargain*, Colaboração Premiada e Acordo de Leniência. Organizadores Gilson Jacobsen, Marcelo Buzaglo Dantas e Orlando Luiz Zanon Junior. *Coleção Direito, Anticorrupção e Compliance* – Vol. 6. Florianópolis: Habitus, 2021, p. 57.

⁸³⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.

⁸³⁸ MARRARA, Thiago. **Comentários ao art. 16**. In *Lei Anticorrupção Comentada*. Organizadores Maria Sylvania Zanella Di Pietro e Thiago Marrara. Belo Horizonte, Fórum: 2017, 196.

⁸³⁹ Compreendido como a comunhão dos interesses dos indivíduos enquanto membros de uma sociedade, que não se reduz ao interesse individual de cada pessoa nem se identifica necessariamente com o interesse do Estado (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 58-60).

⁸⁴⁰ FARIA, Luzardo. **O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública**: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Orgs.). *A Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁸⁴¹ “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.” (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

de realização de acordos pela Administração Pública”⁸⁴². Com efeito, não se trata de “negociar o interesse público, mas, sim, de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência”⁸⁴³.

Na verdade, tem-se notado nas últimas três décadas que o processo de definição do interesse público e sua consecução concreta passa a prescindir da unilateralidade e império estatal, que sempre marcaram o Direito Administrativo, calcado nos atos administrativos; para migrar com crescente intensidade e frequência para um sistema mais aberto ao diálogo e à negociação (Administração Consensual), em que os mesmos fins se atingem de modo mais democrático, com a participação direta de todos os interessados pela via dos acordos administrativos⁸⁴⁴.

A consensualidade, ao invés de enfraquecer a realização do interesse público, é meio de “recomposição da juridicidade, (...) de forma mais célere, com níveis de eficácia mais elevados e menor dispêndio de recursos públicos”⁸⁴⁵. Sem ferir o princípio da supremacia do interesse público ou as balizas do microssistema anticorrupção, “a negociação envolvendo direitos indisponíveis tornou-se possível e até imperiosa em numerosos casos”⁸⁴⁶.

Essa tendência não é estranha ao microssistema anticorrupção, muito embora aqui razões de ordem nitidamente utilitarista e calcadas no princípio da eficiência sejam as maiores inspirações, pois se reconhece que sem a colaboração de membros

⁸⁴² FARIA, Luzardo. **O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública**: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Orgs.). *In A Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 158.

⁸⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século: o Caso Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, n. 3, a. 1, out./dez./2003.

⁸⁴⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **A&C Revista de Dir. Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 8, n. 32, p. 31-50, abr./jun. 2008.

⁸⁴⁵ GARCIA, Emerson. **A consensualidade no direito sancionador brasileiro**: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/92. In: *Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa*. Vol. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 316.

⁸⁴⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Natureza jurídica do instituto da não persecução civil previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civil-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>. Acesso em: 07/09/2022.

do grupo investigado dificilmente o ilícito seria descoberto⁸⁴⁷, o que levaria ao aumento da impunidade, motor de novos ilícitos.

A ideia de eficiência, aliás, é o grande vetor da consensualidade na seara anticorrupção e decorre da “constatação das limitações do Direito, sob sua forma heterônoma, em identificar e punir um ato de corrupção”, que tem em sua cadeia “um agente público, sobre quem incidem inúmeras estruturas de controle”, o que faz essenciais estratégias de camuflagem dos ilícitos, as quais dificilmente podem ser desvendadas sem alguém ‘de dentro’⁸⁴⁸.

O aparato punitivo que se propusesse a detectar, julgar e punir todos os atos e pessoas envolvidas em corrupção haveria de ser correspondentemente grande e custoso, a ponto de demandar tantos recursos que outras áreas de atenção pública ficariam sem recursos para funcionar, sem mencionar os riscos inerentes a um Estado policial. Os acordos, neste passo, despontam como alternativa para poupar tempo e recursos financeiros e humanos para tratar de casos de corrupção⁸⁴⁹.

⁸⁴⁷ [o acordo de leniência] “Justifica-se francamente na constatação pragmática e simples de que, muitas vezes, o desbaratamento de delitos organizacionais é tarefa complexa, que envolve a custosa e improvável identificação de atuação ilícita coordenada e organizada, com liame de confiança e sigilo entre os perpetradores”. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Estudo Técnico nº 01/2017**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudotecnico/doc/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em: 09/08/2020.

⁸⁴⁸ TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. **Decifrando a esfinge**: como o sistema de multiplicidade institucional anticorrupção brasileiro permitiu que se produzissem meia centena de acordos de leniência. In *Compliance no direito empresarial*. Org. Modesto Carvalhosa; Fernando Kuyven. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., p.131.

⁸⁴⁹ “Acordos negociados com grandes corporações aumentam a capacidade dos governos de impedir crime corporativo por duas razões. Primeiro, a maioria dos governos (incluindo grandes economias desenvolvidas) têm recursos limitados disponíveis para serem dedicados à aplicação de crimes corporativos. Quando as agências de fiscalização são obrigadas a levar todos os casos a julgamento, então as autoridades de aplicação devem receber consideravelmente mais recursos a serem gastos na aplicação da lei. Além disso, o risco de crime corporativo é provavelmente maior e o bem-estar econômico provavelmente será menor. Há duas razões para isso. O primeiro é o mais óbvio. Julgamentos são demorados e caros. Além disso, eles desviam o tempo e a atenção do juiz e da equipe de promotoria por um período prolongado, reduzindo sua capacidade de prosseguir com outros casos. Exigir que todos os casos vão a julgamento, portanto, pode reduzir o efeito dissuasor das sanções criminais corporativas por reduzir a probabilidade de que as empresas sejam sancionadas. Os julgamentos também são caros para as empresas afetadas. Permitir uma resolução mais rápida - por meio de um processo que permite negociações em conformidade com o Estado de direito (ver Arlen 2016) - pode tanto beneficiar as empresas quanto aumentar a dissuasão ao permitir a alocação de funcionários para resolver os casos mais rapidamente. Os benefícios são particularmente grandes no caso de ações criminais corporativas porque os casos são frequentemente complexos, e as empresas tendem a gastar consideráveis recursos em litígios. Forçar um julgamento impõe custos enormes a todos os envolvidos por um incerto benefício em relação ao que o acordo proporciona” (tradução nossa). No original: “*Negotiated settlements with large corporations enhance governments' ability to deter corporate crime for two reasons. First, most governments (including large developed economies)*

A eficiência, aliás, não é captada apenas pelo lado público⁸⁵⁰. As grandes corporações se sentem atraídas em negociar com o Estado, ante os ganhos de tempo, dinheiro e preservação de imagem que esse caminho propicia. Ilustrando a atratividade da via negocial para o universo empresarial, pesquisa realizada pela consultoria Deloitte em parceria com o Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial (IBDEE) revelou que, dentre 40 empresas pesquisadas, houve uma média de 4 acordos de colaboração negociados por cada empresa nos 5 anos anteriores à pesquisa⁸⁵¹.



Figure 11 - elaborado por DELOITTE TOUCHE TOHMATS

have limited resources available to devote to corporate criminal enforcement. When enforcement agencies are required to bring all cases to trial, then enforcement authorities must be given considerably more resources to expend on enforcement. In addition, the risk of corporate crime is likely to be higher and economic welfare is likely to be lower. There are two reasons for this. The first is most obvious. Trials are time-consuming and expensive. In addition, they divert the time and attention of the judge and the prosecutorial team for an extended period, reducing their ability to pursue other cases. Requiring that all cases got to trial thus can reduce the deterrent effect of corporate criminal sanctions by reducing the probability that firms are sanctioned. Trials are also costly for the affected corporations. Enabling a speedier resolution—through a process that permits settlements in conformity with the rule of law (see Arlen 2016)—can both benefit firms and enhance deterrence by enabling enforcement officials to resolve cases more expeditiously. The benefits are particularly great in the case of corporate criminal actions because the cases are often complex, and firms tend to expend considerable resources on litigation. Forcing a trial imposes enormous costs on all concerned for an uncertain benefit relative to settlement". ARLEN, Jennifer. **Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2951972>. Acesso em: 14/12/2021.

⁸⁵⁰ Há uma diversidade de opções para os interessados em colaborar com o Estado na descoberta de ilícitos, denotando a crescente abertura estatal às formas negociadas de investigação e punição. Estudo realizado pelo, indica 10 modalidades de acordos de colaboração com órgão de controle nacionais: "acordos de leniência (Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – MTCGU e Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE), termo de compromisso de cessaçao (CADE), acordo de controle de concentrações (CADE), termo de compromisso (Banco Central - BACEN), acordo de supervisão (BACEN), termo de compromisso (Comissão de Valores Mobiliários - CVM), acordo de supervisão (CVM), termo de ajustamento de conduta em matéria trabalhista e termo de ajustamento de conduta em matéria ambiental". DELOITTE; INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO E ÉTICA EMPRESARIAL – IBDEE. **Orientações para celebração de acordos de colaboração por empresas**. Agosto de 2018, p. 6. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/risk/Cartilha-acordos-Deloitte-IBDEE.pdf>. Acesso em: 08/07/2021.

⁸⁵¹ DELOITTE TOUCHE TOHMATS. **Pesquisa Acordos de Colaboração 2018** - Percepção do Empresariado sobre o Tema e Práticas Adotadas. Maio de 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/tcm/Downloads/2018-Acordos-Colaboracao-Deloitte-Brasil.pdf>. Acesso em: 16/04/2021.

Note-se que o estudo abarcou apenas os primeiros 4 anos de vigência da LAC e, mesmo assim, o número de acordos de leniência foi bastante significativo. Ressalte-se que ainda não vigorava a autorização legal para assinatura de ANPC, o que explica sua ausência no levantamento.

Inobstante a tendência pela consensualidade na Administração, o microsistema anticorrupção albergava, até o advento da Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime), contradição intrínseca. Enquanto a LAC previa expressamente a solução negociada, e a prática denotava uma profusão de acordos de leniência; a LIA vedava categoricamente qualquer celebração de transação em seu âmbito⁸⁵².

A despeito da vedação legal, demandas por improbidade vinham sendo encerradas por negociações constantes de acordos de leniência ou colaboração premiada, os quais lançavam seus efeitos sobre a seara da improbidade. Entendia-se que havia um ambiente aberto à consensualidade, diante de normativos fragmentários que superavam a vedação expressa da LIA⁸⁵³.

No entanto, o óbice expresso existente na LIA justificava inferir certa relutância e recusa do legislador em admitir negociações no âmbito da improbidade⁸⁵⁴, o que, certamente, era fonte de insegurança jurídica para quem pretendesse firmar algum

⁸⁵² O art. 17, § 1º, da LIA, antes da alteração promovida pela Lei Anticrime, dispunha: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”.

⁸⁵³ “Deveras, a redação primitiva do §1º do art. 17 da Lei 8.429/92 encontrava-se na contramão das evoluções legislativas do país, as quais expressamente passaram a admitir instrumentos de consensualidade administrativa na prevenção e solução de litígios, tais como os termos de ajuste de conduta (TAC), os termos de ajustamento de gestão (TAG), os acordos substitutivos (AS) e outros métodos de solução de controvérsia baseados no princípio da consensualidade (preâmbulo e art. 4º, VII da Constituição). Com efeito, um passeio por disposições fragmentárias do ordenamento jurídico pátrio revela essa abertura à consensualidade, a ver, exemplificativamente: (a) art. 5º, § 6º da Lei 7.347/85, com a redação dada pela Lei 8.080/90 (termos de ajustamento de conduta); (b) art. 71, IX da Constituição e art. 59, §1º da Lei de Responsabilidade Fiscal (termos de ajustamento de gestão); (c) art. 86, §6º da Lei 12.529/11 (acordos de leniência do CADE); (d) art. 16 da Lei 12.846/13 (acordos de leniência na improbidade empresarial); (e) art. 17 da Lei 12.846/13 (acordos substitutivos de inexecução contratual); (f) Lei 13.129/15 (arbitragem na administração pública); (g) Lei 13.140/15 (auto composição de conflitos e mediação na administração pública)”. FERRAZ, Luciano. Acordos de não persecução cível na improbidade administrativa – o início, o fim e o meio. **Consultor Jurídico**, edição online, 09/04/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/interesse-publico-acordos-nao-persecucao-civel-improbidade-administrativa?imprimir=1>. Acesso em: 09/09/2020.

⁸⁵⁴ MARTINS, Tiago do Carmo. Conciliação em ação por improbidade administrativa. **Revista de Doutrina do TRF4**. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao076/Tiago_do_Carmo_Martins.html. Acesso em: 09/08/2020.

acordo de colaboração que envolvesse benefícios premiais na seara das sanções previstas no art. 12.

Com a alteração promovida pela Lei Anticrime, contudo, aquele limbo jurídico outrora existente restou superado. Foi pacificada a admissão de soluções negociadas no microssistema anticorrupção, para seus dois pilares centrais. No entanto, ainda há desafios a serem enfrentados no âmbito do acordo de não persecução civil, insuficientemente regulamentado, mesmo com a superveniente Lei 14.230/2021, inclusive no que diz com suas intersecções com o acordo de leniência e com a colaboração premiada, como adiante abordado.

3.4.1 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL (ANPC)

O ANPC se insere em movimento pela consensualização do Direito Administrativo sancionador, ramo tradicionalmente refratário a soluções negociadas, antes tidas por incompatíveis com os dogmas da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Na atual quadra, todavia, já resta evidente que o “interesse público pode ser obtido por uma solução concertada, que de um lado atenda aos interesses próprios da Administração e, de outro, os interesses individuais”⁸⁵⁵. Nesta linha, o ANPC é importante inovação do microssistema anticorrupção, pois elimina contradição sistêmica, pela qual se possibilitava solução consensual na LAC ao mesmo tempo em que era vedada semelhante providência no estatuto congênere, a LIA⁸⁵⁶.

⁸⁵⁵ OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. **Acordo de não persecução civil no Ministério Público**. In *Justiça Consensual: Acordos penais, cíveis e administrativos*. Coordenadores Daniel Resende Salgado, Luis Felipe Schneider Kirscher e Ronaldo Pinheiro Queiros. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 691.

⁸⁵⁶ A aplicação do acordo de leniência às ações de improbidade era defendida, mesmo na vigência do revogado art. 17, § 1º da LIA, que vedava expressamente celebração de acordo em ação de improbidade. Segundo corrente expressiva, interpretação abrangente do microssistema anticorrupção autorizava essa conclusão. Sustenta-se, inclusive, que o acordo de leniência poderia ser manejado para tratar de fatos praticados antes da vigência da LAC, para resolver processos de improbidade ou imputações de crime formuladas com base na Lei de Licitações. Nestes casos, a aplicação retroativa da LAC seria benéfica aos acusados, o que autorizaria a retroação da norma. A este respeito: ALMEIDA, Marcelo Eugênio Feitosa; LIRA, Laura Fernandes de Lima. Retroatividade e Acordo de Leniência: a solução consensual da Lei Anticorrupção no tempo. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 19, n. 01. p.201-224, jan./mar. 2020.

O ajuste tem natureza material⁸⁵⁷, com reflexos de ordem processual, pois impacta na extinção da relação jurídico-processual e na imposição de consequências sancionatórias e reparatórias ao acusado⁸⁵⁸.

O ANPC é essencialmente um negócio jurídico cujo objetivo é “excluir o ajuizamento da ação de improbidade administrativa ou a extingui-la, caso já aforada, tendo por contrapartida a composição dos danos causados ao erário e aplicação imediata de sanções previstas na LIA, além do cumprimento de outras condições pelo investigado”⁸⁵⁹.

Pode, assim, ser definido como instrumento consensual que, “uma vez apurada a configuração formal e material da prática da improbidade, tem o escopo de ajustar com o celebrante a imposição de sanções previstas em lei”, em troca da “atenuação no sancionamento devido (com redução ou isenção de sanções)”. É, deste modo, meio para “prevenir, reprimir e dissuadir atos de improbidade, bem como, conforme o caso concreto, para assegurar o ressarcimento de danos e a cessação da prática da improbidade pelo celebrante”^{860,861}.

⁸⁵⁷ Pois implica “renúncia à pretensão punitiva e negociação de sanções”. OSÓRIO, Fábio Medina. **Natureza jurídica do instituto da não persecução civil previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civil-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>.

Acesso em: 07/09/2022, p. 23. Neste sentido, também: “Apesar de não restar dúvida de que se trata de negócio jurídico material, cujo foco de acerto é a reparação dos danos e sancionamento do agente ímprobo, nele se encontram traços do acordo de composição civil dos danos do art. 74 da lei 9.099/95 (com exclusão do cabimento da ação civil de improbidade administrativa), de termo de ajustamento de conduta do art. 5º, § 6º, da lei 7.347/84 (com formação de título executivo contra o celebrante), e de acordo de não persecução penal do art. 28-A do CPP ou acordo de leniência do art. 16 da lei 12.846/2013 (com aceitação voluntária de sanções pela prática do ato)”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 08/09/2022.

⁸⁵⁸ Na mesma linha: GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021**. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2021, p. 380.

⁸⁵⁹ ARAÚJO, Juliana Padrão Serra de. **Acordo de não persecução civil em improbidade administrativa**: abordando pela *Plea Bargain*, Colaboração Premiada e Acordo de Leniência. Organizadores Gilson Jacobsen, Marcelo Buzaglo Dantas e Orlando Luiz Zanon Junior. Coleção Direito, Anticorrupção e Compliance – Vol. 6. Florianópolis: Habitus, 2021, p.158.

⁸⁶⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Orientação nº 10/2020**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/5CCR_OrientacaoANPC.pdf. Acesso em: 15/12/2020.

⁸⁶¹ Ou como conceitua Pereira: “como negócio jurídico bilateral realizado entre o legitimado à ação por ato de improbidade administrativa e o sujeito ativo da prática do ato, visando solucionar, consensualmente, antes ou durante o trâmite da ação judicial, mediante a aplicação de obrigações

Com sua previsão em lei, resta claro que investigações ou ações por improbidade comportam solução negociada. Além disso, foram aclarados alguns pontos, como a iniciativa para propor o acordo e o momento de sua ocorrência.

O ANPC foi inovação trazida pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que institui a possibilidade de celebração de acordo em ação de improbidade, superando a vedação expressa que constava da redação anterior do art. 17, § 1º da LIA, o qual passou a dispor: “As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei”.

Na ocasião, foi também incluído o § 10-A no artigo 17, que estabeleceu: “Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias”.

A inovação foi importante, pois tornou possível celebrar acordo em ação por improbidade. No entanto, muitos temas relativos ao acordo restaram sem regramento, pois o art. 17-A, que deles tratava, foi vetado⁸⁶². Com a Lei 14.230/2021, houve um maior detalhamento do ANPC, superando muitas, não todas, das lacunas antes verificadas.

Quanto à atribuição para representar o Estado, é intuitivo tenha sido conferida ao Ministério Público pela Lei 14.230/2021, uma vez que é o único legitimado para a persecução judicial da improbidade. Esse cenário, contudo, foi alterado pelo julgamento das ADI 7.042 e ADI 7.043⁸⁶³, que devolveu ao lesado a legitimidade ativa para propor a AIA e, como consequência, a atribuição para celebrar o ANPC. Desse modo, tanto MP quanto ente lesado podem negociar com o acusado de improbidade a celebração do acordo.

semelhantes a sanções, podendo ainda haver ressarcimento ao erário e perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente, como forma de proteção eficiente da probidade e do patrimônio público” (PEREIRA, Rafael. **Manual do acordo de não persecução civil**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020, p. 56).

⁸⁶² A este respeito: MARTINS, Tiago do Carmo. Acordo de não persecução cível ajuda a combater a corrupção. **Consultor jurídico**, edição online, 29/03/2023. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-29/tiago-martins-acordo-nao-persecucao-civel-arma-corrupcao>. Acesso em: 08/05/2020; MARTINS, Tiago do Carmo. A Lei Anticrime e seus reflexos na improbidade administrativa. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**. 2020, a. 6, n. 14. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1336. Acesso em: 08/05/2020.

⁸⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 7042, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2022.

Quando proposto apenas pelo Ministério Público, a lei estabelece seja o lesado “ouvido” antes da celebração do acordo, independentemente do momento em que este seja negociado. Assim, embora as negociações para a celebração do acordo ocorram entre o Ministério Público e investigado ou demandado e seu defensor, o lesado há de ser consultado sobre as negociações, especialmente sobre o montante de eventual ressarcimento ou devolução de proveito ilícito, que devem reverter em seu favor.

Pela dicção da lei, no entanto, não há dúvida de que a consulta ao lesado não vincula o MP, ou seja, mesmo diante de eventual oposição da vítima, o ANPC pode ser celebrado.

De igual modo, a norma prevê consulta ao Tribunal de Contas⁸⁶⁴. Trata-se de providência salutar. Como se verificou em episódios recentes, o Tribunal de Contas da União tem levantado alguns óbices contra acordos de colaboração celebrados em outras esferas de controle, como exemplifica acordo de leniência firmado entre MPF e a empresa Andrade Gutierrez.

Embora homologado judicialmente, foi questionado pelo TCU, que não lhe reconheceu plenos efeitos, em especial na investigação em curso na Corte de Contas sobre obras na Usina Angra III, colocando a companhia sobre ameaça de sofrer a sanção de declaração de idoneidade para contratar com o poder público⁸⁶⁵ (negociada e afastada no acordo celebrado com o MPF), caso não celebrasse o que se chamou depois de *recall* dos acordos de leniência, ou seja, o aditamento da avença original, para pactuar obrigações que ensejassem o pleno exercício das funções fiscalizatórias do TCU⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴ “Art. 17-B, § 3º. Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias”.

⁸⁶⁵ “[...] a Corte de Contas entendeu por propor uma espécie de ‘suspensão condicional da pena de inidoneidade’, e, em contraprestação, espera-se que a empresa assumira compromisso junto ao Ministério Público Federal no sentido de não obstar o exercício das funções do Tribunal e o desenvolvimento do processo de controle externo, admitindo adotar postura cooperativa, como por exemplo: a) admitir sua participação nas irregularidades e apresentar a documentação fiscal e contábil que lhe seja requerida com a finalidade de estimar, com segurança e fidedignidade, os valores desviados; b) não recorrer, no âmbito do processo de controle externo, das decisões que vierem a ser proferidas e que tenham relação com o empreendimento de Angra 3; c) feitas as apurações, recolher sua quota-parte no débito solidário a partir da decisão que o determinar, respeitada sua capacidade real de pagamento, conforme explicitado alhures”. STF, Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 35.435/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 13.04.2018.

⁸⁶⁶ RIBEIRO, Julia Lavigne. **O ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO E A**

O imbróglio foi levado ao STF, que assegurou o cumprimento das cláusulas acordadas com as autoridades competentes por celebrar a leniência⁸⁶⁷.

Com a alteração em comento, fica resguardada a posição da Corte de Contas, que terá oportunidade para se manifestar quanto à extensão do dano ao erário, o que tende a contornar as dificuldades práticas enfrentadas na fase da execução dos acordos de colaboração.

Se o Tribunal de Contas não se manifestar no prazo assinalado, não poderá se insurgir posteriormente sobre o montante pactuado a título de ressarcimento ao erário. Frisa-se que o que é impositivo na fase de negociação do ANPC é a consulta do Tribunal de Contas, não sua manifestação.

Os requisitos para celebração do ANPC vieram delineados de forma mais detalhada na nova LIA, suprimindo em parte deficiência da redação anterior. É essencial pactuar: a. o integral ressarcimento do dano; b. a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.

A reparação integral do dano, inclusive eventual dano moral coletivo⁸⁶⁸, é indispensável, quando de fato ocorrer dano de ordem extrapatrimonial⁸⁶⁹, por força do

DESCOORDENAÇÃO INSTITUCIONAL. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2019, p. 55. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28880>. Acesso em: 29/08/2020.

⁸⁶⁷ “[...] 3. As impetrantes celebraram acordos de leniência com a CGU/AGU e com o MPF que continham previsões expressas no sentido de afastar as sanções administrativas da Lei Anticorrupção, as sanções previstas nos incisos I a IV do artigo 87 da Lei 8.666/1993 e ainda os efeitos e as penalidades previstas na Lei 8.429/1992. Além disso, os acordos previam a obrigação de reparação integral do dano. 4. Diante da sobreposição fática entre os ilícitos admitidos pelas colaboradoras perante a CGU/AGU e o objeto de apuração do controle externo, a possibilidade de o TCU impor sanção de inidoneidade pelos mesmos fatos que deram ensejo à celebração de acordo de leniência com a CGU/AGU não é compatível com o princípio constitucional da segurança jurídica e com a noção de proporcionalidade da pena. 5. Apesar de a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) não precluir a incidência da Lei 8.443/1992, nos casos concretos a imposição de inidoneidade pelo TCU poderia resultar em ineficácia das cláusulas dos acordos de leniência que preveem a isenção ou a atenuação das sanções administrativas estabelecidas nos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993, por consequência, esvaziando a força normativa do art. 17 da Lei 12.846/2013. 6. A Lei 8.433/1992 prevê outros meios menos gravosos para que o TCU possa garantir a reparação integral do dano ao erário, tais como a decretação de indisponibilidade de bens (art. 44, § 2º) e a aplicação de multa (arts. 57 e 58). Essas medidas sancionatórias devem ser manejadas pela Corte de Contas considerando a sua proporcionalidade e os impactos sobre os acordos pactuados com a Administração Pública. 7. Segurança concedida para afastar a possibilidade de o TCU declarar a inidoneidade das impetrantes pelos fatos abarcados por acordo de leniência firmado com a AGU/CGU ou com o MPF”. (MS 35435, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-131 DIVULG 01-07-2021 PUBLIC 02-07-2021)

⁸⁶⁸ STJ, REsp 960.926/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 01/04/2008.

⁸⁶⁹ Nem todo ato de improbidade configurará dano moral coletivo, sendo “necessário que tal ato cause evidente e significativa repercussão no meio social, não bastando meras presunções ou mesmo a

art. 1º da nova LIA⁸⁷⁰, que alberga expressamente a proteção do patrimônio social do Estado, o que é reforçado pelo art. 16, § 3º da LAC⁸⁷¹. Sem a reparação, haveria a perpetuação dos efeitos do ilícito, pela não recomposição do status anterior à sua prática, o que não se pode admitir⁸⁷².

A reversão do benefício indevidamente auferido pelo acusado em favor do ente lesado segue lógica semelhante ao do ressarcimento: recompor o *status quo ante*, além de atenuar as consequências danosas sofridas pela pessoa jurídica prejudicada. Assim, em que pese não positivado, é dever que expressa razoabilidade (relação de meios e fins) entre o ilícito e sua reparação.

Faltou estipular ao menos uma penalidade, para além da recomposição do *status quo ante*, necessidade imperiosa⁸⁷³. Limitando-se o acordo às duas consequências acima, ter-se-ia situação de injustiça, em que a ilicitude compensaria, pois, se descoberta, bastaria devolver o proveito obtido. Mais que isto, se desprezaria a natureza sancionadora LIA⁸⁷⁴, tornando-a meramente reparatória⁸⁷⁵.

Mas o parágrafo 6º oferece solução, ao prever a possibilidade de o acordo contemplar, além de mecanismos de ajustes internos para promoção de ética e

simples insatisfação da coletividade com a atividade administrativa” (Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Sexta Turma, Agravo de Instrumento n.º 361042-0002110-35.2009.4.03.0000, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, Julgado em 17/12/2009, E-Djf3 Judicial 1 Data:26/01/2010).

⁸⁷⁰ Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. ([Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021](#))

⁸⁷¹ “Art. 16, § 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”.

⁸⁷² “Em caso de dano ao Erário, por dolo ou culpa, o ressarcimento impõe-se como consequência lógica, e não como sanção propriamente dita”. STJ, AgRg no Ag 1242530/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 19/05/2010.

⁸⁷³ “Impossível, pois, à luz da jurisprudência desta Corte Superior, que o agente saia perdedor em ação civil pública por improbidade administrativa apenas com o dever de ressarcir os cofres públicos. Não e não. A cumulação com sanção prevista no art. 12 da Lei n. 8.429/92 é mandatária, não só porque assim já definiu esta Corte Superior como também porque essa é a ratio da Lei de Improbidade Administrativa (senão, não haveria sanção, apenas ressarcimento...)”. STJ, REsp 622.234/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 15/10/2009.

⁸⁷⁴ Por esta razão, o CNMP, ao admitir a realização de termo de ajustamento de conduta em improbidade, demarca a necessidade de imposição de alguma penalidade ao acusado: Resolução 179/2017.

⁸⁷⁵ Também sustentando a necessidade de aplicação de ao menos uma penalidade dentre aquelas do artigo 12: PINHEIRO, Igor Pereira. **Lei Anticrime e Acordo de Não Persecução Civil: aspectos teóricos e práticos**. Mizuno, 2020, p. 30; e ANDRADE, Landolfo. **Acordo de não persecução civil: primeiras reflexões**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civil/>. Acesso em: 13/09/2022.

conformidade, “outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas”.

Com base nesta previsão, pode-se tranquilamente incluir no acordo a imposição de penalidades do art. 12 ao acusado, que devem levar em conta “a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade” (Art. 17-B, § 2º).

Critério interessante para a definição de sanções é recomendado pelo Ministério Público de São Paulo, que sugere a aplicação de “duas ou mais medidas sancionatórias na hipótese de ato previsto no art. 9º ou uma ou mais medidas na hipótese de atos elencados nos arts. 10 e 11”⁸⁷⁶.

De se recordar, no entanto, que o art. 11 não mais admite a suspensão de direitos políticos nem a perda do cargo, sanções que não poderão ser contempladas no ANPC. Se as penas do art. 12 estão sob reserva de jurisdição, e se a autoridade judiciária não pode impô-las no processo contencioso, é intuitivo não possam ser pactuadas entre as partes.

A multa civil, a ser paga pelo autor do ato de improbidade, parece ser a sanção que mais se amolda ao escopo do ANPC e encontra supedâneo na LAC, que não dispensa, apenas atenua, o pagamento de multa por ocasião da celebração de acordo de leniência (art. 16, § 2º)⁸⁷⁷. Outra pena também pode ser estabelecida, em conjunto ou em substituição à multa, desde que juízo de proporcionalidade o indique.

Em caso de pactuação de multa, seu montante deverá guardar relação com a gravidade e extensão do ato, com o proveito obtido pelo agente ímprobo, com suas condições pessoais, consideradas sua capacidade financeira, grau de espontaneidade na colaboração e histórico de envolvimento em outros atos de improbidade.

⁸⁷⁶ BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **NOTA TÉCNICA CAOPP/MPSP n. 02/2020.**

⁸⁷⁷ Em um dos acordos pioneiros que se seguiram à promulgação da Lei Anticrime, o Ministério Público do Pará celebrou ANPC com acusados de improbidade, no qual, além do ressarcimento do dano, foi pactuada multa civil, equivalente ao montante daquele. MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARÁ. **Acordo de não persecução civil beneficia instituições de defesa das crianças.** Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/noticias/acordo-de-nao-persecucao-civil-beneficia-instituicoes-de-defesa-das-criancas.htm>. Acesso em: 15/12/2020.

Para o Estado, o acordo será viável sempre que o interesse público, evidenciado pela “rápida solução do caso”, seja satisfeito de melhor modo pela via consensual do que pela litigiosa, despontando como mecanismo de eficiência⁸⁷⁸ da aplicação da legislação de Direito Administrativo Sancionador.

A colaboração premiada⁸⁷⁹, instituto similar do Direito Processual Penal, também demanda a efetiva participação do colaborador em identificar demais envolvidos no ilícito⁸⁸⁰, revelação de fatos conexos e apresentação de provas que corroborem as declarações⁸⁸¹ (art. 4º da Lei 12.850/2013).

Logo, com a inspiração advinda dos institutos semelhantes, pode-se inferir que o Ministério Público ou o lesado podem realizar o acordo de não persecução cível quando isto permitir a elucidação abreviada do ilícito, com apresentação imediata e ampla de fatos, documentos e demais elementos comprobatórios por parte do acusado de improbidade, elementos que desnudem toda a cadeia do ilícito e seus eventuais participantes até então desconhecidos das autoridades.

Assim, e por aplicação integrativa da LAC, é essencial que o particular assumira também os compromissos de: a. colaborar efetivamente com a elucidação do ato de improbidade, apresentando provas e identificando demais participantes (art. 16, da Lei 12.846/2013); b. confesse a ilicitude e se abstenha de novas práticas ilícitas (art. 16, § 1º).

Igualmente, só será vantajoso para o Estado celebrar o ANPC com quem for o primeiro a manifestar interesse em colaborar, em estimula à “corrida para a

⁸⁷⁸ CASTRO, Renato Lima. **Colaboração premiada e improbidade administrativa**: aspectos fundamentais. *In Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa*. Vol. 2, Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 421.

⁸⁷⁹ “O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime”. STJ, HC 90.962/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 22/06/2011.

⁸⁸⁰ Este ponto, no entanto, comporta dissenso, como a compreensão de ANDRADE, para quem, assim como acontece no acordo de não persecução penal, “agente infrator não precisa colaborar com as investigações. Diferentemente, portanto, dos institutos de direito premial, nos quais o coautor ou partícipe do ilícito, visando a obtenção de algum prêmio, coopera com os órgãos de investigação, os acordos de não persecução penal ou cível dispensam essa colaboração” (ANDRADE, Landolfo. **Acordo de não persecução cível**: primeiras reflexões. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 18/05/2021).

⁸⁸¹ “Possibilidade que detém o autor do delito em obter o perdão judicial e a redução da pena (ou sua substituição), desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei”. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**: Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 35

delação”⁸⁸², que tem a consequência de desestabilizar a confiança dentro do grupo que praticou a improbidade.

Preenchidos estes requisitos, o negócio será vantajoso para o agente tido por autor do ato de improbidade quando houver interesse em abreviar o processo de sua responsabilização, o que pode, por exemplo, mitigar constrangimentos em eventual pleito eleitoral em que esteja envolvido; evitar desvalorização de suas ações por se ver envolto em escândalo de corrupção; e o natural interesse de atenuar as sanções a que esteja sujeito em face do ato contra si imputado. Não há, contudo, direito subjetivo do acusado ao acordo⁸⁸³, pois o autor da ação tem a prerrogativa de ofertá-lo apenas quando a avença satisfaça ao interesse público.

Sobre o momento para celebração do ANPC, o tema era muito controverso na versão original. A lei sugeria que o negócio deveria ser realizado na ocasião que antecedia contestação do réu⁸⁸⁴, o que era reforçado pelo veto ao parágrafo 2º do artigo 17-A, que possibilitava que o acordo fosse celebrado a qualquer tempo^{885,886}.

⁸⁸² RUFINO, Victor dos Santos. **OS FUNDAMENTOS DA DELAÇÃO: ANÁLISE DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA DO CADE À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS**. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Universidade de Brasília, 2016, p. 71.

⁸⁸³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021**. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2021, p. 382.

⁸⁸⁴ Em sentido contrário, defendendo que “o mais importante não é o momento em que o acordo é celebrado, mas sim a efetiva vantagem que ele representa para a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa em relação à tutela por adjudicação judicial: ANDRADE, Landolfo. **Acordo de não Persecução Cível: A Polêmica Envolvendo o Momento para a sua Celebração em Juízo**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/03/02/celebracao-acordo-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 16/05/2021.

⁸⁸⁵ Nas razões do veto, foi consignado que: “A propositura legislativa, ao determinar que o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade, contraria o interesse público por ir de encontro à garantia da efetividade da transação e do alcance de melhores resultados, comprometendo a própria eficiência da norma jurídica que assegura a sua realização, uma vez que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro com possibilidade de transação.” Deste modo, o processo legislativo estabeleceu, legitimamente, o momento que antecede a contestação como limite para celebração do acordo. Por esta razão, não parece adequado sustentar a possibilidade de realização do acordo em momento posterior (FERRAZ, Luciano. **Acordos de não persecução cível na improbidade administrativa – o início, o fim e o meio**. **Consultor Jurídico**, edição online, 09/04/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/interesse-publico-acordos-nao-persecucao-civel-improbidade-administrativa?imprimir=1>. Acesso em: 09/09/2020). Uma tal compreensão violaria claramente a intenção consagrada no processo legislativo.

⁸⁸⁶ Nesse sentido, o STJ asseverou que “O pedido de sobrestamento decorrente da possibilidade de acordo advinda com a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), no âmbito da ação de improbidade, deve ocorrer até a apresentação da contestação, evidenciando o esvaziamento da pretensão formulada pelo recorrente, à vista da atual fase processual” (AgInt no REsp 1659082/PB, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020). Não obstante, outro julgado do

A Lei 14.230/2021 foi mais clara que a versão anterior, estabelecendo que poderá ser celebrado “no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória”. Aqui, a LIA acolheu orientação que acabou se consolidando no STJ, no sentido de flexibilizar o momento da celebração do ANPC⁸⁸⁷.

Há necessidade de referendo do acordado entre as partes. A LIA previu que o acordo feito na fase investigatória deva ser: a. aprovado em até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis; b. homologado judicialmente. Já o celebrado na fase judicial, deve ser homologado pelo juiz competente para a ação, sem necessitar de homologação da instância superior do Ministério Público.

A necessidade de homologação judicial decorre do forte caráter sancionador da LIA, em contraste com os objetivos preponderantemente reparadores do TAC⁸⁸⁸.

STJ admitiu a realização do acordo em grau recursal: “Dessa forma, tendo em vista a homologação do acordo pelo Conselho Superior do MPSP, a conduta culposa praticada pelo ora recorrente, bem como a reparação do dano ao Município de Votuporanga, além da manifestação favorável do Ministério Público Federal à homologação judicial do acordo, tem-se que a transação deve ser homologada, ensejando, por conseguinte, a extinção do feito, com resolução de mérito, com supedâneo no art. 487, III, “b”, do CPC/2015” (Acordo no AREsp 1314581/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 01/03/2021). O relator consignou que a contestação seria o marco para pedir o sobrestamento da ação para fins de entabular o acordo, mas que este poderia ocorrer a qualquer momento. Esta compreensão, todavia, parece não encontrar eco no art. 17, § 10-A da LIA, e confronta com a mensagem de veto mencionada na nota supra.

⁸⁸⁷ Acordo no AREsp 1610631/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 17/08/2021.

⁸⁸⁸ “o compromisso de ajustamento de conduta é lavrado em termo, e nele se contém uma obrigação de fazer ou não fazer; é ele tomado por um dos órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública ou coletiva, e mediante esse instrumento, o causador do dano a interesses transindividuais (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, ordem urbanística etc.) se obriga a adequar sua conduta às exigências da lei, sob pena de cominações já pactuadas no próprio instrumento, o qual terá força de título executivo extrajudicial”. MAZZILI, Hugo Nigro. Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. **Revista de Direito Ambiental**, v. 41, Jan./2006, p. 93.

⁸⁸⁹, a indicar a necessidade de submissão dos termos do acordo de não persecução cível ao crivo judicial⁸⁹⁰.

Além disso, as penas previstas na LIA estão sob reserva de jurisdição. Só podem ser aplicadas por magistrado, em ação judicial que apure e constate prática de ato de improbidade. Não têm incidência na esfera administrativa, onde aplicáveis apenas as sanções previstas no regime estatutário dos servidores públicos, por exemplo, as previstas no art. 127 da Lei 8.112/90, que trata do regime jurídico dos servidores civis federais⁸⁹¹; ou aquelas reservadas para o regime de responsabilização administrativa sufragado na LAC.

Deste modo, a sujeição do autor do ato de improbidade a qualquer das sanções previstas na LIA, ainda que com seu consentimento, reclama a supervisão jurisdicional.

Aliás, o caráter sancionatório do ANPC, em contraste com o desenho legal do TAC, impede venha a ser o acordo da LIA regrado por ato normativo distinto de lei em

⁸⁸⁹ No ponto, concorda-se com Queiroz, para quem o TAC, a despeito da regulamentação operada na Resolução 179/2017, do CNMP, não é instrumento adequado para tratar de improbidade ou ato lesivo, pois “há uma diferença finalística entre o acordo de leniência e o TAC, sendo o primeiro uma espécie de colaboração premiada que visa alavancar a investigação para alcançar um maior número de fatos e pessoas, enquanto que o segundo visaria proteger o bem jurídico com pouquíssima margem de negociação (...). Diante da baixíssima escala de negociabilidade do TAC, não há espaço para definir quais sanções podem ser aplicadas imediatamente ao caso concreto, a fim de impedir ou encerrar um processo” (QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **Alguns dilemas do acordo de não persecução civil**. In: *Justiça Consensual: Acordos penais, cíveis e administrativos*. Coordenadores Daniel Resende Salgado, Luis Felipe Schneider Kirscher e Ronaldo Pinheiro Queiros. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 666-667).

⁸⁹⁰ Não obstante, a utilização de TAC em sede de improbidade é uma realidade, sobretudo por parte dos MPs estaduais. Nesta linha, sustenta-se que: “A compreensão do acordo de não persecução cível não como um acordo em que se aplicam as “sanções” previstas na Lei 8.429/92, mas como um acordo em que o investigado se compromete a cumprir condições, que embora se assemelhem, em seus efeitos, às penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, não são penas, ajustando sua conduta para o fim de proteção do patrimônio público, compatibiliza-se com o sistema constitucional brasileiro e com a disciplina legal estatuída tanto na Lei 7.347/85 como na Lei 8.429/92”. Do PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. **REFLEXÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL**. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/boletimdompggo/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>. Acesso em: 10/08/2020.

⁸⁹¹ STF, RMS 24.699, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-11-2004, Primeira Turma, DJ de 1º-7-2005.

sentido estrito, como Resoluções do CNMP, do que é exemplo a Resolução CNMP 179/2017^{892_893}.

Neste passo, uma vez que o ANPC restringe direitos fundamentais, a exemplo dos direitos políticos que poderiam, em tese, restar suspensos no acordo; e que institutos similares como a colaboração premiada e o acordo de leniência são estritamente regrados em lei⁸⁹⁴; deve-se buscar na lei, em sentido formal, os contornos de aplicação do instituto consensual previsto no art. 17-B da LIA⁸⁹⁵.

Esta mesma observação deve ser transposta para a Orientação Nº 10/2020, expedida pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF. No instrumento, que visa dar parâmetros aos membros da instituição para celebrar acordos no campo da improbidade administrativa⁸⁹⁶, a compreender tanto as penas da LIA quanto da LAC (art. 1º), são estabelecidos critérios que não necessariamente estão esteados nas Leis 8.429/92 e 12.846/2013, como a possibilidade de celebração de TAC e o

⁸⁹² “Art. 1º, § 2º É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”.

⁸⁹³ O STF reconhece efeitos de ano normativo primário às Resoluções do CNJ e CNMP, quando disciplinem os deveres funcionais dos agentes a eles submetidos: ADI 4263, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 29-07-2020 PUBLIC 30-07-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-259 DIVULG 27-10-2020 PUBLIC 28-10-2020. O regramento do procedimento e dos efeitos de acordos sancionatórios parece desbordar da mera disciplina de deveres funcionais de promotores.

⁸⁹⁴ DE SÁ, Acácia Regina Soares. O acordo de não persecução civil na ação de improbidade administrativa. **Consultor Jurídico**, edição online, 25/04/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-25/acacia-sa-acordo-nao-persecucao-civil>. Acesso em: 16/08/2020.

⁸⁹⁵ Além dos óbices citados à regulamentação do ANPC por Resolução, Acácia Regina Soares de Sá cita mais: “Um outro questionamento também quanto aos limites da resolução para a regulamentação do acordo de não persecução civil diz respeito à prescrição, isso porque as causas de suspensão e interrupção da prescrição somente podem ser previstas por meio de lei e, tendo em vista que o acordo de não persecução cível é uma condição suspensiva, há necessidade de estabelecer como ficará a prescrição nesses casos, tanto que o Projeto de Lei n.º 3359/2019, em trâmite no Senado Federal, o qual propõe alterações na Lei n.º 8.429/92, prevê entre suas disposições hipóteses de suspensão e interrupção da prescrição”. DE SÁ, Acácia Regina Soares. O acordo de não persecução civil na ação de improbidade administrativa. **Consultor Jurídico**, edição online, 25/04/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-25/acacia-sa-acordo-nao-persecucao-civil>. Acesso em: 16/08/2020.

⁸⁹⁶ Gênero que compreende 3 espécies, nos termos da Orientação nº 10: “Art. 4º O Ministério Público Federal poderá celebrar as seguintes modalidades de acordos no campo da improbidade administrativa: I – Termo de Ajustamento de Conduta; II – Acordo de Não Persecução Cível; e III – Acordo de Leniência”.

procedimento de homologação, que contempla exame judicial para as avenças celebradas em juízo, sendo dispensada quando realizadas na fase pré-processual⁸⁹⁷.

Quanto à necessidade de homologação do ANPC, é de se recordar que a LAC não submete o acordo de leniência à homologação judicial. No entanto, é de se notar que referido ajuste é celebrado em procedimento administrativo e alcança eminentemente as penas previstas para o regime de responsabilização administrativa da pessoa jurídica infratora⁸⁹⁸ (art. 16, § 2º). Há um feixe de sanções que não pode ser contemplado no acordo e que pode ser objeto de ação judicial subsequente para sua aplicação.

O acordo de colaboração premiada (art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/2013) e o acordo de não persecução criminal (art. 28-A, § 4º do CPP), institutos negociais com nuances semelhantes ao acordo de não persecução cível, não prescindem da chancela judicial para se perfectibilizarem, pois justamente contemplam sanções que só são imponíveis judicialmente.

Acordo pioneiro de não persecução civil e penal foi celebrado, no mesmo instrumento, pelo MPF. O acordo contemplou a responsabilização de fatos atinentes à apropriação de verbas oriundas do Fundo Nacional de Educação, enquadrados como peculato (art. 312, Código Penal) e improbidade administrativa (art. 9º, XI da LIA). Por seus termos, o acusado se submeteu à reparação do dano e à suspensão de direitos políticos, em razão da improbidade ali reconhecida; e, com relação ao ilícito penal, aceitou compromisso de reparar o dano ao erário, prestar de serviços à comunidade, pagar prestação pecuniária e ficar inabilitado para ocupar cargo público.

Referido acordo foi submetido à dupla homologação judicial: pelo juízo civil competente para a ação de improbidade e pelo juízo criminal da ação correspondente. Previu-se que, se descumprido o ANPC homologado, constitutivo de título executivo judicial, seus termos seriam objeto de execução perante o juízo cível, sem reabertura da discussão sobre a prática do ato de improbidade, já reconhecida no acordo. E em

⁸⁹⁷ Muito embora seja digno de críticas, por invadir seara sob reserva de lei, há virtudes no instrumento, como o apelo à colaboração interinstitucional, indicando que a PJ lesada deve ser notificada da negociação para, inclusive, firmá-lo conjuntamente (art. 17); e a previsão de um Cadastro Nacional de Acordos de Não Persecução Civil, que será mantido pela própria 5ª Câmara.

⁸⁹⁸ Com exceção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

caso de descumprimento do acordo de não persecução penal, após homologado, o MPF comunicaria ao juízo sua rescisão e propor a ação penal competente⁸⁹⁹.

Deste modo, pela natureza das obrigações assumidas pelo colaborador e diante do contexto normativo que rege institutos análogos, o acordo de não persecução cível deve ser negociado entre Ministério Público ou ente lesado e o acusado de improbidade e, na sequência, homologado pelo juiz competente para conhecer da ação de improbidade.

Em caso de descumprimento do acordo, fica vedado ao investigado ou réu celebrar novo ANPC nos cinco anos seguintes à ciência do MP (art. 17-B, § 7º).

Faltou regramento expresso quanto à hipótese de o acusado desistir de celebrar o ANPC ou de o MP rejeitar a oferta daquele, antes de sua assinatura; bem como regramento o sigilo das negociações.

Quanto a este ponto, pode-se aplicar supletivamente a LAC, que estabelece o sigilo das negociações até a assinatura da avença, permitida sua extensão no interesse das investigações ou processo administrativo (art. 16, § 6º).

Em relação à desistência ou rejeição da proposta, não será lícita a utilização das provas apresentadas pelo investigado ou réu, em respeito ao postulado da boa-fé, que inspira, inclusive, o art. 16, § 7º da LAC.

Com tais contornos, o acordo de não persecução cível tem potencial para agregar forças no combate à corrupção na Administração Pública, na medida em que representa instrumento apto a ampliar o conhecimento de ilícitos pelos órgãos de controle e a abreviar a solução de casos de menor magnitude.

Aos de maior reprovabilidade, grau de lesão e que envolvam agentes que ocupem o nível superior do esquema delitivo, no entanto, é de se manter a tutela tradicional, via ação civil pública de cognição exauriente, a fim de ensejar a punição mais completa e rigorosa de seus responsáveis.

⁸⁹⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Goiás, 15º Ofício – Núcleo de Combate à Corrupção. **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E PENAL**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/sobre/boas-praticas/not2444-acordo.pdf>. Acesso em: 16/08/2020.

3.4.2 ACORDO DE LENIÊNCIA

O acordo de leniência, previsto no art. 16 da LAC, tem semelhanças com o acordo de mesmo nome estabelecido na Lei n. 12.529/2011, celebrado no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Distinguem-se, sobretudo, pelo objeto de controle de cada qual^{900_901}.

Na LAC, “O acordo de leniência representa um mecanismo de combate à corrupção, com a finalidade de recuperar o decoro administrativo”⁹⁰², enquanto aquele a cargo do CADE, embora possa ter reflexos anticorrupção, está primordialmente voltado a práticas que firam a livre concorrência. A abrangência dos acordos também é distinta, sendo o do CADE mais completo, pois há previsão na Lei 12.529/2011 (art. 87) de que pessoas físicas possam firmá-lo e, com isto, garantem imunidade na seara penal, ponto regulado diversamente pela LAC, que expressamente ressalva que a responsabilidade dos dirigentes da empresa leniente não é afetada pelo acordo de leniência.

O acordo de leniência é instrumento do PAR, ou seja, firmado em âmbito administrativo, perante a CGU, em parceria com a AGU (Portaria Conjunta 4/2019). Tem natureza de ajuste firmado entre Estado e empresa envolvida em corrupção, que se compromete a colaborar com o poder público para esclarecimento do esquema, em troca da “mitigação ou a imunização das sanções estatais aplicáveis nesse mesmo

⁹⁰⁰ Segundo MARRARA, “O Brasil inseriu a leniência no ordenamento jurídico pela Medida Provisória nº 2.055/2000, regulamentada pela Portaria do Ministério da Justiça nº 894/2000 e, mais tarde, incorporada definitivamente à LDC de 1994 (art. 35-B) (BRASIL, 1994). O primeiro acordo do gênero foi celebrado somente em 2003 no “cartel dos vigilantes”. Ao delator do caso, reconheceu-se a efetividade da cooperação e, por conseguinte, a imunidade administrativa, bem como os benefícios penais do acordo. Apesar desses e doutros exemplos, o programa criado durante a LDC anterior tinha alguns problemas, como os restritos benefícios penais à pessoa física envolvida e a vedação de leniência com “empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária” (art. 35-B, § 1º da Lei n. 8.884/1994)”. MARRARA, Thiago. ACORDOS NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA. *RDC*, v. 8, n 2. Dez./2020, p. 90.

⁹⁰¹ Além do acordo de leniência da Lei 12.529/2011, há o previsto na Lei 13.506/2017, circunscrito à regulação do mercado de capitais, de atribuição do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários. São também previstos outros instrumentos de índole consensual, como termo de compromisso de cessação e acordo de controle de concentrações (de atribuição do CADE), termo de compromisso e acordo de supervisão (a cargo do Banco Central), termo de compromisso e acordo de supervisão (dirigidos pela CVM). Esses instrumentos, por não guardarem relação direta com o objeto deste estudo, não serão abordados em maior profundidade.

⁹⁰² CARDOSO, Henrique Ribeiro; NETO, Vicente Loiacono; FERRARI, Flávia Jeane. A LEI ANTICORRUPÇÃO E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS: O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO, O PROGRAMA DE INTEGRIDADE E O ACORDO DE LENIÊNCIA. *Relações Internacionais no Mundo*, 2 (23), Abr./2019, p. 14. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3903>. Acesso em: 10/08/2010.

processo administrativo ou fora dele”⁹⁰³. A decisão de firmar ou não o acordo está na esfera de discricionariedade administrativa⁹⁰⁴.

Os objetivos do acordo de leniência são, primordialmente, identificar demais envolvidos no ato lesivo, desvendar o esquema ilícito em seus detalhes e obter provas que comprovem o ilícito⁹⁰⁵. Trata-se de uma técnica especial de investigação, cuja abrangência vai além de uma mera confissão⁹⁰⁶. Além disso, as autoridades podem pactuar que o leniente se comprometa com programas de *compliance*, para prevenir novos ilícitos⁹⁰⁷.

O programa de leniência parte de uma constatação pragmática: para o Estado é “melhor ter informações e provas decorrentes do acordo, que possibilitem a persecução dos demais envolvidos, do que não ter qualquer elemento probatório e persecução nenhuma”⁹⁰⁸, ainda que o preço seja atenuar a responsabilidade da empresa envolta em corrupção⁹⁰⁹.

⁹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Orgs.). **Lei anticorrupção comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 196.

⁹⁰⁴ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Lei Anticorrupção** (Lei 12.846/2013): Uma visão do controle externo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 153.

⁹⁰⁵ O Plano Anticorrupção do Governo Federal cataloga o acordo de leniência em *dúplice perspectiva*: a) investigação, no sentido de “Apurar a ocorrência de ilícitos, mediante busca de informações e evidências, como medida de caráter preparatório para fundamentar a aplicação de punições e indenizações em processo administrativo ou judicial”; b) Responsabilização, dando-lhe a tarefa de “Sancionar pessoas físicas ou jurídicas envolvidas em atos ilícitos de corrupção *lato sensu*, nos âmbitos penal, administrativo ou civil, de forma efetiva, proporcional e dissuasiva, ainda que de maneira negociada”. BRASIL. COMITÊ INTERMINISTERIAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO. **PLANO ANTICORRUPÇÃO**: Diagnóstico e Ações do Governo Federal, p. 11-12.

⁹⁰⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Estudo Técnico 01/2017**, p. 47.

⁹⁰⁷ Programas de *compliance* não são obrigatórios pela LAC, mas são estimulados, inclusive como atenuante de pena (BOMFIM, Gilberto; BLANCHET, Luiz Alberto. O “NUDGE” DA LEI ANTICORRUPÇÃO (12.846/13) PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 20, n. 02. p. 51-70, abr./jun. 2021, p. 63).

⁹⁰⁸ Excerto de decisão proferida pelo ex-Juiz Federal SERGIO MORO no processo nº 5017783-68.2016.4.04.7000, 13ª Vara Federal de Curitiba, 05/05/2016.

⁹⁰⁹ A experiência dos acordos de leniência é reputada tão exitosa pela Administração Federal que, no Plano Anticorrupção, é prevista a Ação CGU 68, cujo escopo é “Realização de estudo sobre a Lei nº 12.846/2013, com a finalidade de incorporar novas formas de transação”. Ainda segundo o plano, “estudo deverá abordar, entre outros pontos, benefícios à autodenúncia e à composição e incentivos para adoção de conduta ética e para promoção da recuperação de ativos no âmbito da responsabilização de pessoas jurídicas”. BRASIL. COMITÊ INTERMINISTERIAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO. **PLANO ANTICORRUPÇÃO**: Diagnóstico e Ações do Governo Federal, p. 36.

Do lado da empresa, o interesse consiste em se manter no mercado, tendo em vista que as penas, especialmente as multas pesadas e proibição de manter contatos com o poder público, podem inviabilizar a continuidade do empreendimento⁹¹⁰.

Assim, o acordo de leniência tem uma dúplice natureza, de instrumento destinado “à obtenção eficiente de provas da materialidade e autoria dos atos ilícitos tipificados na lei anticorrupção empresarial”; e de negócio jurídico, substitutivo ou integrativo das sanções previstas em lei⁹¹¹.

Baseia-se, assim, na incorporação do princípio da eficiência na atividade persecutória estatal, permeando a distribuição da justiça por um critério de otimização, “em que o julgador tem maior liberdade para escolher o meio mais adequado de exercer o *jus puniendi* estatal⁹¹².”

A empresa colaboradora está sujeita, além do dever de reparar integralmente o dano causado, às seguintes obrigações: a. tomar a iniciativa do acordo, comparecendo perante a autoridade administrativa antes de outros eventuais envolvidos; b. cessar a atividade ilícita; c. reconhecer os ilícitos até então cometidos; d. colaborar de modo eficaz com as investigações.

Note-se que o ajuste só é interessante ao Estado quando este não disponha das informações ofertadas pela empresa leniente. Do contrário, o acordo seria manejado no interesse exclusivo da empresa, com mácula ao princípio da moralidade⁹¹³. Por esta razão, não há direito subjetivo do acusado em firmar a avença, pois o tema se insere na esfera de discricionariedade do órgão de persecução.

De parte da empresa leniente, a adesão ao acordo envolve riscos altos. A adesão ao programa de leniência vai se pautar em uma análise de custos e benefícios, que terá por base a existência de uma moldura normativa segura e previsível, o sigilo do processo de negociação, as potenciais consequências negativas de não aderir

⁹¹⁰ CAPANEMA, Renato de Oliveira. **INOVAÇÕES DA LEI Nº 12.846/2013**. In *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei 12.846/2013*. Coord. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 24.

⁹¹¹ ALVES, Francisco Sérgio Maia. Análise da Juridicidade do Controle dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção Empresarial pelo Tribunal de Contas da União. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 17, n. 02. 155-182, abr./jun. 2018, p. 160.

⁹¹² ALVES, Francisco Sérgio Maia. Repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal sobre as competências do Tribunal de Contas da União. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 71-103, set./dez. 2018, p. 77.

⁹¹³ MARRARA, Thiago. Acordo de leniência na lei anticorrupção: pontos de estrangulamento da segurança jurídica. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 6, n. 2, p. 95-113, 2019, p. 99.

diante da eventual adesão prévia de outro participante do esquema (“corrida para a delação”⁹¹⁴) e, especialmente, a virtual saída do acordo em situação jurídica e financeira mais favorável do que a existente por ocasião da adesão⁹¹⁵.

Em troca de sua colaboração efetiva (plena)⁹¹⁶, a empresa leniente poderá receber as seguintes recompensas: a. dispensa do dever de publicar a decisão condenatória (art. 6º, inc. II); b. isenção da pena de proibição de obter incentivos, empréstimos, doações, subsídios e subvenções do Poder Público (art. 19, inc. IV), c. redução da multa aplicável (até 2/3); d. conforme art. 17 da LAC, isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas na Lei de Licitações – Lei 14.133/2021 (multa por atraso na execução do contrato e advertência; multa ou suspensão de participar de licitações e de contratar com Administração, face à inexecução contratual)⁹¹⁷.

A isenção das penas de publicação da decisão condenatória e de proibição de contratar com o poder público é dever vinculado da Administração. Ou seja, firmado o acordo e cumpridas as obrigações assumidas pela empresa, essas penas serão relevadas. No que tange à multa, será apenas atenuada; e o montante de redução (até 2/3) dependerá do grau de colaboração e da gravidade da conduta⁹¹⁸.

Em relação às penas da Lei de Licitações, há discricionariedade da Administração em relevá-las ou diminuí-las, variando também em função do grau de colaboração e da necessidade de reprimir proporcionalmente o ato lesivo.

⁹¹⁴ RUFINO, Victor dos Santos. **OS FUNDAMENTOS DA DELAÇÃO: ANÁLISE DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA DO CADE À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS**. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Universidade de Brasília, 2016, p. 71.

⁹¹⁵ ROS, Luiz Guilherme. **Teoria dos jogos para a celebração de acordos: uma análise das ações penais da Lava Jato**. Brasília: Editora WebAdvocacy, 2021, Edição do Kindle, p. 49.

⁹¹⁶ “Por óbvio, a expressão ‘cooperação plena’ significa que não é bastante uma colaboração composta por informações parcas acerca do cometimento das atividades ilegais, mas sim o fornecimento de detalhes substanciais, que tragam um resultado satisfatório e útil na elucidação da verdade. À vista disso, são desconsiderados os elementos já averiguados, ou aqueles de fácil esclarecimento”. PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016, p. 98.

⁹¹⁷ Por força do art. 189 da Lei 14.133/2021, a nova Lei de Licitações sucede a Lei 8.666/93 nas hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa a esta.

⁹¹⁸ O Plano Anticorrupção do Governo Federal prevê a Ação CGU 74, que tem como objetivo “Propor normativo que estabeleça critérios para aplicação do desconto de até 2/3 do valor da multa, conforme previsto no art. 16, § 2º da Lei nº 12.846/2013”. BRASIL. COMITÊ INTERMINISTERIAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO. **PLANO ANTICORRUPÇÃO: Diagnóstico e Ações do Governo Federal**, p. 37.

Com relação às sanções da LAC que podem ser contempladas no acordo de leniência, a proibição de receber benefícios e incentivos do poder público é pena sujeita à responsabilização judicial, ou seja, só imponível por magistrado em ação judicial. No entanto, o legislador optou por colocá-la na esfera de negociação do acordo de leniência, que, como dito, se opera em âmbito administrativo.

Ao negociar as sanções que comporão o acordo com o leniente, o poder público deve ter em mente a intensidade da colaboração da empresa com as investigações, tendo em conta, também, que o grau de redução das sanções deve ser maior quanto menor for a probabilidade do Estado descobrir a corrupção sem a colaboração do informante⁹¹⁹.

Noutro norte, é de se atentar, para o fato de que o acordo de leniência não imuniza a empresa de futura responsabilização judicial (art. 18), inclusive com risco de sofrer as penas de interdição ou suspensão parcial de atividades ou mesmo de dissolução compulsória⁹²⁰.

Neste passo, a despeito da ausência de autorização legal expressa, mas para tornar o acordo de leniência mais atrativo e seguro para a empresa leniente, tem sido estabelecida obrigação de não ajuizamento da ação de responsabilização judicial. Veja-se, a título elucidativo, o estipulado entre pela CGU e AGU com a empresa Braskem S.A, acordo que além da responsabilidade judicial, isentou a empresa (e pessoas físicas⁹²¹ aderentes ao acordo) das penas da LIA⁹²²:

13.1. O cumprimento regular do presente Acordo de Leniência e da legislação a ele correlata, assegura, em relação à RESPONSÁVEL COLABORADORA, a não-instauração de novos processos administrativos e judiciais de

⁹¹⁹ “Thus, the reduction in the sanction for admitting one's act should be greater the lower the probability of apprehending the person through investigation would have been. Accordingly, if a person confesses when the police have little evidence (such as immediately after a crime is committed), the reduction in his sanction should be large; but if a person confesses when the police have already gathered substantial evidence against him, the reduction should be small”. KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Optimal Law Enforcement with Self-Reporting of Behavior. **Journal of Political and Economy**, v. 102, n. 3, 1994, p. 601-602.

⁹²⁰ MARRARA, Thiago. Acordo de leniência na lei anticorrupção: pontos de estrangulamento da segurança jurídica. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 6, n. 2, p. 95-113, 2019, p. 103.

⁹²¹ Operação que não escapa de severas críticas da doutrina: “De certo, qualquer previsão no Acordo de Leniência no sentido de possibilitar a exclusão da responsabilidade de pessoas físicas iria contra o próprio espírito da lei” (CAPANEMA, Renato de Oliveira. **INOVAÇÕES DA LEI Nº 12.846/2013**. In *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei 12.846/2013*. Coord. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 24).

⁹²² “As INSTITUIÇÕES CELEBRANTES reconhecem a aplicabilidade do Acordo de Leniência ao âmbito da Lei de Improbidade Administrativa quanto (i) aos atos ilícitos constantes dos Anexos I, II, III, IV-A e IV-B; e (ii) tão-somente em relação à RESPONSÁVEL COLABORADORA e às pessoas físicas aderentes nos termos da Cláusula 1.1.5.”

responsabilização, bem assim, a extinção dos processos já existentes, relativamente à apuração dos atos lesivos e/ou ilícitos constantes dos Anexos I, II, III, IV-A e IV-B, para todos os efeitos da Lei 12.846/2013 e, caso aplicável, legislação correlata de licitações e contratos com a Administração Pública Federal, inclusive o Decreto 2.745, de 24 de agosto de 1998.⁹²³

Aspecto inegociável, contudo, no acordo de leniência diz com o ressarcimento do dano (art. 16, § 3º)⁹²⁴. Não obstante, como meio de viabilizar os objetivos estatais perseguidos no acordo e a preservação da empresa leniente, admite-se o ressarcimento parcelado do valor devido⁹²⁵.

Esta solução, inclusive, foi empregada no acordo de leniência celebrado pela CGU e AGU com a Braskem S.A, em que, na cláusula 8.1, a empresa leniente se comprometeu a pagar o valor de R\$ 2,82 bilhões, em seis parcelas anuais, entre os anos de 2020 e 2025⁹²⁶.

Por outro lado, registre-se que o acordo de leniência é sigiloso até sua assinatura. Depois disso, o sigilo será excepcional, no interesse de investigações ainda em curso. O sigilo, entretanto, não poderá ser invocado diante de requisição judicial de informações⁹²⁷.

Se rejeitada a proposta formulada pela empresa, por não ser conveniente ao interesse público, os fatos declinados não importaram em reconhecimento de culpa; e os elementos apresentados não poderão ser utilizados para responsabilizar a pessoa jurídica⁹²⁸.

Caso a empresa descumpra as obrigações pactuadas, ficará impedida de firmar novo acordo de leniência pelos próximos 3 anos, sem prejuízo da execução do acordo,

⁹²³ Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/braskem.pdf/view>. Acesso em: 10/08/2020.

⁹²⁴ “o que a leniência não poderá incluir em hipótese alguma como benefício será a imunidade em relação à reparação civil dos danos causados ao Estado ou a terceiros”. MARRARA, Thiago. Acordo de leniência na lei anticorrupção: pontos de estrangulamento da segurança jurídica. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 6, n. 2, p. 95-113, 2019, p. 104.

⁹²⁵ CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015.

⁹²⁶ Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/braskem.pdf/view>. Acesso em: 10/08/2020.

⁹²⁷ STJ, REsp 1554986/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 05/04/2016.

⁹²⁸ Nesta linha, comporta aplicação analógica o disposto na Lei 12.850/2013, art. 3-B, “§ 6º Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).”

que faz título executivo extrajudicial, conforme artigos 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985, e o 784, incisos II e IV, do Código de Processo Civil.

Com efeito, para a empresa leniente o acordo se mostra vantajoso, pois pode continuar operando e manter seu relacionamento com a Administração⁹²⁹, além de antever e precificar os custos da corrupção praticada, o que estimula sua colaboração, pois se torna o modo mais econômico de lidar com as consequências do ilícito⁹³⁰.

Além disso, a empresa mitiga danos de imagem decorrentes de longos processos por corrupção, preocupação primordial das corporações ao firmar acordos de leniência, segundo pesquisa realizada pela consultoria Deloitte em parceria com o Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial (IBDEE)⁹³¹:

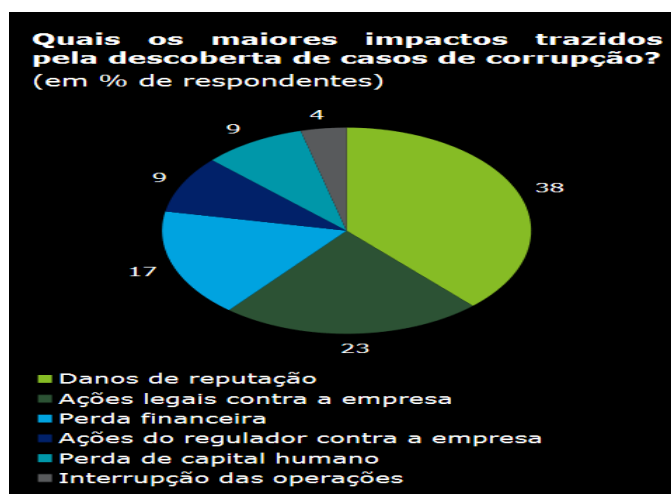


Figure 12 - elaborado por Deloitte em parceria com o Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial (IBDEE)

Neste contexto, o acordo de leniência é importante instrumento anticorrupção, pois reduz custos e tempo de punição de empresas envolvidas em corrupção; e enseja

⁹²⁹ A título ilustrativo, confira-se a cláusula 13.13 do acordo CGU/AGU e Braskem: “O presente Acordo de Leniência não afetará a gestão de contratos da RESPONSÁVEL COLABORADORA celebrados com a administração pública, direta ou indireta”. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/braskem.pdf/view>. Acesso em: 10/08/2020.

⁹³⁰ RODRIGUES, Filipe Azevedo; SANTOS, Natália Batista da Costa. Os Jogos da Leniência: uma Análise Econômica da Lei Anticorrupção. *RDU*, Porto Alegre, v. 14, n. 78, 2017, 54-71, nov.-dez./2017, p. 66.

⁹³¹ DELOITTE TOUCHE TOHMATS. **Pesquisa Acordos de Colaboração 2018** - Percepção do Empresariado sobre o Tema e Práticas Adotadas. Maio de 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/tcm/Downloads/2018-Acordos-Colaboracao-Deloitte-Brasil.pdf>. Acesso em: 16/04/2021.

maior eficácia na reparação dos prejuízos causados à Administração⁹³², justamente um dos pontos fracos na aplicação da LIA.

3.4.3 PONTOS SENSÍVEIS NA APLICAÇÃO DO ANPC E ACORDO DE LENIÊNCIA

Algumas questões têm se colocado como dificuldades ou fatores de insegurança jurídica na celebração de acordos no âmbito do microsistema anticorrupção. Embora esses problemas sejam mais frequentes nos acordos de leniência, a recente instituição do ANPC, desacompanhada, contudo, da devida disciplina legal do instrumento, coloca o novel acordo sob os mesmos riscos e interrogações a que se sujeita o acordo de leniência, com potencial desestímulo ao emprego desses instrumentos⁹³³, como será abaixo detalhado.

O primeiro desses problemas diz com a legitimidade para representar o Estado nessas avenças. Note-se que esta é uma fragilidade grave, que pode comprometer a eficácia a longo prazo dos programas de leniência no Brasil. Sem se saber claramente qual o procedimento a seguir, quais vantagens advirão do acordo e, sobretudo, qual a autoridade (confiável) deve ser procurada para negociar⁹³⁴, é muito provável que o potencial colaborador opte por não cooperar, pois os riscos potenciais suplantariam os benefícios divisáveis.

Enquanto a LIA confere legitimidade ao Ministério Público e ao lesado (ADIs 7.042 e 7.043) para representar o Estado no ANPC, a LAC acomete esta função no acordo de leniência expressa e exclusivamente à CGU.

Contudo, a prática tem demonstrado conflitos, pois outras instituições, como MPF, AGU, TCU e procuradorias das pessoas jurídicas lesadas julgam ter atribuições

⁹³² RIBEIRO CARDOSO, Henrique; LOIÁCONO NETO, Vicente; JEANE FERRARI, Flávia. A lei anticorrupção e seus principais aspectos: o procedimento administrativo de responsabilização, o programa de integridade e o acordo de leniência. São Paulo: **Relações Internacionais no Mundo**, v. 2, Issue 26, 2019, p. 17.

⁹³³ Como explana ROS, com suporte em farta doutrina nacional e estrangeira, previsibilidade, segurança jurídica e transparência são elementos indispensáveis para um programa de leniência atrativo (ROS, Luiz Guilherme. **Teoria dos jogos para a celebração de acordos**: uma análise das ações penais da Lava Jato. Brasília: Editora WebAdvocacy, 2021, Edição do Kindle, p. 48), caracteres que precisam ser reforçados nas molduras do ANPC e do acordo de leniência da LAC.

⁹³⁴ RUFINO, Victor dos Santos. **OS FUNDAMENTOS DA DELAÇÃO**: ANÁLISE DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA DO CADE À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Universidade de Brasília, 2016, p. 56.

concorrentes⁹³⁵. Isto decorre, em grande parte, do modelo multiagências adotado pelo sistema brasileiro de enfrentamento à corrupção, que se caracteriza por uma sobreposição⁹³⁶ de atribuições de diversos órgãos encarregados de desempenhar papéis no mesmo tema.

A multiplicidade institucional na abordagem à corrupção não é, em si mesma, negativa. Pelo contrário, muitos benefícios se agregam com essa formatação, como a (a) competição que torna os entes mais abertos à inovação e a performances mais eficazes; (b) compensação, que faz com que outra instituição possa suprir eventuais falhas de alguma outra; (c) colaboração, através da qual há uma soma de recursos humanos e financeiros na persecução de um fim comum; e (d) complementariedade, em que, através da especialização própria de cada instituição, uma contribui com a outra no desempenho de tarefas específicas, que, somadas, levam a resultados melhores⁹³⁷.

No Brasil, contudo, a adoção do modelo multiagências pode ser explicada menos por um arranjo consciente e mais pela *path dependency theory*, “hipótese segundo a qual o custo de redesenho institucional consumiria tantos e elevados esforços, que se apresenta mais viável, econômica e politicamente, um contorno às estruturas tradicionais, ainda que à custa de sobreposições”⁹³⁸. Deste modo, o modelo multiagências nacional é um arranjo possível, do qual resultam certas sobreposições, para as quais não se preveem mecanismos de ajuste claros. Com isto, conflitos de

⁹³⁵ A MP 703/2015 tentou regar alguns desses conflitos, mas perdeu sua vigência sem ser convertida em Lei.

⁹³⁶ Pesquisa realizada com 40 grandes empresas que operam no Brasil revelou que “para 74% dos respondentes, o principal desafio enfrentado durante a celebração e/ou execução dos acordos de colaboração consiste em atender os critérios de fiscalização do poder público, uma vez que há sobreposição de competências entre diferentes órgãos, o que dificulta as negociações e/ou a segurança jurídica do acordo”. DELOITTE TOUCHE TOHMATS. **Pesquisa Acordos de Colaboração 2018** - Percepção do Empresariado sobre o Tema e Práticas Adotadas. Maio de 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/tcm/Downloads/2018-Acordos-Colaboracao-Deloitte-Brasil.pdf>. Acesso em: 16/04/2021.

⁹³⁷ PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. **Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement**: Potential Lessons for Institutional Design. International Research Initiative on Brazil and Africa, Working paper n. 9, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2497936>. Acesso em: 08/05/2021.

⁹³⁸ TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. **Decifrando a esfinge**: como o sistema de multiplicidade institucional anticorrupção brasileiro permitiu que se produzissem meia centena de acordos de leniência. In *Compliance no direito empresarial*. Org. Modesto Carvalhosa; Fernando Kuyven. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., p.129.

atribuições se tornam frequentes e não é raro que leve a desperdícios de tempo e recursos⁹³⁹.

No caso dos acordos de leniência, embora a LAC conceda a atribuição à CGU, a AGU tornou sua atuação uma praxe consolidada, invocando sua legitimidade para pleitear o ressarcimento de danos praticados em desfavor do Estado. Assim, sem sua presença, o acordo de leniência poderia expor a empresa leniente a ações judiciais de indenização, tendo por objeto fatos já contemplados na leniência, o que fragilizaria sua segurança jurídica⁹⁴⁰.

Após várias tensões entre a AGU e a CGU, que levou até à fracassada tentativa de emissão de uma Medida Provisória (nº 703/2015)⁹⁴¹ para dar papel preponderante à primeira, as disputas foram harmonizadas com a edição da Portaria Interministerial nº 2.278/2016 e da Portaria Conjunta 4/2019, que sucedeu a anterior. Por esses atos normativos, restou institucionalizada a atuação concomitante da AGU com a CGU nos acordos que envolvam lesão à Administração Federal ou estrangeira.

No que tange ao MPF, único órgão a celebrar acordos de leniência entre 2014 e meados de 2017⁹⁴², entende, a despeito da disposição legal em contrário, ser legitimado a firmar acordos de leniência⁹⁴³ sob fundamento de os ilícitos da LAC

⁹³⁹ Este fenômeno é disseminado nos Estados latino-americanos, que, em tema de transparência, prestação de contas e luta contra a corrupção, experimentam “*mucha competencia entre las organizaciones que trabajan en este campo; competencia por recursos y por cobertura (figuración pública). El desafío es encontrar la forma de cooperar en lugar de competir*”. UNIVERSIDAD DE CHILE. **Transparencia, Rendición de Cuentas y Lucha Contra la Corrupción en América**. Santiago: Informe de la reunión regional que tuvo lugar en Santiago de Chile entre el 3 y el 5 de diciembre de 2004, p. 35. Disponível em: <https://libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/393/submission/proof/files/assets/basic-html/index.html#5>. Acesso em: 28/08/2022.

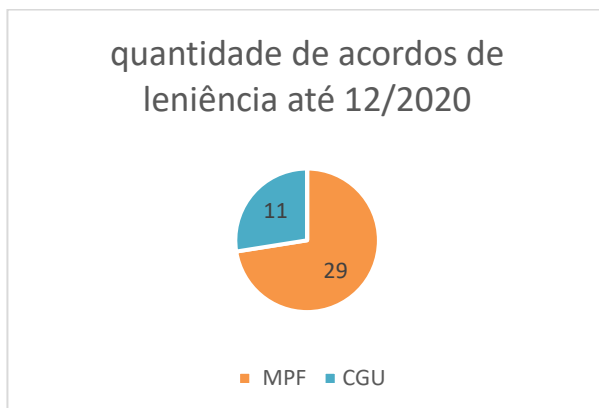
⁹⁴⁰ LEITE, Flávia Piva; LOPES, Cintia Barudi; MENDONÇA, Camila Pereira. **A LEGITIMIDADE PARA FIRMAR ACORDOS DE LENIÊNCIA**. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjc5e638ZDrAhUVJrkGHfBwD_qQFjABegQIBhAB&url=http%3A%2F%2Frevista.unicuritiba.edu.br%2Findex.php%2FRIMA%2Farticle%2Fview%2F3908%2F371372239&usq=AOvVaw0ZrFMkfcG0fATpyHVk1QL. Acesso em: 10/08/2020.

⁹⁴¹ Teve sua vigência expirada, por sua não conversão em Lei: Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 27/2016.

⁹⁴² PIMENTA, Raquel de Mattos. **A CONSTRUÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO**. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda, 2020, p. 118.

⁹⁴³ Inclusive, Aras distingue o acordo de leniência, de atribuição da CGU e firmado em âmbito administrativo, daquele que denomina de “acordo cível de leniência”, firmado na ação por improbidade ou em inquérito civil prévio, cuja atribuição decorreria da legitimação do *parquet* para propor a ação por ato lesivo e por improbidade e que seria baseado na conjugação da Lei 12.846/2013 com a Lei 8.429/92, na versão alterada pela Lei 14.230/2021 (ARAS, Vladimir. **Os acordos cíveis da lei de improbidade administrativa**. In: *Justiça Consensual: Acordos penais, cíveis e administrativos*.

repercutirem na proteção do patrimônio público, da probidade e em diversos tipos penais, todos temas de sua atribuição, pelo que não poderia restar alijado da prerrogativa de intervir na seara anticorrupção^{944,945}.



Note-se que embora a legitimidade para o acordo de leniência tenha sido expressamente atribuída à CGU pela LAC, é o MPF o protagonista dos acordos de leniência, pois é o órgão ministerial que tem dado início aos acordos mais vultuosos e, também, quem celebra a maior quantidade de avenças.

O MPF também invoca as Convenções de Palermo (art. 26), internalizada pelo Decreto 5.015/2004; e de Mérida (art. 37), Decreto 5.687/2006, que incentivam os Estados signatários a colher informações com pessoas que participaram dos ilícitos investigados, para dar supedâneo dos acordos firmados.

Em sentido semelhante, MARRARA defende que, tendo o MP legitimação supletiva para pleitear judicialmente, na inércia do ente lesado, a imposição de sanções da responsabilidade administrativa (art. 20 da LAC); acaba recebendo “de maneira automática a transferência de competência para a celebração da leniência”⁹⁴⁶.

O Ministério Público sustenta, ainda, que são vantajosos acordos transversais, que contemplem “adequadamente os interesses dos celebrantes e, especialmente, os

Coordenadores Daniel Resende Salgado, Luis Felipe Schneider Kirscher e Ronaldo Pinheiro Queiros. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

⁹⁴⁴ O Estudo Técnico 1/2017 (MPF, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão) faz exame detalhado deste tema.

⁹⁴⁵ RIBEIRO, Julia Lavigne. **O ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO E A DESCOORDENAÇÃO INSTITUCIONAL**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2019, p. 71. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28880>. Acesso em: 29/08/2020.

⁹⁴⁶ MARRARA, Thiago. **Comentários ao art. 16**. In *Lei Anticorrupção Comentada*. Organizadores Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Thiago Marrara. Belo Horizonte, Fórum: 2017, p. 209.

do ente estatal considerado amplamente e não em razão de cada uma de suas expressões funcionais ou orgânicas”⁹⁴⁷. Neste passo, o acordo de leniência deve englobar obrigações e benefícios que atinjam não só a seara da LAC, se espalhando também sobre a investigação criminal e por improbidade, a incluir não só a empresa leniente, mas, igualmente, pessoas físicas que tenham participação nos atos lesivos⁹⁴⁸.

Ilustra tal compreensão o *termo de acordo de leniência* firmado pela Força-tarefa da Lava Jato em Curitiba com a Braskem S.A., em 14/12/2016. O acordo tinha por objeto fatos referentes à:

contabilização irregular de recursos segundo as normas contábeis e societárias vigentes; a e a geração de valores de forma ilegal; tudo para fins de pagamento de vantagem indevida a Agentes Públicos e/ou Políticos ou a terceira(s) pessoa(s) a eles relacionadas, assim como o efetivo pagamento, ainda que mediante solicitação destes, e obtenção de vantagens indevidas em contratos com a administração e influência indevida na elaboração de atos normativos; tipificadas as condutas nos termos do art. 5º, incisos I, II, III e IV, da Lei 12.846/2013.⁹⁴⁹

Naquele instrumento, foram contempladas condutas praticadas pela empresa leniente e por seus prepostos, dirigentes, administradores, empregados e contratados⁹⁵⁰. A apuração abrangia, e os prêmios se projetavam, sobre atos lesivos

⁹⁴⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Estudo Técnico nº 01/2017**, p. 62. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudotecnico/doc/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em: 09/08/2020.

⁹⁴⁸ Consoante demonstra PIMENTA, a inserção do MPF na seara da leniência decorreu de ação estratégica dos membros da Força Tarefa da Lava Jato, que se valeram da experiência acumulada ainda no caso Banestado e da atuação do órgão nos acordos de leniência celebrados pelo CADE, que contam com a intervenção do MPF, pois contemplam imunidade penal a pessoas físicas envolvidas nas violações às normas de livre concorrência; para oferecer aos colaboradores uma solução mais atrativa do que aquele que decorreria da letra expressa da LAC, pois a pactuação ofertada pelo MPF resolveria, de uma só vez, as pendências das empresas e seus dirigentes nas esferas cível e penal. PIMENTA, Raquel de Mattos. **A CONSTRUÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO**. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda, 2020, p. 93-97.

⁹⁴⁹ Cláusula 5.2 do Acordo de Leniência entre CGU e AGU x Braskem S.A. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/acordo-leniencia/odebrecht>. Acesso em: 10/08/2020.

⁹⁵⁰ Em nota técnica, o MPF sustenta que a “adesão de pessoas físicas ao Acordo de Leniência é instrumento é instrumento indispensável para um Programa de Leniência consistente e eficaz”, e que, “embora não haja previsão legal expressa na Lei nº 12.846/2013, nem mesmo na nova redação da Lei nº 8.429/1992”, está embasado na Orientação 07/2017 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão e não incide em nenhum impedimento legal. Ainda, pontua ser necessário, para plena validade em ações penais, que os acordos com pessoas físicas sejam homologados judicialmente, “com a priorização, nesse caso, do Juiz Criminal da Homologação da colaboração premiada originária”. BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Nota Técnica n. 1/2020**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/05.05.RedafinalNTALcomAdesoelTIMAVERSO.pdf>. Acesso em: 07/12/2020.

previstos na LAC, atos de improbidade administrativa e fatos definidos em lei como crime, como evasão de divisas, lavagem de dinheiro, crimes contra a Administração e contra a Lei de Licitações.

Destaca-se, também, que o acordo previu a assunção de compromissos da colaboradora com a jurisdição de Estados estrangeiros (Suíça e Estados Unidos), além do Brasil, importando em obrigação de pagamento pecuniário na ordem de R\$ 3,313 Bilhões, dos quais 1,5% fora destinado a título de perda de bens, com base na Lei de Lavagem de Dinheiro; e 1% imputado ao pagamento da multa prevista no art. 12 da LIA.

Em troca da colaboração formalizada no acordo de leniência, o MPF se comprometeu a não ajuizar ações criminais ou cíveis sancionatórias, incluindo a ação por improbidade administrativa. Quanto a estas, se obrigou a pleitear a suspensão das ações em curso ou seu prosseguimento com pretensão meramente declaratória.

Em adição, o MPF se obrigou a providenciar o levantamento de restrições cadastrais existentes em órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta e a pleitear o desbloqueio dos bens dos lenientes que se achavam indisponibilizados judicialmente.

Notável, ainda, o fato de que pessoas físicas foram contempladas no acordo de leniência, embora o foco da LAC, que o legitima, sejam apenas as pessoas jurídicas. Esta tendência, de inclusão de pessoas físicas no acordo, é incorporada, inclusive, pela CGU e AGU, nos recentes acordos que têm celebrado, como adiante será explicitado.

Finalmente, o acordo de leniência estabeleceu necessidade de aprovação pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF; e, para os casos em apuração pela 13ª Vara Federal de Curitiba, a necessidade de sua homologação judicial⁹⁵¹.

Do relatado, pode-se indicar os seguintes elementos do acordo de leniência em questão que destoam da disciplina expressa na LAC:

	LAC	Termo de acordo de leniência MPF x Braskem
--	-----	--

⁹⁵¹ Termo de acordo de leniência celebrado entre MPF e Braskem S.A. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/doc_acordos_votos/acordo_braskem_1-00-000-019436-2016-92.pdf. Acesso em: 16/08/2022.

Legitimidade	CGU	MPF
Espectro de proteção	LAC	LIA, LAC e ações penais
Beneficiados	Empresa leniente	Empresa leniente e pessoas físicas
Benefícios	<p>Dispensa da publicação da decisão condenatória</p> <p>Dispensa da proibição de contratar com poder público</p> <p>Redução da multa</p> <p>Dispensa/redução de sanções da Lei de Licitações</p>	<p>Compromisso de não propor ações penais ou de improbidade pelos fatos relatados</p> <p>Suspensão ou mero efeito declaratório nas ACP por improbidade em curso em curso</p> <p>Compromisso de pedir judicialmente desbloqueio de bens</p> <p>Gestão para 'limpeza' cadastral dos lenientes</p> <p>Não proposição de ações complementares para ressarcimento do dano</p>
Homologação	Não	5ª Câmara de coordenação e revisão / 13ª Vara Federal de Curitiba

A criatividade⁹⁵² na aplicação do instituto pelo MPF trouxe problemas concretos. Quando a obrigação de levantar o bloqueio de bens da empresa leniente foi executada, com pedido formulado ao Juízo da 1ª Vara Federal de Curitiba, que havia decretado a constrição, surgiu grande controvérsia. A AGU se insurgiu contra o desbloqueio, sustentando que não havia firmado o acordo e que a liberação violava sua pretensão ressarcitória.

O magistrado competente acolheu o pedido e determinou o levantamento das constrições patrimoniais. Sustentou que não se poderia negar efeito ao acordo entabulado por “por mera dissidência entre órgãos que compõem o Estado em si” e

⁹⁵² Importante a observação de ALVES, no sentido de que “Os acordos de leniência da lei anticorrupção constituem forma de manifestação estatal exercida no âmbito do poder sancionador atribuído à administração pública em face dos ilícitos especificados na referida norma”, de modo que “é razoável que somente os órgãos competentes para impor as sanções da lei tenham competência para dispor desse poder-dever e, portanto, celebrar tais acordos” (ALVES, Francisco Sérgio Maia. Análise da Juridicidade do Controle dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção Empresarial pelo Tribunal de Contas da União. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 17, n. 02. 155-182, abr./jun. 2018, p. 166).

que, tendo o particular transacionado “com o ente, não com os órgãos”, a palavra dada deveria ser honrada⁹⁵³.

O tema foi levado ao TRF da 4ª Região, que reconheceu vício no acordo, ante à não intervenção da CGU, “autoridade competente para firmar o acordo de leniência, no âmbito do Poder Executivo Federal”. Contudo, mesmo reconhecendo o vício, não invalidou a avença firmada, mantendo o bloqueio, até que o acordo fosse “re-ratificado pelo ente competente, com participação dos demais entes [como AGU e TCU], levando-se em conta o ressarcimento ao erário e a multa, sob pena de não ensejar efeitos jurídicos válidos”⁹⁵⁴.

A isto se seguiu a celebração de novo acordo de leniência, desta feita entre CGU e AGU de um lado⁹⁵⁵, e a empresa Braskem S.A de outro⁹⁵⁶, tendo por objeto os mesmos fatos contemplados no acordo anterior, celebrado com o MPF (cláusula segunda). No novo termo, a interpretação dada aos limites da leniência também foi além da letra expressa da LAC.

Restou, por exemplo, reconhecida a celebração prévia de acordo entre a empresa e o MPF (cláusula 2.1.3), cuja validade se reconheceu, inclusive considerando-se compensados pagamentos feitos por conta da primeira avença. A exemplo do acordo de leniência original, a CGU e AGU admitiram a intervenção de pessoas físicas (cláusula 1.1.5), para que, junto com a empresa leniente, se

⁹⁵³ Excerto de decisão prolatada pelo Juiz Federal FRIEDMANN ANDERSON WENDPAP, processo nº 5025956-71.2016.4.04.7000, 1ª Vara Federal de Curitiba, 24/03/2017.

⁹⁵⁴ TRF4, AG 5023972-66.2017.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 24/08/2017. O STJ sufragou este entendimento, pontuando que a avença firmada por órgão estatal legalmente competente deve ser honrada, sem prejuízo de a entidade lesada, pela via própria, pleitear a nulidade do acordo (RECURSO ESPECIAL Nº 1.878.937 RELATOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN). Na mesma linha, o TRF4 decidiu que “. Se o acordo de leniência é ajustado com a observância dos requisitos legais (legitimidade inclusive) fixando um valor a título de ressarcimento integral do dano, esse documento será oponível contra todos. E os valores ali fixados presumem-se contemplar a integralidade do dano (seja ele material ou moral) não podendo ser exigido por outro órgão (bis in idem) ou sequer ser rediscutido a título de aferir-se se o valor é integral (segurança jurídica)”. (TRF4, AG 5019323-19.2021.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 18/08/2021).

⁹⁵⁵ O modelo de “acordos espelhados”, em que a CGU/AGU celebram novo pacto, praticamente repetindo os termos do acordo anteriormente celebrado pelo MPF com as mesmas partes, acabou se consolidando. A exceção é o acordo de leniência feito pela CGU/AGU com a UTC, primeira empresa que procurou os órgãos do Executivo federal sem previamente pactuar com o MPF. Quanto aos valores pactuados, embora a AGU anuncie que tenha obtido a recuperação de R\$ 6.6 bilhões, R\$ 3.8 bilhões já estavam contemplados em acordos anteriores celebrados pelo MPF (PIMENTA, Raquel de Mattos. **A CONSTRUÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO**. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda, 2020, p. 131 e 143).

⁹⁵⁶ Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/odebrecht>. Acesso em: 10/08/2020.

beneficiassem de mitigação de responsabilidades, não só no âmbito da LAC, mas inclusive da LIA (cláusula 3.2).

De se destacar, por fim, que referido acordo preservou atribuições “do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, da Comissão de Valores Mobiliários - CVM e do Banco Central do Brasil – BACEN” (cláusula 13.9), bem como ressaltou que “a assinatura do presente Acordo de Leniência não afasta as competências do Tribunal de Contas da União” (cláusula 16.1).

Trata-se de ressalva extremamente importante, pois se vincula a outros temas delicados em sede de soluções negociadas no microsistema anticorrupção: a preservação das competências constitucionais de outros órgãos de controle que não participaram das negociações e os efeitos do acordo em seara distinta daquela em que atua o órgão estatal celebrante.

A tensão permanente entre os acordos firmados por um órgão de Estado sobre as competências de outros repercute na previsão constitucional de independência das instâncias e encontra dificuldades de conciliação intraestatal pela diferença dos bens jurídicos tutelados por diversas esferas de controle⁹⁵⁷.

Isto tem ocorrido com alguma frequência por parte do Tribunal de Contas da União (TCU), que não tem papel atribuído pela LAC nos acordos de leniência, mas tem entendido ser legitimado a sindicat os acordos celebrados por outros órgãos, sob compreensão de que ostenta atribuição para aferir a extensão da lesão praticada contra o erário⁹⁵⁸.

Há sérias indagações quanto à atribuição da Corte de Contas para sindicat acordos de leniência realizados por outros órgãos⁹⁵⁹, bem como a respeito do uso desses acordos em procedimentos em curso naquele Tribunal.

⁹⁵⁷ ALVES, Francisco Sérgio Maia. Repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal sobre as competências do Tribunal de Contas da União. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 71-103, set./dez. 2018, p. 85.

⁹⁵⁸ PIMENTA, Raquel de Mattos. **A CONSTRUÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO**. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda, 2020, p. 149.

⁹⁵⁹ Também se aponta a baixa eficácia do TCU em enfrentar a corrupção, atribuída em grande parte à escolha política de seus Ministros, que pode levar a bloqueio de ações em desacordo com a orientação da área técnica do Tribunal; e ao fato de que muito esforço é consumido analisando a regularidade formal de contas e relatórios financeiros, com pouca ênfase à efetividade dos programas de governo, tarefa na qual a CGU tem se destacado, como exemplifica a Operação “Sanguessuga”, que passou pelo radar do TCU e foi detectada pela CGU em colaboração com a Polícia Federal. PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. **Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement: Potential**

No acordo de leniência firmado pela Andrade Gutierrez com o MPF esta tensão se manifestou com evidência. Na avanço, a empresa confessou e se comprometeu a comprovar sua participação e reparar danos referentes a uma série de ilícitos praticados no escopo investigado pela Lava Jato. O MPF, a seu turno, se obrigou a não ajuizar ações cíveis e penais em relação aos participantes do acordo, inclusive acionistas e prepostos da empresa.

O acordo, homologado pela 13ª Vara Federal de Curitiba, foi questionado pelo TCU, que não lhe reconheceu plenos efeitos, em especial na investigação em curso na Corte de Contas sobre obras na Usina Angra III, colocando a companhia sobre ameaça de sofrer a sanção de declaração de idoneidade para contratar com o poder público⁹⁶⁰ (negociada e afastada no acordo celebrado com o MPF), caso não celebrasse o que se chamou depois de *recall* dos acordos de leniência, ou seja, o aditamento da avença original, para pactuar obrigações que ensejassem o pleno exercício das funções fiscalizatórias do TCU⁹⁶¹.

O imbróglio foi levado ao STF, tendo sido assentado, em caráter liminar, a necessidade de respeito ao quanto pactuado no acordo de leniência original. Segundo a decisão, embora possa o TCU fiscalizar a aplicação de verbas públicas em situações tratadas no acordo de leniência, “sua atuação deve limitar-se ao escopo de buscar integralmente a reparação do dano causado, sem inviabilizar o cumprimento dos citados acordos”⁹⁶².

Lessons for Institutional Design. International Research Initiative on Brazil and Africa, Working paper n. 10-11. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2497936>. Acesso em: 08/05/2021.

⁹⁶⁰ “[...] a Corte de Contas entendeu por propor uma espécie de “suspensão condicional da pena de inidoneidade”, e, em contraprestação, espera-se que a empresa assumira compromisso junto ao Ministério Público Federal no sentido de não obstar o exercício das funções do Tribunal e o desenvolvimento do processo de controle externo, admitindo adotar postura cooperativa, como por exemplo: a) admitir sua participação nas irregularidades e apresentar a documentação fiscal e contábil que lhe seja requerida com a finalidade de estimar, com segurança e fidedignidade, os valores desviados; b) não recorrer, no âmbito do processo de controle externo, das decisões que vierem a ser proferidas e que tenham relação com o empreendimento de Angra 3; c) feitas as apurações, recolher sua quota-parte no débito solidário a partir da decisão que o determinar, respeitada sua capacidade real de pagamento, conforme explicitado alhures”. STF, Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 35.435/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 13.04.2018.

⁹⁶¹ RIBEIRO, Julia Lavigne. **O ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO E A DESCOORDENAÇÃO INSTITUCIONAL**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2019, p. 55. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28880>. Acesso em: 29/08/2020.

⁹⁶² STF, Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 35.435/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 13.04.2018. Além desse, também pendem de julgamento final os Mandados de Segurança MS 36496/DF, MS 36526/DF, MS 36173/DF, todos de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que tratam da possibilidade de imposição de penas pelo TCU em face de empresas que firmaram acordos de leniência com MPF, CGU e AGU.

Ao julgar o mérito da controvérsia, o STF deu nortes mais seguros quanto aos limites do TCU. A Corte enalteceu a importância do acordo de leniência e asseverou a necessidade de interpretação que harmonize o instituto com os diversos mecanismos de atuação interagências previstos no ordenamento nacional.

Sobre a atuação da Corte de Contas, frisou que “a possibilidade de o TCU impor sanção de inidoneidade pelos mesmos fatos que deram ensejo à celebração de acordo de leniência com a CGU/AGU não é compatível com o princípio constitucional da segurança jurídica”. Além disso, a atuação descoordenada do TCU na órbita coberta pela leniência poderia esvaziar “a força normativa do art. 17 da Lei 12.846/2013”⁹⁶³.

⁹⁶³ “DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). TOMADAS DE CONTAS ESPECIAIS. INVESTIGAÇÕES RELACIONADAS A FRAUDES NA CONSTRUÇÃO DA USINA TERMONUCLEAR DE ANGRA III. IMPETRANTES SIGNATÁRIAS DE ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI 12.846/2013 CELEBRADOS COM A CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU), COM A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU) OU COM O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). MÚLTIPLAS ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. NECESSIDADE DE COORDENAÇÃO INSTITUCIONAL ENTRE AS ENTIDADES E HARMONIZAÇÃO DAS SANÇÕES PREMIAIS. SOBREPOSIÇÃO DOS ILÍCITOS ADMITIDOS PELAS COLABORADORAS PERANTE A CGU/AGU OU MPF COM OS RESPECTIVOS OBJETOS DE APURAÇÃO PELO TCU EM SEDE DE CONTROLE EXTERNO. INEFICÁCIA DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA. IMPOSIÇÃO E AMEAÇA DE SANÇÃO DE INIDONEIDADE PREVISTA NO ART. 46 DA LEI 8.443/1992. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA. DESPROPORCIONALIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O ordenamento jurídico pátrio assistiu a um espraiamento da figura dos acordos de Leniência Administrativa, em paralelo ao uso de institutos análogos na seara criminal. Esse movimento foi influenciado pelo esforço internacional de convergência na adoção de políticas judiciais e legislativas de combate à corrupção. 2. A coexistência de múltiplos regimes de leniência requer um esforço normativo de alinhamento dos incentivos premiais dos sistemas e de criação de mecanismos de cooperação entre as agências responsáveis pelo enforcement das legislações. Dentre os importantes fatores de incongruência dos regimes que podem comprometer os incentivos dos agentes econômicos em colaborar com as autoridades públicas no desvendamento de ilícitos ressaltam-se: (i) a ausência ou a imprecisão de previsões legais sobre a extensão dos benefícios da leniência à esfera penal e (ii) a pluralidade de metodologias de cálculo da reparação dos danos. 3. A partir de uma interpretação sistemática da Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, é possível compreender que o diploma instituiu verdadeiro regime duplo de responsabilização das pessoas jurídicas. Dentro desse regime duplo, a prática dos chamados atos lesivos à Administração Pública definidos no art. 5º da lei pode tanto ensejar (i) responsabilidade administrativa, que é regulamentada nos Capítulos III e IV do diploma, quanto (ii) responsabilidade judicial, que é regulamentada no Capítulo VI da lei. 4. Quando a celebração do Acordo de Leniência Anticorrupção envolver simultaneamente a CGU e a AGU, o alcance dos benefícios opera tanto sobre o regime de responsabilização administrativa, que é guardado pela CGU, quanto sobre o regime de responsabilização judicial, que é guardado pela AGU, na esfera federal. 3. As impetrantes celebraram acordos de leniência com a CGU/AGU e com o MPF que continham previsões expressas no sentido de afastar as sanções administrativas da Lei Anticorrupção, as sanções previstas nos incisos I a IV do artigo 87 da Lei 8.666/1993 e ainda os efeitos e as penalidades previstas na Lei 8.429/1992. Além disso, os acordos previam a obrigação de reparação integral do dano. 4. Diante da sobreposição fática entre os ilícitos admitidos pelas colaboradoras perante a CGU/AGU e o objeto de apuração do controle externo, a possibilidade de o TCU impor sanção de inidoneidade pelos mesmos fatos que deram ensejo à celebração de acordo de leniência com a CGU/AGU não é compatível com o princípio constitucional da segurança jurídica e com a noção de

O TCU tem sustentado sua atribuição para controlar acordos de leniência já celebrados por outros órgãos na Instrução Normativa 74/2015⁹⁶⁴, sucedida pela Instrução Normativa 83/2018. Pelo normativo, a autoridade que celebrar acordo de leniência deve informar ao TCU quando de sua assinatura, remeter peças requisitadas pela Corte de Contas, se sujeitar ao controle externo do TCU em relação ao que pactuado e poderá ser responsabilizada se estipular cláusulas que limitem ou dificultem a ação fiscalizatória do TCU.

Esta iniciativa do TCU tem defensores, que enxergam vantagens no fato de ser a Corte competente para declarar inidoneidade de empresas, quantificar o dano e promover a responsabilidade civil dos seus causadores⁹⁶⁵.

Contudo, “o Tribunal de Contas da União não é competente para fiscalizar a legalidade e a economicidade da celebração dos acordos de leniência”, uma vez que o acordo “não constitui ato jurídico praticado no bojo da administração de recursos públicos”⁹⁶⁶.

As pretensas consequências apontadas como vantajosas pela intervenção do TCU no acordo já são obtidas com a atuação dos intervenientes legitimados legalmente. Além disso, caso algum agente público maneje o acordo indevidamente,

proporcionalidade da pena. 5. Apesar de a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) não precluir a incidência da Lei 8.443/1992, nos casos concretos a imposição de inidoneidade pelo TCU poderia resultar em ineficácia das cláusulas dos acordos de leniência que preveem a isenção ou a atenuação das sanções administrativas estabelecidas nos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993, por consequência, esvaziando a força normativa do art. 17 da Lei 12.846/2013. 6. A Lei 8.433/1992 prevê outros meios menos gravosos para que o TCU possa garantir a reparação integral do dano ao erário, tais como a decretação de indisponibilidade de bens (art. 44, § 2º) e a aplicação de multa (arts. 57 e 58). Essas medidas sancionatórias devem ser manejadas pela Corte de Contas considerando a sua proporcionalidade e os impactos sobre os acordos pactuados com a Administração Pública. 7. Segurança concedida para afastar a possibilidade de o TCU declarar a inidoneidade das impetrantes pelos fatos abarcados por acordo de leniência firmado com a AGU/CGU ou com o MPF”. STF, MS 35435, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-131 DIVULG 01-07-2021 PUBLIC 02-07-2021.

⁹⁶⁴ Impugnada via ADI 5294, que perdeu o objeto em função da revogação da Portaria.

⁹⁶⁵ SIMÃO, Valdir Moisés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência da lei anticorrupção**. São Paulo: Trevisan, 2017, p. 183.

⁹⁶⁶ ALVES, Francisco Sérgio Maia. Análise da Juridicidade do Controle dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção Empresarial pelo Tribunal de Contas da União. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 17, n. 02. 155-182, abr./jun. 2018, p. 170. ALVES ainda complementa: “considerando que o acordo de leniência não envolve a utilização, arrecadação, gerência ou administração de dinheiros, bens e valores públicos, entende-se que ele não gera o dever de prestar contas, nem está sujeito à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas da União [...] Sem o pudor de ser repetitivo, o TCU não é uma instância de supracontrole, que fiscaliza a legalidade e a legitimidade dos atos da administração praticados no âmbito da função de controle [...] Ademais, o TCU não controla a legalidade do processo administrativo de aplicação da sanção, ou seja os diversos atos praticados no âmbito da competência sancionatória atribuída à administração pública”. (p. 171).

com prejuízo ao erário, a atuação posterior do TCU estaria justificada pelo art. 71 da Constituição Federal, assim como dos demais órgãos de controle, sem haver necessidade de submissão prévia da avença à Corte de Contas. A normativa do TCU, como posta, torna-se redundante e pode representar insegurança jurídica e desestímulo à celebração de acordos de colaboração, com potencial prejuízo ao combate à corrupção.

Por outro lado, ainda que o TCU seja, de certo modo, refratário em reconhecer a produção de efeitos do acordo de leniência na sua esfera de atribuições, pois teria a Corte de Contas responsabilidades constitucionais de controle e sanção que não podem ser afastadas por outros órgãos⁹⁶⁷; percebe-se movimento mais recente em sentido que se harmoniza com a atuação coordenada junto a outros órgãos estatais.

Nesta linha, o Tribunal de Contas vem se valendo de acordos de leniência firmados perante a CGU/AGU, usando das provas apresentadas pelo leniente para atenuar ou isentar a pena de declaração de inidoneidade a que se sujeitam empresas que respondem a processo na Corte de Contas⁹⁶⁸. Trata-se de solução que vem sendo construída com base em interpretação analógica da Lei Anticorrupção, da Lei 8.666/93 (então em vigor), da Lei do CADE (12.529/2011) e da Lei 12.850/2013 (colaboração premiada).

O TCU, contudo, ressalva que “não está havendo subordinação do Tribunal de Contas da União aos acordos de leniência celebrados em outras instâncias”, mas que é “momento de conferir maior pragmatismo ao exercício do Poder Sancionador desta Corte de Contas”. Ainda, pontua que “os órgãos legitimados a celebrar acordos de leniência e de colaboração premiada somente podem oferecer como contrapartida a

⁹⁶⁷ “O Ministério Público não pode oferecer como contrapartida ao particular, em acordo de leniência ou colaboração premiada, a mitigação ou perdão das sanções a cargo do TCU, até porque ele não tem competência para agir perante a jurisdição de contas”. ALVES, Francisco Sérgio Maia. Repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal sobre as competências do Tribunal de Contas da União. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 71-103, set./dez. 2018, p. 87.

⁹⁶⁸ No entanto, as empresas que não se propõe a colaborar com o TCU têm sofrido pressões intensas. Como frisa PIMENTA, “No caso Angra 3, a atuação do TCU ultrapassa o papel de controle externo. Por meio da suspensão da declaração de inidoneidade, ele pretende levar as pessoas jurídicas a renegociarem, em parte, os termos de seus acordos de leniência”. PIMENTA, Raquel de Mattos. **A CONSTRUÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO**. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda, 2020, p. 161-162.

redução ou mitigação das sanções de sua respectiva competência, não podendo, portanto, dispor sobre o poder sancionatório do TCU”⁹⁶⁹.

Trata-se de importante evolução, pois torna mais abrangente, atrativo e seguro o escopo dos acordos celebrados por entes estatais. Contudo, é importante observar que, a fim de que gozem de eficácia na Corte de Contas, os acordos celebrados devem contemplar também fatos sob o crivo do TCU e apresentar cooperação eficaz em relação aos procedimentos a seu cargo⁹⁷⁰.

Esta postura, alinhada à decisão do STF acima citada, pode contribuir para um cenário de maior harmonia e segurança na seara da leniência.

Também contribui para este cenário decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp 1878937, no qual a Corte fez prevalecer a força da avença em face de interessado que não havia dela participado.

Na ocasião, a Petrobrás impugnava a liberação de medida cautelar de indisponibilidade, decretada em desfavor da Odebrecht S/A., liberação esta decorrente dos termos de acordo de leniência que a construtora firmara com o MPF. Como asseverou o Ministro HERMAN BENJAMIN, acolhendo o parecer ministerial, caso a estatal não tenha interesse em aderir aos termos do acordo, compete-lhe

⁹⁶⁹ Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO Nº 1689/2020, Plenário. Sessão de 01/07/2020. Do referido acórdão consta, ainda, breve histórico do aproveitamento de acordos de leniência pela TCU: “[...] 60. Por meio do Acórdão 1.214/2018-Plenário, instaurado para apurar a participação da sociedade empresária SOG - Óleo e Gás S.A. em fraudes ocorridas nas licitações referentes aos contratos da Rnest, não se aplicou sanção à empresa com fulcro na ideia de coerência e unidade do Estado e em razão da utilidade e da eficácia das informações e provas trazidas por ela à jurisdição de contas.

61. Mediante o Acórdão 2.446/2018-Plenário, instaurado para apurar a participação da sociedade empresária Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. em fraudes ocorridas nas licitações referentes aos contratos da Rnest, sobrestou-se a apreciação da conduta da empresa pelo fato de que o TCU pode deixar de exercer seu poder sancionatório, “em troca de todos os benefícios processuais que podem advir do uso dos elementos de prova juntados nos acordos de colaboração, em sua própria instância [Controle Externo]”.

62. Por fim, no Acórdão 1.527/2019-Plenário, foi conferida redução de 2/3 da pena que seria aplicada à UTC Engenharia S.A. Nesse julgado, que também tratou das mesmas fraudes às licitações da Rnest, não foi conferida a isenção completa da sanção de inidoneidade à mencionada empreiteira, pois o seu acordo de leniência não foi útil para a instrução de processo no âmbito do TCU, bem como não foram apresentados novos elementos probatórios ou quaisquer elementos que alavancassem as investigações em direção a outros responsáveis.

63. Ou seja, nos Acórdãos Plenários 1.214/2018 e 2.446/2018 adotou-se o entendimento no sentido de que seria requisito para a isenção total da pena a existência de contribuição dos resultados dos acordos de colaboração perante os processos de controle externo, ao passo que no Acórdão 1.527/2019-Plenário, a postura pós-ilícito adotada pela empresa ensejou a redução expressiva da sanção que lhe seria aplicada”.

⁹⁷⁰ ALVES, Francisco Sérgio Maia. Repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal sobre as competências do Tribunal de Contas da União. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 71-103, set./dez. 2018, p. 101.

“unicamente o caminho da impugnação judicial do acordo não assinado por ela no pressuposto de que tal compromisso não seria suficiente para o ressarcimento integral dos danos causados ao ente público”⁹⁷¹.

A solução empregada harmoniza os interesses em jogo. Preserva a higidez do acordo, o que assegura segurança jurídica, sem fechar a via judicial para eventual irresignação do não interveniente. Por esta razão, pode ser uma importante sinalização para o futuro dos acordos anticorrupção.

Nesta linha, de se frisar que, conquanto as soluções negociadas ora tratadas sejam fonte economicamente eficiente de resolução de casos de corrupção, pois reduzem tempo de investigação e permitem acesso a dados que, de outro modo, dificilmente chegariam ao conhecimento das autoridades; a força dissuasória de novos atos de corrupção depende do estabelecimento de parâmetros claros e seguros de negociação e punição adequada aos infratores⁹⁷².

Em um sistema bifurcado, como o brasileiro, em que há opções de acordos distintos, perante autoridades distintas, cada qual com efeitos próprios, é necessário que exista um mínimo de coordenação interinstitucional. Do contrário, se cria cenário de incerteza e insegurança, que desestimula a colaboração do infrator com o Estado⁹⁷³.

Os planos de colaboração previstos na legislação nacional carecem de *standarts* mais objetivos⁹⁷⁴. Uma regulamentação mais específica do que é passível

⁹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1878937 / PR, 2ª Turma, Relator MINISTRO HERMAN BENJAMIN, 12/04/2021.

⁹⁷² “*Non-trial resolutions or settlements offer an economic way to hold companies accountable for wrongdoing and resolve foreign bribery cases*”. *Such resolutions can help incentivise self-reporting, boost enforcement of foreign bribery laws and improve corporate compliance. However, they may not act as a significant deterrent to foreign bribery if low standards apply*”. INTERNATIONAL TRANSPARENCY. **Exporting Corruption**. Progress Report 2020: Assessing Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention, p.29. Lead author: Gillian Dell. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Acesso em 10/11/2020.

⁹⁷³ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Good practices for incentivising leniency applications**. Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/05/CWG-Good-practices-for-incentivising-lenieny.pdf>. Acesso em: 17/09.2021.

⁹⁷⁴ “*Countries should ensure that non-trial resolutions meet standards of transparency, accountability and due process, with clear guidelines and judicial review. Nontrial resolutions should provide effective, proportionate and dissuasive sanctions and those who paid and received the bribes should be named in the published documents*”. TRANSPARENCY. **Exporting Corruption**. Progress Report 2020: Assessing Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention, p. 8. Lead author: Gillian Dell. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Acesso em 10/11/2020.

de negociação pelas autoridades anticorrupção, incluindo o que pode ser oferecido e o que deve ser exigido dos investigados, é essencial.

Na mesma linha, a possibilidade de incluir pessoas físicas⁹⁷⁵ e a extensão dos efeitos do acordo para a seara penal⁹⁷⁶ demandam melhor disciplina, não se podendo desconsiderar sua atratividade para os lenientes, fator que poderia impulsionar os acordos de leniência⁹⁷⁷.

O papel das agências anticorrupção também precisa ser distribuído de modo mais eficiente. Atualmente, há grande sobreposição de funções, que leva a desperdício de recursos e de tempo em atividades redundantes. Há necessidade de concentrar o papel de negociar em nome do Estado em um número pequeno e bem delimitado de agências⁹⁷⁸. MPF e CGU parecem ser os mais indicados para os acordos da LAC ⁹⁷⁹, o primeiro pela amplitude de suas missões constitucionais, a

⁹⁷⁵ Como lembra MARRARA, a LAC denota algumas falhas que comprometem a plena eficácia dos acordos de leniência, como a ausência de referências à leniência de pessoas físicas, a falta de previsão de um montante mínimo de redução da multa administrativa por conta da cooperação do colaborador e a não disciplina da cooperação interinstitucional entre as agências anticorrupção. MARRARA, Thiago. **Comentários ao art. 16. In Lei Anticorrupção Comentada.** Organizadores Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Thiago Marrara. Belo Horizonte, Fórum: 2017, 112.

⁹⁷⁶ “*Indeed, leniency policies that are not aligned with possible parallel criminal procedures might lack effectiveness*”. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. **Criminalisation of cartels and bid rigging conspiracies: a focus on custodial sentences.** Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2020)1/en/pdf). Acesso em: 17/09/2021, p. 30.

⁹⁷⁷ Como lembra MARRARA, “o modelo de leniência desenhado pela LDC/2011 foi bastante aprimorado e, assim, tornou-se bem mais atrativo. Em grande parte, o maior sucesso do atual programa de cooperação com o acusado se deveu a algumas modificações promovidas na legislação, sobretudo: (i) a extensão dos benefícios da leniência à esfera penal de modo amplo; (ii) a exclusão da vedação de celebração de acordos de leniência com líderes de práticas concertadas e (iii) a criação da regra de impedimento de nova leniência no prazo de três anos para o infrator confesso que descumprir as obrigações de colaboração instrutória assumidas perante o CADE. Essas inovações se somaram a outras características típicas do programa de leniência do direito concorrencial que, desde o início, reforçaram sua atratividade. Refiro-me aqui especificamente: (i) à previsão de leniência única para pessoas jurídicas; (ii) à diferenciação dos benefícios de acordo com o momento da leniência e (iii) à concessão de benefícios penais às pessoas físicas”. MARRARA, Thiago. ACORDOS NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA. **RDC**, v. 8, n. 2. Dez./2020, p. 90.

⁹⁷⁸ WINTERS, Michelle A. Too Many Cooks in the Kitchen: Battling Corporate Corruption in Brazil and the Problems with a Decentralized Enforcement Model. **Richmond Journal of Global Law & Business**, v. 13, Issue 4, Article 6, 2015.

⁹⁷⁹ Para dimensionar a complexidade do problema, note-se que essa medida diminuiria a tensão na seara de combate à corrupção, mas ainda restariam arestas com a área concorrencial. Como destacam SAMPAIO e CANETTI, um pretense cartel que atue em licitações pode ser enquadrado nas penas da Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011), da LAC, da Lei 8.666/93 e da Lei 8.137/90; e a empresa potencialmente leniente teria sérias dúvidas sobre qual autoridade buscar para negociar e as implicações que suas declarações sigilosas gerariam perante as autoridades com quem não negociasse. As autoras também concluem pela necessidade de aperfeiçoamento no sistema de negociação com o Estado, sugerindo o estabelecimento de um acordo único para todas as infrações, o chamado ‘balcão único’ ou uma comissão que envolvesse todas as autoridades potencialmente competentes (SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; CANETTI, Rafaela Coutinho. CONFLITOS NOS PROGRAMAS DE ACORDOS DE LENIÊNCIA BRASILEIROS NOS CASOS DE FRAUDES EM LICITAÇÃO. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 17, n. 04. p. 273-292, out./dez. 2018).

segunda em decorrência da intensa participação no processo legislativo de elaboração da LAC e da expertise desenvolvida nos primeiros anos de sua aplicação⁹⁸⁰. Já para o ANPC, a distribuição decorrente do texto expresso da LIA, com a interpretação dada pelo STF nas ADIs 7.042 e 7.043, concentrando as funções no MP e no ente lesado, soluciona bem a questão.

Outros órgãos podem e devem ser ouvidos, mas reportando suas demandas a um canal único, sem que tenham, contudo, poderes para inviabilizar os acordos. Com isto, haverá ganho de eficiência para o Estado e maior segurança jurídica para os potenciais colaboradores, com o que pode se antever incremento no número de colaborações e aumento na capacidade de enfrentamento da corrupção.

A proteção de quem colabora com o Estado é essencial para preservar direitos fundamentais e a credibilidade dos institutos de colaboração. Deve-se ter, neste campo, muito cuidado com a imposição de gravames ao colaborador, além daqueles acertados no instrumento negocial. Esse é um risco premente quando há compartilhamento de provas entre órgãos de controle.

Com efeito, o compartilhamento é devido e não pode ser obstado. O objetivo dos acordos é justamente permitir a responsabilização do maior número de envolvidos, ao menor custo de recursos e tempo. A transparência é a regra. Entretanto, o órgão que recebe a informação de acordo que não participou deve se

⁹⁸⁰ Na mesma esteira, NASSER sustenta que “no caso do MP, a Constituição Federal lhe dá competência institucional ampla para ‘a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’ (art. 127). Além da competência ampla que lhe atribui a Constituição Federal, é importante notar que o MP é o titular da ação penal nos casos de corrupção e um dos legitimados à propositura da ação de improbidade administrativa. Por esta razão, o órgão também reúne as melhores condições de coordenar a integração das sanções, permitindo que se crie uma verdadeira política pública de combate à corrupção. Não é por outro motivo que, no bem sucedido exemplo de defesa da concorrência, o acordo de leniência é firmado entre MPF e CADE. Tendo por base as considerações acima, pode-se afirmar com segurança que, em caso de conflito entre uma política sancionatória aplicada por CGU e MPF, conjuntamente, e decisões do TCU e da AGU, deve prevalecer o fortalecimento institucional da política sancionatória implementada pelos primeiros, em detrimento da busca pela recomposição do erário público, unicamente. Ganha força a deferência às competências de CGU e MPF, pois, além de implementar uma política sancionadora integrada, tais órgãos viabilizam acordos que têm o condão de salvar empresas e preservar todo um mercado, se, sopesadas as questões envolvidas, for concluído que o acordo é a opção que melhor atende ao interesse público”. NASSER, Maria Virginia N. do A. Mesquita. **Lava a jato**: o interesse público entre punitivismo e desgovernança. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 103/104.

comprometer a não usar as provas em detrimento do colaborador, para além dos limites fixados na colaboração, seja de que espécie for⁹⁸¹.

Como lembram LIMA e BEZNOS, os indícios fornecidos por quem produz prova contra si mesmo “não podem ser tratados como um simples compartilhamento de provas a ser feito de forma processual corriqueira”, pois há um distintivo essencial: os “elementos não foram obtidos pelo Estado-acusação, por seus próprios meios, por meio de instrução processual comum, mas sim com a ativa colaboração do delator”⁹⁸².

Por tudo isto, é vital que os acordos sejam negociados de modo transversal, com o envolvimento de todos os entes de controle implicados, para que haja maior segurança jurídica, eficiência estatal e atratividade para os colaboradores⁹⁸³.

Aliada a isto, a transparência dos acordos, permitindo sua plena sindicabilidade pela sociedade, é fundamental, pois será o que vai garantir o conhecimento da resposta estatal dada à corrupção, influenciando decisivamente na percepção popular sobre as desvantagens de se entregar a práticas ilícitas⁹⁸⁴.

⁹⁸¹ Este limite foi fixado pelo STF no AG.REG. NA PETIÇÃO 7.065, Relator Min. EDSON FACHIN. Em voto proferido pelo Relator, Min. GILMAR MENDES, no Inq 4420 Agr, a razão da limitação é bem delineada: “O imputado colaborador aceita produzir provas contra si mesmo tendo em vista os termos acordados no pacto negocial com o Estado. Assim, a utilização de tais elementos probatórios, produzidos pelo próprio colaborador, em seu prejuízo, de modo distinto do firmado com a acusação e homologado pelo Judiciário é prática abusiva, que viola o direito a não autoincriminação”.

⁹⁸² LIMA, Guilherme Corona Rodrigues; BEZNOS, Clovis. LIMITES AO COMPARTILHAMENTO DOS ELEMENTOS DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO ENTRE OS ÓRGÃOS DE CONTROLE. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 20, n. 02. p. 83-102, jul./set. 2021, p. 93.

⁹⁸³ BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Nota Técnica CAOPP** – MPSP n. 02/2020, p. 67.

⁹⁸⁴ Neste campo, os *standarts* de publicidade dos acordos de leniência brasileiros são vistos com desconfiança, pois, embora publicados na internet, as publicações não contemplam informações sobre todos os sujeitos investigados e não disponibilizam os anexos do acordo, onde constam os detalhes da corrupção praticada. Sobre o ponto, vale destacar: “*In Brazil, leniency agreements resulting from the Operation Lava Jato investigations are only partially accessible to the public in heavily redacted, anonymized versions providing little information. The annexes where the foreign bribery conduct is detailed remain under seal. This hinders public understanding of the offences committed and impedes independent evaluation of the proportionality and dissuasive effect of sanctions imposed. Enforcement authorities and members of the public in the affected countries are deprived of key information that would help them to follow up on the domestic bribery cases. Some of the leniency agreements, such as the one with Odebrecht, include confidential provisions requiring implicated companies to seek out officials in countries where they bribed to settle pending matters. Such arrangements foster opaque deal-making and deprive the public of the information needed to pressure any reluctant law enforcement officials into fully investigating domestic aspects of the corruption scheme*”. INTERNATIONAL TRANSPARENCY. **Exporting Corruption**. Progress Report 2020: Assessing Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention, p. 16. Lead author: Gillian Dell. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Acesso em 10/11/2020.

Também por isto, a supervisão judicial dos acordos é indispensável⁹⁸⁵, na medida em que permitirá aferir a regularidade da ação dos órgãos de controle. Isto também permitirá que o Judiciário, que tem a última e, na maior parte dos casos a única palavra sobre quem e como deve ser punido, o controle das negociações e, sobretudo, das sanções impostas.

Do lado do colaborador, é de se esperar postura baseada na ética e boa-fé. A palavra dada também deve ser honrada, com a oferta dos esclarecimentos e provas a que se comprometera e com o adimplemento das sanções a que se obrigara. Posturas má intencionadas, em que se pactua obrigação de ressarcir e, mais tarde, com argumentos frágeis e oportunistas, se busca reduzir sensivelmente a obrigação⁹⁸⁶, só fragilizam a via negocial, com prejuízos que deixam sob suspeita pactuações futuras e que são compartilhados pelo Estado e pelos entes privados que poderiam dela se valer para acertar suas pendências de modo mais equilibrado.

3.4.4 COLABORAÇÃO PREMIADA E SUA INTERSECÇÃO COM O MICROSSISTEMA ANTICORRUPÇÃO

Outro ponto polêmico diz com a pactuação de colaborações premiadas, cuja natureza é eminentemente penal, que projetam efeitos na seara cível do microssistema anticorrupção, afetando a responsabilização consagrada na LIA e na LAC.

⁹⁸⁵ “All settlements, including their detailed terms, should be submitted to judicial review and public hearing. o This review should enable a judge to form an opinion on the extent of the violation and on whether the settlement is in the public interest. It should occur prior to concluding the settlement. The terms of the settlements and the judicial review should take into account the views of other affected stakeholders, such as competitors, as well as those of the government or civil society organisations in other affected countries (i.e. where the bribes were paid or sought)”. INTERNATIONAL TRANSPARENCY. **CAN JUSTICE BE ACHIEVED THROUGH SETTLEMENTS?** Policy Brief, 01/2015. Disponível em: https://images.transparencycdn.org/images/2015_PolicyBrief1_Settlements_EN.pdf. Acesso em: 10/11/2020.

⁹⁸⁶ BALTHAZAR, Ricardo. Donos da JBS buscam atalho para rever multa bilionária acertada em 2017. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 13 de dez. 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painelsa/2021/12/donos-da-jbs-buscam-atalho-para-rever-multa-bilionaria-acertada-em-2017.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa. Acesso em: 13/12/2021.

Conquanto seja perfeitamente aceitável o aproveitamento de provas produzidas através de colaboração premiada na ação de improbidade⁹⁸⁷, é problemática a extinção ou limitação desta ação como prêmio pela colaboração do acusado ou réu do procedimento penal.

A colaboração premiada tem sido compreendida como negócio jurídico processual, de natureza contratual⁹⁸⁸ e meio de obtenção de prova⁹⁸⁹, por meio do qual o colaborador, em troca de benefícios em sua situação criminal, coopera com o Estado na investigação de crimes⁹⁹⁰. Sua natureza jurídica mista foi, inclusive, objeto de alteração legislativa no bojo do *pacote anticrime*, que inclui na Lei 12.850/2013 a assertiva de que “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos” (art. 3º-A).

Ao colaborador, a Lei prevê os seguintes benefícios (art. 4º): a. perdão judicial (extinção da punibilidade em face de infração penal - art. 107, IX do Código Penal); b. redução de até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade prevista para o crime praticado⁹⁹¹; c. substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ainda, a denúncia pode deixar de ser oferecida, se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração (art. 4º, § 4º).

Em troca desses benefícios, o colaborador se compromete a: a. identificar dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b. revelar a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa; c. contribuir na prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d. auxiliar na recuperação do produto ou do proveito das

⁹⁸⁷ ARAÚJO, Juliana Padrão Serra de. **Acordo de não persecução civil em improbidade administrativa**: abordando pela *Plea Bargain*, Colaboração Premiada e Acordo de Leniência. Organizadores Gilson Jacobsen, Marcelo Buzaglo Dantas e Orlando Luiz Zanon Junior. Coleção Direito, Anticorrupção e Compliance – Vol. 6. Florianópolis: Habitus, 2021, p.147.

⁹⁸⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BONFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas por improbidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 17, n. 67, p.105-120, jan./mar. 2017, p. 113.

⁹⁸⁹ Lei 12.850/2013, Art. 3º-A. “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)”

⁹⁹⁰ “A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração”. STF, HC 127483, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27.08.2015, Public. 04.02.2016.

⁹⁹¹ Art. 4º, § 5º “Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos”.

infrações penais praticadas pela organização criminosa; e. facilitar a localização de eventual vítima.

Note-se que os benefícios legalmente assegurados ao colaborador são todos de índole penal/processual penal. Não há no elenco legal favor que extrapole aquela órbita e alcance ações cíveis contra o colaborador.

A prática, contudo, tem demonstrado a celebração de acordos que contemplam benefícios extralegais, dentre as quais o não ajuizamento de ação por improbidade, ou seu ajuizamento com pedido meramente declaratório, jungido à certificar que o réu cometera improbidade, mas sem pretensão de impor as penas do art. 12 ao colaborador⁹⁹².

Outras pactuações, até mais extravagantes, têm sido efetivadas, como o ressarcimento parcial do dano, a possibilidade de o acusado manter a posse e uso de veículos ou imóveis provenientes da atividade criminosa⁹⁹³ e a renúncia de processar familiares do colaborador.

Tal prática tem recebido fortes críticas doutrinárias, no sentido de que é “terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal”⁹⁹⁴. Igual norte segue a doutrina de CORDEIRO, que expressa veemente rejeição à prática de pactuar benefícios não autorizados em lei⁹⁹⁵; e o magistério de VASCONSELOS, que afirma que “a lei precisa determinar os possíveis prêmios e os critérios para sua determinação, reduzindo os espaços de discricionariedade e insegurança na realização dos pactos”⁹⁹⁶.

⁹⁹² “Nesse sentido, o acordo de Pedro José Barusco Filho prevê cláusula nos seguintes termos: item III – Proposta do Ministério Público – Cláusula 5ª - §6º - fl. 5: ‘O MPF pleiteará nas ações cíveis de improbidade administrativa que porventura forem ajuizadas contra o COLABORADOR ou suas empresas em decorrência dos fatos revelados no presente acordo, que não lhes sejam aplicadas as sanções dela decorrentes, no caso da Lei 8.429/92, aquelas previstas no art. 12, ressalvada a validade da presente cláusula à prévia homologação pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF’.” BERTOLAZO, Ivana Nobre; BORRI, Luiz Antonio; SANTIAGO, Thais de Oliveira. LIMITES DOS PRÊMIOS NA COLABORAÇÃO PREMIADA: A (IM)POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 154/2019, Abr./2019.

⁹⁹³ CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controle**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 98.

⁹⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a Operação Lava Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, set./ out. 2016, p. 24.

⁹⁹⁵ CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controle**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, Cap. 3.1.1.

⁹⁹⁶ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 238.

Esta visão também foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça, que na ocasião expressou ser refratário ao estabelecimento de vantagens sem lastro na Lei 12.850/2013:

Hipótese diversa, em que a celebração do acordo de colaboração premiada houve de ensejar a concessão da liberdade provisória a acusado que se encontrava preso, fundada numa inequívoca expectativa de que dar-se-ia escorreito o cumprimento do acordado. V - No âmbito do acordo de colaboração premiada, conforme delineado pela legislação brasileira, não é lícita a inclusão de cláusulas concernentes às medidas cautelares de cunho pessoal, e, portanto, não é a partir dos termos do acordo que se cogitará da concessão ou não de liberdade provisória ao acusado que, ao celebrá-lo, encontre-se preso preventivamente. Segundo a dicção do art. 4º, da Lei 12850/2013, a extensão do acordo de colaboração limita-se a aspectos relacionados com a imposição de pena futura, isto é, alude-se à matéria situada no campo do direito material, e não do processo.⁹⁹⁷

O STJ já entendeu, também, que os efeitos da colaboração premiada devem ficar circunscritos ao âmbito penal, de modo que a negociação não poderia interferir em ação por improbidade administrativa⁹⁹⁸.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal tem seguido outro caminho, sufragando a pactuação de benefícios outros, não previstos na Lei 12.850/2013. Já se reconheceu, neste campo, a possibilidade de que o colaborador siga fruindo de bens adquiridos com os produtos da infração, sob a compreensão de que os benefícios prometidos devem ser honrados.⁹⁹⁹

⁹⁹⁷ STJ, RHC 76.026/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 11/10/2016.

⁹⁹⁸ STJ, REsp 1464287/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 26/06/2020.

⁹⁹⁹ “[...] Disposição, no acordo de colaboração, sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Admissibilidade. Interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedente. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada. [...] 8. A personalidade do colaborador não constitui requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim vetor a ser considerado no estabelecimento de suas cláusulas, notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). 9. A confiança no agente colaborador não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração. 10. Havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para “mitigação da pena” (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador. 11. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador. 12. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada”. STF, HC 127483, Relator(a):

Com efeito, muitos casos denotam que acordos de colaboração premiada acabam por refletir também na esfera cível, especialmente no que diz com a renúncia por parte do MPF da pretensão de ajuizar ação por improbidade administrativa. Este tema segue na agenda do STF¹⁰⁰⁰, de onde se aguarda uma diretriz mais segura para reger as intersecções entre colaboração premiada e seus reflexos nos demais ramos microssistema anticorrupção.

Ressalta-se, no entanto, que a concessão de benesses por autoridades incumbidas de poderes de investigação só se legitima quando encontrem amparo em lei expressa, pois a concessão de benefícios aos acusados importa em renunciar a um poder estatal, que não é propriedade do MP nem da polícia¹⁰⁰¹, regido, portanto, pelo princípio da legalidade estrita.

Além disso, no que diz com a validade do acordo, é crucial definir qual é a autoridade competente para representar o Estado na negociação. Muito embora a Lei 12.850/2013, desde sua redação original (art. 4º, § 6º), já autorizasse a celebração do acordo pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, disposição mantida mesmo depois das alterações¹⁰⁰² promovidas pelo pacote anticrime, o tema sempre foi controverso.

São fortes as vozes que reputam “absolutamente inconstitucional a instituição de capacidade postulatória e de legitimação ativa do delegado de polícia para encerrar

DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016.

¹⁰⁰⁰ “CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE E VALIDADE EM ÂMBITO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, §1º) . 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC. Tema: 1043 - A utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade”. STF, ARE 1175650 RG, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Julgamento: 25/04/2019, Publicação: 07/05/2019.

¹⁰⁰¹ BITTAR, Walter Barbosa. O modelo de investigação mista: a improbidade administrativa e os limites ao prêmio da delação premiada. **Empório do Direito**, edição online, 24/02/2016. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/o-modelo-de-investigacao-mista-a-improbidade-administrativa-e-os-limites-ao-premio-da-delacao-premiada>. Acesso em: 04/05/2020.

¹⁰⁰² LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 824-825.

qualquer modalidade de persecução penal”¹⁰⁰³, pois seria subtraído do titular da ação penal o controle sobre os rumos desta.

Esta compreensão, contudo, não foi acolhida pelo STF. Ao contrário, na ADI 5508, ficou definido que a autoridade policial pode propor o acordo de colaboração premiada na fase do inquérito policial, embora com necessidade de manifestação prévia do MP antes da homologação judicial, que não fica vinculada à eventual discordância do *parquet*¹⁰⁰⁴.

Mesmo assim, não se tem o assunto por pacificado, haja vista que o pacote anticrime, ao tratar a colaboração premiada como negócio jurídico processual, teria evidenciado que apenas os sujeitos processuais poderiam celebrá-lo, o que exclui o delegado de polícia. Tal rediscussão já foi iniciada¹⁰⁰⁵ e, enquanto não definida, continuará prejudicando a racionalidade e harmonia intraestatal no enfrentamento a corrupção, o que será mais detalhado no tópico seguinte.

Há de se esperar, contudo, que a solução adotada preserve a “necessidade de que ambas as instituições – Ministério Público e Polícia Judiciária – possuam um convívio harmonioso, solidário e cooperativo, e não de conflito institucional”¹⁰⁰⁶, para o bem da sociedade.

3.4.5 PROBLEMA COMPLEXO, NECESSIDADE DE AJUSTE

O emprego de soluções negociadas na esfera anticorrupção tem gerado, como visto, situação de complexo manejo, especialmente, pelo(a): 1. uso do acordo de leniência por órgãos não previstos na LAC, sobretudo o MPF; 2. alijamento de órgãos que, não participando, se recusam ou impõe limites a acordos celebrados; 3. incorporação de pessoas físicas no acordo de leniência, fato também não regrado em lei; 4. pactuação de benefícios extralegais e dúvidas quanto às autoridades

¹⁰⁰³ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1046-1047.

¹⁰⁰⁴ STF, ADI 5508 / DF, Tribunal Pleno, Relator Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 20/06/2018, Publicação 05/11/2019.

¹⁰⁰⁵ CALEGARI, Luiza; GOES, Severino. Quem colabora pra quem: Leia os votos de Fachin, Gilmar e Barroso sobre a delação de Sérgio Cabral. **Consultor Jurídico**, 21/05/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-21/leia-votos-fachin-gilmar-barroso-delacao-cabral>. Acesso em: 26/05/2021.

¹⁰⁰⁶ MENDES, Ana Cláudia Lorenzetti; CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade. A LEGITIMIDADE PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA DIANTE DA LEI Nº 13.964/19 (“PACOTE ANTICRIME”). **REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO**, v. 18, pp. 22-41, 2020, p. 33.

competentes para a colaboração premiada; 5. projeção de efeitos da leniência na esfera penal; 6. pactuação, na colaboração premiada, de benefícios que se estendem ao plano cível, máxime em ações por improbidade em curso.

Como resultado, surgem situações de incongruência sistêmica, como a necessidade de celebração de dois acordos de leniência para os mesmos fatos ('acordos espelhados'), como nos casos CGU/AGU x Braskem e MPF x Braskem, acima comentados¹⁰⁰⁷.

Pode-se apontar, nesta mesma linha de incongruências, colaboração premiada que trate sobre corrupção e lavagem de dinheiro, mas que, se não tratar de fatos apurados pelo TCU, como superfaturamento ou fraude em licitação, decorrentes do mesmo contrato objeto da delação premiada, estará sujeita a penalização na Corte de Contas, pois, segundo corrente de interpretação, "com relação ao objeto do processo no TCU, não houve colaboração ou essa foi ineficaz"¹⁰⁰⁸.

Tem-se assim, um cenário que não é o mais eficiente para o Estado, pois não consegue encerrar, com um único acordo, todas as investigações que tenha contra uma mesma pessoa pelos mesmos fatos. Do ponto de vista da empresa ou pessoa física investigada, também há grande insegurança, já que a celebração de acordo com o Estado não permite ter o assunto por resolvido, já que novos procedimentos administrativos ou judiciais podem ser manejados em relação ao mesmo objeto do acordo firmado¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁷ Situação de flagrante ineficiência intraestatal, na medida em que diversamente do que ocorrera no plano internacional, em que Brasil, Estados Unidos e Suíça lograram acertar simultaneamente o problema da empresa nas três jurisdições, houve necessidade de dupla intervenção no plano nacional para equacionar os mesmos fatos. Volta-se a este tema no capítulo 4.2, infra.

¹⁰⁰⁸ ALVES, Francisco Sérgio Maia. Repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal sobre as competências do Tribunal de Contas da União. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 71-103, set./dez. 2018, p. 92.

¹⁰⁰⁹ A este respeito, note-se que, na vigência do revogado art. 17, § 1º da LIA, empresa leniente teve frustrada sua expectativa de levantar bloqueio de bens em ação de improbidade, embora negociada esta prerrogativa perante o MPF: "Ocorre que o art. 17, §1º, da Lei 8.429/1992 veda a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. A intenção do legislador foi vedar a aplicação direta das sanções previstas no artigo 12 do mencionado diploma legal (Émerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. *Improbidade Administrativa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002). Contudo, não existe impedimento ao estabelecimento de condições, por meio de transação, no que se refere à forma de reparação do dano, estando seu alcance restrito ao ressarcimento ao erário, que deve ser integral, não alcançando as demais sanções previstas na lei, inclusive no que se refere à multa civil, bem como não inviabilizando o ajuizamento ou prosseguimento da ação de improbidade. Neste aspecto, o Acordo de Leniência deveria restringir-se a promover o integral ressarcimento ao erário, isso porque o direito patrimonial em questão é de ordem indisponível, sendo certo que o acordo não pode dispor a respeito das demais sanções de natureza civil, previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992. (...) Diante do exposto,

Não se pode ignorar, ainda, o severo risco aos dirigentes de uma pessoa jurídica que decorrem de um acordo de leniência por esta celebrado, já que além do risco de as provas serem usadas em detrimento do próprio ente empresarial em outra seara do direito sancionador¹⁰¹⁰, nada impede que sejam utilizadas em detrimento das pessoas físicas que compõem o corpo diretivo da empresa, o que enseja forte desincentivo à colaboração.

Sob este enfoque, para a empresa leniente é tentador celebrar um acordo abrangente perante o Ministério Público, mesmo que a LAC atribua a competência à CGU, uma vez que o órgão ministerial ostenta ampla legitimidade processual, seja para as ações de ressarcimento e improbidade, seja mesmo para as ações penais que possam envolver os sócios ou gestores da companhia, tema que, além da preservação da empresa e da precificação dos danos, é central na decisão por uma solução negociada com o poder público.

Não se pode negar, igualmente, que o Ministério Público possui independência não verificada nos demais órgãos com atribuição de controle. Neste passo, a negociação com o *parquet* minimiza o risco de relatar ilícitos de autoridades que se encontram fora ou acima dos poderes da CGU e da AGU, como os chefes dos Poderes de Estado.

Além disso, há bons argumentos de ordem constitucional e legal para sustentar a iniciativa do *parquet* nos acordos anticorrupção de natureza cível-administrativa (ANPC e acordo de leniência). A Constituição Federal (art. 129, I e III) outorga ao órgão ministerial a prerrogativa de promover a ação penal, normalmente correlata aos atos de corrupção detectados em procedimentos cíveis, bem como a de defender o patrimônio público, via ACP, sempre implicado quando a corrupção está em jogo.

No campo da ACP, aliás, que é o veículo processual eleito pela LAC (art. 21) para a responsabilização judicial da empresa corrupta, é concedido ao MP o poder de

ao menos por ora, deve ser mantida a medida de indisponibilidade de bens, sendo certo o cabimento da futura compensação dos valores adimplidos por conta do Acordo de Leniência no que se refere às penas de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio da empresa e ressarcimento do dano". TRF4, AG 5020207-87.2017.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relator FERNANDO QUADROS DA SILVA, juntado aos autos em 17/05/2017.

¹⁰¹⁰ GARCIA, Emerson. **A consensualidade no direito sancionador brasileiro**: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/92. In: *Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa*. v. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 364.

instaurar inquérito civil e de celebrar termo de ajustamento de conduta (TAC), instrumento negocial que guarda pontos convergentes com o acordo de leniência.

Ainda, o MP tem garantida pela LIA a prerrogativa de celebrar o ANPC, instituto irmão do acordo de leniência, de modo que, sob qualquer perspectiva, a intervenção do *parquet* no acordo de leniência se faz recomendável e adequada à ideia geral do sistema anticorrupção nacional¹⁰¹¹.

Neste contexto intrincado, quando se esteja diante de ato de corrupção, que se caracteriza, ao mesmo tempo, como ato lesivo à Administração; de improbidade; como crime de corrupção, concussão, contra a lei de licitações ou de lavagem de dinheiro, na órbita criminal; e que também se projete na esfera de controle a cargo do TCU; a solução mais eficiente e segura parece ser, garantida a participação do MP em qualquer caso, que o maior número de órgãos públicos participe do acordo e acerte todos os problemas dos envolvidos na corrupção, sejam pessoas físicas ou jurídicas¹⁰¹².

¹⁰¹¹ “Com fundamento em interpretação sistemática do ordenamento jurídico, o Ministério Público Federal celebra Acordos de Leniência com pessoas jurídicas, passíveis de responsabilização pela prática de atos lesivos contra a administração pública nacional e estrangeira (Lei nº 12.846/2013) e de atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992), na esfera extrajudicial e/ou judicial, com fundamento no artigo 16 da Lei nº 12.846/2013, artigo 5º, §6º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 3.347/1985), artigo 3º, §2º e §3º, 485-VI e 487-III, alíneas b e c do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), bem como nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011, e artigo 37 da Convenção de Mérida (Decreto nº 5.687/2006) e artigo 26 da Convenção de Palermo (Decreto nº 5.015/2004), recorrendo-se, ainda, ao artigo 4º a 8º da Lei nº 12.850/2013, artigos 13 a 15 da Lei nº 9.807/1999 e artigo 1º, §5º da Lei nº 9.613/1998. O Ministério Público Federal interpreta os dispositivos acima referidos como integrantes do microsistema normativo de tutela da probidade ou anticorrupção, o qual, admitindo a celebração de acordos na esfera penal, não poderá desautorizar idêntica possibilidade na esfera civil, incluindo o domínio da improbidade administrativa (Lei nº 12.846/2013 e Lei nº 8.429/1992), no bojo do qual tem a legitimação para propositura das ações civis competentes. Microsistema penal e microsistema de tutela coletiva integram o Sistema Brasileiro Anticorrupção”. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Nota Técnica n. 2/2020**. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjX9JXH4rHrAhW6GLkGHUlnCFgQFjAAegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.mpf.mp.br%2Fpgr%2Fdocumentos%2FNotaTecnicaAcordodeCooperacaoFinal.pdf&usq=AOvVaw1gRRNzUHHM-6LyWqi75deq>. Acesso em: 23/08/2020.

¹⁰¹² Procedimento deste jaez foi utilizado no acordo de leniência celebrado pelas empresas MullenLowe e FCB Brasil perante CGU / AGU, que contou com a intervenção do MPF e do TCU. Este é considerado o “primeiro acordo global celebrado no Brasil”, por contar “com a participação de todas as entidades que entendem dispor de atribuição para celebrar diretamente ou interferir, de alguma forma, na celebração do acordo de leniência da Lei Anticorrupção”. Nesta senda, tal agir tem a virtude de “engajar todas as entidades pertinentes no processo de celebração de acordo de leniência”, com o que “garante-se que os termos acordados serão efetivamente cumpridos por todas as partes”. RIBEIRO, Julia Lavigne. **O ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO E A DESCOORDENAÇÃO INSTITUCIONAL**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2019, p. 62. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28880>. Acesso em: 29/08/2020.

Assim, com a intervenção de todas as instâncias implicadas, como CGU, AGU, MPF, TCU, CADE, CVM, BACEN e procuradorias de entes lesados (Petrobrás, por exemplo), poderiam ser contempladas obrigações e benefícios que permitissem a elucidação de fatos e aplicação de sanções relativas à LAC, à LIA, processos penais, ações ressarcitórias e temas de controle externo a cargo da Corte de Contas ou órgãos reguladores.

Esta tarefa, contudo, demanda disciplina legal¹⁰¹³, hoje inexistente, no sentido de clarear e estabelecer o papel de cada órgão estatal e sua vinculação com o que for acordado com o particular. Tal disciplina, inclusive, deveria prever o procedimento para acordos que envolvessem autoridades da cúpula dos três poderes, as quais poderiam gerar constrangimento para atuação autônoma de órgãos que são a elas subordinados ou que estão à margem de sua esfera de atuação.

Uma disciplina desta natureza, que compreenda a atuação conjunta de todos os entes estatais implicados no ilícito, não elimina, por outro lado, a possibilidade de que algum desses entes venha a levantar oposição ao acordo a ser entabulado¹⁰¹⁴.

¹⁰¹³ Alternativa seria coordenar as instituições através do compartilhamento de provas. Tal solução foi empregada pelo Juiz Sérgio Moro na Lava Jato, como explica PIMENTA. Órgãos que não participaram de acordos de leniência firmados pelo MPF, como CGU, TCU e Receita Federal, só obtiveram acesso às provas fornecidas pelos lenientes após compromisso de não as usar em desfavor de quem as produziu, além de outras garantias, como benefício de ordem na cobrança de dívidas (cobrar os lenientes somente após de outros coobrigados) e não indisponibilização de bens dos colaboradores. PIMENTA, Raquel de Mattos. **A CONSTRUÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO**. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda, 2020, p. 171-173.

¹⁰¹⁴ Trata-se de situação geradora de insegurança jurídica, a qual, do ponto de vista da empresa leniente, pode constituir fator que não incentiva a colaboração com o Estado, que perderia informações valiosas, dificilmente alcançáveis de outro modo. Situação deste jaez é discutida no Agravo de Instrumento Nº 5032589-78.2018.4.04.0000 (TRF4, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, 31/08/2018). Na espécie, o MPF celebrou acordo de leniência com diversas empresas do mesmo grupo e colaborações premiadas com pessoas físicas a ele relacionadas. Uma das contrapartidas ofertadas pelo MPF, foi a não propositura de ações de improbidade contra os colaboradores e lenientes. A União, que não participou dos acordos, se opôs à avença, especialmente no que diz quanto à inviabilidade de ingressar com novas ações de improbidade. Sustentou que é legitimada para tais ações e que esta prerrogativa não poderia ser obstada por acordo de que não participou. Em primeira instância a pretensão da União foi rejeitada, sob fundamento de que a avença vincula o Estado como um todo; caso a União veja ilegalidade nos acordos, única forma de a eles se opor, deveria invocar esta questão como preliminar da ação, para, com isto, poder avançar em sua pretensão principal, de condenação dos colaboradores/lenientes às penas da LIA. Em liminar no agravo de instrumento, o relator, embora lamentando que “o que se vislumbra no presente processo é um embate entre órgãos (Ministério Público Federal e União Federal) que deveriam agir de forma concertada”, reconheceu que a ausência da CGU nos acordos celebrados pelo MPF não vinculava a União. O caso denota a fragilidade da posição assumida pelos colaboradores/lenientes, que entregam as provas que possuem, mas não sabem se contaram com os benefícios prometidos. Tal o que pode comprometer a subsistência dos acordos de leniência como instrumento eficaz de proteção da probidade administrativa. Importa notar que no julgamento do mérito do recurso, a eficácia plena do acordo não foi reconhecida, ante à não participação do lesado na avença: “INEXISTÊNCIA DE

Para evitar tais situações, se poderia prever a submissão obrigatória da avença à homologação judicial, que ponderaria as razões invocadas contra a validade do acordo e, diante de sua eventual insubsistência, cancelaria a negociação.

Com isto, o Estado, por todos os seus entes e órgãos implicados, estaria obrigado, todas as apurações seriam solvidas e o colaborador teria sua dívida paga abreviadamente, com contrapartida de ajudar a elucidar toda a cadeia ilícita. Certamente, um redutor de impunidade e, por isto, freio à corrupção¹⁰¹⁵.

3.4.6 TENTATIVA DE RACIONALIZAÇÃO

As incongruências sistêmicas acima referidas não são olvidadas pelos órgãos controladores. Nesta linha, um grande e importante esforço interinstitucional vem sendo desenvolvido no âmbito da ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro), rede criada em 2003 para articulação entre órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Ministério Público, visando a formulação de políticas públicas e soluções voltadas ao combate de atos de corrupção e lavagem de capitais¹⁰¹⁶. Em seu âmbito, importantes consensos e linhas de atuação

TRANSAÇÃO A HOMOLOGAR EM RELAÇÃO À PETROBRÁS, SE ESTA NÃO TRANSACIONOU. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA OBSERVADOS MEDIANTE CONSIDERAÇÃO QUANTO À LIMITAÇÃO DA EFICÁCIA DO PACTO ÀQUELAS PESSOAS QUE DELE DIRETAMENTE PARTICIPARAM. EXISTÊNCIA DE PRETENSÃO DA PETROBRÁS A SER PROCESSADA PERANTE O JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. MANUTENÇÃO DO BLOQUEIO COMO FORMA DE ASSEGURAR A INDENIZAÇÃO, EM MOMENTO OPORTUNO. MOTIVOS ESSES QUE JUSTIFICAM - DESDE QUE HAJA PLEITO RECURSAL PARA TANTO - QUE SE MANTENHAM NO POLO PASSIVO TODOS AQUELES RÉUS EM RELAÇÃO AOS QUAIS HAJA PRETENSÃO DE QUALQUER UM DOS LEGITIMADOS ATIVOS QUE NÃO TENHAM FIRMADO ACORDO. REINCLUSÃO DE PEDRO JOSÉ BARUSCO, DE PAULO ROBERTO COSTA E DE RENATO DE SOUZA DUQUE NO POLO PASSIVO. INEXISTÊNCIA DE ATOS CONCRETOS ÍMPROBOS ATRIBUÍVEIS A REPRESENTANTES DAS EMPRESAS MPE MONTAGENS E PROJETOS ESPECIAIS S/A, PROMON ENGENHARIA LTDA E WORLEYPARSONS ENGENHARIA S/A, DE MODO QUE NÃO É CASO DE RECONHECÊ-LAS COMO LEGÍTIMAS PASSIVAMENTE. DECISÃO REFORMADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDOS. TRF4, AG 5032589-78.2018.4.04.0000, QUARTA TURMA, Relator para Acórdão CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, juntado aos autos em 24/01/2022.

¹⁰¹⁵ Outra possibilidade, seria impor ao ente estatal irresignado com o acordo o ônus de promover sua anulação, demonstrando ilegalidade na avença ou que a solução contemplada foi irrazoável ou desproporcional. Em não o fazendo, o acordo manteria sua plena validade. ANDRADE FILHO, João Pereira de; FERREIRA FILHO, Paulo Sérgio. **Leniência, transparência e segurança jurídica: a vinculação ao acordo de leniência dos atores estatais colegitimados**. Recife: Parahyba Judiciária, 2019. Disponível em: https://ifpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/JoaoPereiradeAndradeFilho/Leniencia_parahyba_judiciaria_n11_2018.pdf. Acesso em: 29/08/2020.

¹⁰¹⁶ BRASIL. ENCCLA. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/quem-somos>. Acesso em: 11/05/2021.

uniforme vêm sendo forjados, consistindo em mecanismo que deve ser incentivado para ampliar a atuação consertada interinstitucional.

Outra iniciativa que segue caminho semelhante vem da celebração de *acordo de colaboração técnica* (ACT), em 06/08/2020 por CGU, AGU, Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) e TCU, sob “coordenação”¹⁰¹⁷ ou “mediação” do STF¹⁰¹⁸, tendo por objeto “matéria de combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da lei nº 12.846, de 2013”¹⁰¹⁹.

O ACT tem a virtude maior de pôr em destaque a necessidade de coordenação das ações estatais anticorrupção¹⁰²⁰. Além disso, propugna equalizar pontos sensíveis

¹⁰¹⁷ Com efeito, é extravagante a intervenção, ainda que a título de coordenação, do STF no referido ajuste interinstitucional, sobretudo por ter o papel de resolver eventuais conflitos entre os firmatários. Neste particular, são pertinentes as observações exaradas pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF: “Ressalte-se ainda que o Acordo de Cooperação Interinstitucional agora apreciado contempla o Supremo Tribunal Federal, na função de “coordenação”, como consta no Preâmbulo. No entanto, reconhecida a relevante função institucional atribuída pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal, sua institucionalidade não deve tomar a feição executiva com competência para coordenar e atuar em iniciativas de outras instituições do Estado Democrático de Direito, como em matéria de negociações e celebração de Acordos de Leniência, sendo objeto a ele estranho. Por sua vez, sequer é possível legitimar sua atuação nesta função coordenadora, recorrendo à possível atividade jurisdicional de homologação de quaisquer Acordos de Leniência, por inexistir previsão constitucional para tanto, o que se confirma também na própria Lei nº 12.846/2013. É preciso preservar o STF em suas funções constitucionais, para que eventuais equívocos da seara administrativa não sejam a ele imputados. Atribuir a coordenação interinstitucional de acordos de leniência ao STF, vislumbrando neles possíveis conflitos entre as instituições a suscitar a sua intervenção, igualmente não é fundamento legítimo para amparar a solução preconizada no Acordo. Parte da expectativa constitucional pode se perder quando sua atuação é antecipada na percepção da atuação administrativa”. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Nota Técnica n. 2/2020**, p.22-23. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjX9JXH4rHrAhW6GLkGHUlnCFgQFjAAegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.mpf.mp.br%2Fpgr%2Fdocumentos%2FNotaTecnicaAcordodeCooperacaoFinal.pdf&usq=AOvVaw1gRRNzUHHM-6LyWqi75deq>. Acesso em: 23/08/2020.

¹⁰¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Dias Toffoli assina acordo de cooperação técnica para combate à corrupção.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449073>. Acesso em: 23/08/2020.

¹⁰¹⁹ Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/11/16/BB/03/575C37109EB62737F18818A8/ACORDO%20DE%20COOPERACAO%20TECNICA%201.pdf>. Acesso em: 22/08/2020.

¹⁰²⁰ “Percebe-se assim que, no que tange à função estatal de prevenção e combate à corrupção, o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro é dotado de um sistema de múltiplas camadas de competências e responsabilidades, com independência relativa ou mitigada entre elas. E nesse sistema com múltiplas esferas de responsabilidade vários são os órgãos ou instituições públicas com atribuição e competência para exercer parcela do poder sancionatório do Estado, sem a existência de hierarquia ou subordinação entre eles.

Nesse contexto, dada a natureza multifacetária e plural dos atos de corrupção, esses atraem a incidência de um verdadeiro sistema de responsabilização que demanda a atuação articulada de várias instituições para combatê-la. Dentro deste sistema, destacam-se (i) as instituições com poder de investigação e persecução penal (no nível federal através da Polícia Federal e Ministério Público Federal); (ii) as instituições encarregadas de promover ações judiciais pela prática de ato de improbidade administrativa (no plano federal através do Ministério Público Federal e os entes públicos lesados, notadamente a União representada pela Advocacia-Geral da União); (iii) as instituições

que escorrem da multiplicidade de esferas de responsabilização, como a não punição excessiva ou duplicada do colaborador (4º e 15º princípios), o exame racional das vantagens ou desvantagens da solução negociada (7º princípio), a necessidade preservação da empresa e dos empregos (8º princípio), o tratamento adequado e diferenciado entre não colaborador, colaborador e quem não praticou ilicitude (13º princípio).

Levanta, entretanto, algumas questões delicadas. A segunda ação sistêmica, enuncia que a abertura das negociações deve se dar entre leniente e CGU, eliminando a possibilidade de a empresa se apresentar diretamente ao MP, o que seria o indicado para situações que envolvam altos agentes políticos, acima ou à margem do poder correicional da CGU.

A primeira ação operacional, a seu turno, parece propor uma divisão de tarefas com base no tipo de pessoa investigada, dando proeminência ao MP para situações que envolvam pessoas físicas e à CGU para casos empresariais, situação esta que destoa da LIA, que expressamente confere ao MP legitimidade para atuar em casos de corrupção empresarial.

Ainda, em diversas ocasiões, o ACT se propõe a limitar a aplicação das sanções de inidoneidade e suspensão ou proibição para contratar com a Administração Pública, embora legalmente previstas no ordenamento jurídico. Neste passo, o ACT limita uma prerrogativa autorizada legalmente e tenta restaurar

comissionadas legalmente para exercer as funções próprias ao controle interno, à persecução administrativa nos termos da Lei nº 12.846/2013 e à prevenção e combate à corrupção (no âmbito do Poder Executivo federal, a cargo da Controladoria-Geral da União); bem como (iv) as instituições incumbidas do controle externo dos demais Poderes (que no âmbito federal é exercido pelo Tribunal de Contas da União). [...] É dentro desta concepção de Estado de Direito que devem atuar as instituições incumbidas do combate à corrupção e recuperação de ativos procedentes do ilícito. Isso impõe que os diversos atores públicos ajam de forma coordenada e em estrita observância às suas atribuições e competências legalmente estabelecidas na matéria. Sem isso, se geram insegurança jurídica, conflitos interinstitucionais, sobreposição de atuações, insuficiência ou vácuos na atuação estatal, impunidade e desproporcionalidade na punição das pessoas físicas e jurídicas. Enfim, não se garante a justa prevenção e combate à corrupção". ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA QUE ENTRE SI CELEBRAM O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, A CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU), A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU), O MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA (MJSP) E O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU) EM MATÉRIA DE COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL, ESPECIALMENTE EM RELAÇÃO AOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI Nº 12.846, DE 2013, p. 4-5. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/11/16/BB/03/575C37109EB62737F18818A8/ACORDO%20DE%20COOPERACAO%20TECNICA%20_1_.pdf. Acesso em 23/08/2020.

possibilidade que já foi rechaçada na via legislativa, quando a Medida Provisória 703/2015 não foi convertida em lei¹⁰²¹.

Outra falha do ACT foi deixar de fora órgãos com papel importante na seara anticorrupção, tais o BACEN, a CVM e o CADE.

Diante dessas e outras interrogações, o Ministério Público Federal mostrou relutância em firmar o ACT, baseado em abalizado posicionamento técnico (NOTA TÉCNICA Nº 2/2020)¹⁰²² da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, contraindicando ao Procurador-Geral da República a adesão ao instrumento¹⁰²³.

Outra fraqueza que pode ser apontada diz com a falta de cogência do ACT. Para além do um protocolo de intenções, não há força que vincule as instituições signatárias à sua observância. E mesmo que seus termos venham a inspirar a edição de atos administrativos de caráter normativo pelos entes participantes, quanto ao MPF, caso venha a aderir, ainda assim não haveria efeito vinculante, haja vista a independência funcional de seus integrantes, que reduz a imperatividade de poder hierárquico e de normas subalternas à lei em sentido estrito.

¹⁰²¹ A referida MP, que perdeu a vigência por não ter sido convertida em lei, alterava a LAC, para dispor: “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: [...] § 2º O acordo de leniência celebrado pela autoridade administrativa: (Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada) **I - isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do caput do art. 6º e das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e em outras normas que tratam de licitações e contratos;** (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)” (sem grifos no original).

¹⁰²² BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Nota Técnica n. 2/2020.** Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjX9JXH4rHrAhW6GLkGHUlnCFgQFjAAegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.mpf.mp.br%2Fpgr%2Fdocumentos%2FNotaTecnicaAcordodeCooperacaoFinal.pdf&usq=AOvVaw1gRRnzUHMM-6LyWqi75deq>. Acesso em: 23/08/2020.

¹⁰²³ “A Comissão de Assessoramento entende que o texto apresentado no Acordo de Cooperação Técnica resolve questões pendentes exclusivamente entre os órgãos que o assinaram, não sendo efetivo em relação ao problema da falta de segurança jurídica, tanto para as pessoas empresárias que pretendem colaborar, quanto para o interesse público. Com esta fisionomia há uma falha insanável na concepção de “balcão único” nos moldes propostos, porque a modelagem simplesmente ignorou não só a legitimação cível do Parquet na proteção ao patrimônio público e social, como também ignorou a relação dos acordos de leniência com a responsabilização criminal de pessoas físicas autoras dos ilícitos desvelados, máxime a corrupção, o que implica no inconstitucional alijamento do MPF, que é o titular da ação penal”. BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Nota Técnica n. 2/2020**, p. 12. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjX9JXH4rHrAhW6GLkGHUlnCFgQFjAAegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.mpf.mp.br%2Fpgr%2Fdocumentos%2FNotaTecnicaAcordodeCooperacaoFinal.pdf&usq=AOvVaw1gRRnzUHMM-6LyWqi75deq>. Acesso em: 23/08/2020.

Assim, embora trate-se de esforço virtuoso, pois reconhece e põe em evidência problema que ameaça a efetividade das soluções negociadas a longo prazo, há necessidade premente de ajuste legislativo específico no tema, a definir competências e responsabilidades claras de todas as agências anticorrupção na celebração e cumprimento de acordos de leniência, não persecução e colaboração premiada.

3.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Os mecanismos que formam o *microssistema anticorrupção* brasileiro são bem desenhados no plano normativo, mas apresentam falhas em pontos sensíveis e carecem de efetividade, tanto no que diz com a descoberta de ilícitos, quanto no que tange à reparação dos danos decorrentes de atos de corrupção, o que muito se deve à falta de estímulos para colaborar com o Estado e com a inépcia deste em coordenar suas diferentes agências com papel anticorrupção. Tem-se por provada a terceira hipótese levantada nesta tese.

Há necessidade de imprimir maior vigor a medidas aptas a recuperar ativos desviados e incrementar meios para descobrir os ilícitos praticados, seus partícipes e sua real extensão.

Neste segundo ponto, há evidente necessidade de um passo a mais, no sentido de trazer o cidadão e a sociedade para dentro da arena anticorrupção, tema do capítulo 5. Para essa tarefa, pode-se buscar inspiração no Direito comparado, como se verá no capítulo a seguir.

Capítulo 4

INSTRUMENTOS ANTICORRUPÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS: FCPA, RICO E FCA

4.1 INTRODUÇÃO¹⁰²⁴

O Direito dos Estados Unidos desenvolveu importantes instrumentos para enfrentamento da corrupção, sendo os mais destacados, dentro do escopo desta tese, o *False Claims Act* (FCA), o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) e o *Racketeer Influenced And Corrupt Organizations* (RICO).

Estas três normas, em gradações e formas distintas, refletem duas características fundamentais do sistema estadunidense, no que tange ao *enforcement* de medidas de regulação¹⁰²⁵, ou seja, aos meios empregados para garantir a observância (*deterrence*) e a aplicação (*compensation*) do Direito: 1. emprego frequente e intenso de medidas *ex post facto*; 2. amplo espaço para medidas particulares (*private enforcement*), inclusive para ações judiciais movidas por agentes privados, em auxílio ou substituição à atividade exclusivamente estatal¹⁰²⁶.

A primeira característica, a preferência por um *enforcement ex post facto*, contrasta sensivelmente com o modelo adotados em Estados de bem-estar social, em especial os da Europa ocidental e, em certa medida, com a moldura brasileira. Ao invés da criação de numerosas burocracias para evitar que a lei não seja infringida (*ex ante*)¹⁰²⁷, e da alocação de valores expressivos do orçamento para instituir seguros

¹⁰²⁴ A pesquisa que embasa o presente Capítulo foi desenvolvida na Widener University – Delaware Law School, Wilmington-DE, nos meses de Janeiro, Fevereiro e Março de 2023.

¹⁰²⁵ [...] “any governmental effort to control behavior by other entities”, including business firms, government at any level, or individuals” (FARHANG, Sean. Legislating for Litigation: Delegation, Public Policy, and Democracy. **California Law Review**, v. 106, n. 5, p. 1529-1616, Oct./2018, p. 1574).

¹⁰²⁵ CLOPTON. Zachary D. Redundant Public-Private Enforcement, **Vanderbilt Law Review** v. 69, n. 2, pp. 288-332, Mar./2016.

¹⁰²⁶ “Regulation of wrongdoing by private parties is not merely an ad hoc, ‘private law’ supplement to public enforcement by regulators.’ It is often an institutional feature of our public law”. GLOVER, J. MARIA. The Structural Role of Private Enforcement Mechanism in Public Law. **William and Mary Law Review**, v. 53, n. 4, Mar./2012, p. 1140-1141.

¹⁰²⁷ Exceção a este padrão é o Food and Drug Administration (FDA), que conduz um rigoroso processo para aprovar a comercialização de drogas e alimentos antes que possam causar qualquer dano aos usuários. Como elucida GLOVER: “With some notable exceptions-for instance, Food and Drug Administration (FDA) approval for pharmaceuticals and other biologics and licensing or permitting requirements under various environmental regulations-the predominant approach to regulation in the

sociais para compensar eventuais lesados pela ação autorizada pelo Estado, o sistema jurídico dos Estados Unidos aposta na responsabilização daqueles que a venham violar por via de ações administrativas ou judiciais repressivas (*ex post facto*). Em princípio, pode-se fazer tudo sem pedir licença ao governo; se algo der errado, o violador responde, compensando as vítimas¹⁰²⁸.

Com isto, busca-se contornar os custos elevados da criação de estruturas burocráticas, cujo resultado nem sempre pode ser garantido, já que a carência de financiamento, de estrutura humana e até a captura¹⁰²⁹ pelo setor regulado podem comprometer seu funcionamento.

A isto se alia a segunda característica, emprego amplo de medidas de *private enforcement*, normalmente em conjugação com outras de *public enforcement*¹⁰³⁰. Trata-se de tradição incorporada pelos Estados Unidos¹⁰³¹ ainda na época colonial¹⁰³² e amplamente adotada após a independência, em especial na segunda metade do

United States is ex post rather than ex ante. In other words, we often regulate by imposing consequences on those who violate substantive law after the resulting harms have occurred". GLOVER, J. MARIA. The Structural Role of Private Enforcement Mechanism in Public Law. **William and Mary Law Review**, v. 53, n. 4, Mar./2012, p. 1145.

¹⁰²⁸ FITZPATRICK, Brian T. Deregulation and Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v.24, n.2, pp. 685-696, 2020, p. 688.

¹⁰²⁹ A colaboração privada é destacada como uma proteção especial contra a captura de agências estatais de regulação, seja pelos próprios regulados por grupos políticos, cautela especialmente importante "*as presidential administrations increasingly use control over public enforcement to roll back statutory mandates they cannot repeal through the legislative process*". SANT'AMBROGIO, Michael. Private Enforcement in Administrative Courts. **Vanderbilt Law Review**, v. 72, n. 2, Mar./2019, pp. 425-500.

¹⁰³⁰ "*When government seeks to control undesirable behavior, it must choose between regulation via administrative enforcement, regulation via private litigation in courts, or a mix of both*". ENGSTROM, David Freeman. Harnessing the Private Attorney General: Evidence from Qui Tam Litigation. **Columbia Law Review**, v. 112, n. 6, p. 1244-1325, Oct./2012, p. 1253.

¹⁰³¹ Na Europa continental, em contraste, aposta-se essencialmente no *enforcement* público. Não obstante, as últimas décadas têm demonstrado uma maior abertura aos instrumentos de *enforcement* privado, especialmente na regulação da livre competição, partindo-se do pressuposto que tais ferramentas complementam o aparato estatal, o qual não é destinado naturalmente à compensação das vítimas. As medidas privadas, além de cumprirem este papel, fortalecem a dissuasão, por aumentar os riscos de responsabilização de violadores. Neste passo, a Comissão Europeia tem recomendado, a incorporação desses mecanismos pelos ordenamentos nacionais, para que possam ser alcançados os seguintes objetivos: "*(i) optimising the interaction between the public and private enforcement of competition Law, (ii) the cooperation between EU Commission and national courts; and (iii) ensuring that victims of infringements of the EU competition rules can obtain full compensation for their losses*" (LANDINI, Sara. Private Enforcement and Market Regulation. **Market and Competition Law Review**, v. 2, n. 2, pp. 47-70, Oct./2018, p. 48). De se ressaltar, contudo, que a abertura ora percebida na Europa é mais circunscrita a medida de compensação às vítimas por danos sofridos, sem serem, de modo geral, acompanhadas por atribuição de legitimidade ativa para agir judicialmente em nome do Estado, como é usual nos Estados Unidos.

¹⁰³² Mais longe ainda, suas raízes são presas ao *common law* da Grã-Bretanha: "*the public action - an action brought by a private person primarily to vindicate the public interest in the enforcement of public obligations has long been a feature of our English and American law*". JAFFE, Louis L. Standing to Secure Judicial Review: Private Actions. **HARVARD LAW REVIEW**, v. 75, n. 255, A. 1961, p. 302.

Século XIX, durante a expansão para o Oeste (*bounty hunters*) e em outras situações de debilidade do sistema estatal para aplicação da lei¹⁰³³; feição que continua em pleno vigor¹⁰³⁴, pois quando entende apropriado, o poder público recorre ao apoio privado, das mais diversas maneiras, para aplicar a lei¹⁰³⁵⁻¹⁰³⁶.

Na categoria *private enforcement* se reúnem diversas medidas de resguardo e aplicação da ordem jurídica, acometidas, parcial ou totalmente, à iniciativa privada, como *qui tam actions* (a seguir examinadas), *class actions*¹⁰³⁷, *mass tort litigation*¹⁰³⁸,

¹⁰³³ “[...] *in the mid-nineteenth century, when labor disputes raged throughout the country, federal courts began to issue injunctions to quell strikes. Often, the courts would deputize private security personnel hired by the employers to enforce these federal injunctions, as local police and even federal law enforcement officials sided with the strikers*”. GILLES, Myriam E. Reinventing Structural Reform Litigation: Deputizing Private Citizens in the Enforcement of Civil Rights. **Columbia Law Review**, v. 100, 2000, p. 1429.

¹⁰³⁴ A título ilustrativo, veja que o Departamento de Justiça, em litígio contra a Microsoft, contratou um advogado particular para representar o Estado em sua intensa campanha antitruste contra a companhia. GILLES, Myriam E. Reinventing Structural Reform Litigation: Deputizing Private Citizens in the Enforcement of Civil Rights. **Columbia Law Review**, v. 100, 2000, p. 1427.

¹⁰³⁵ Entre 1974 e 1998, o Congresso criou 474 novas *causes of action*, sendo que, em relação ao meio ambiente, “*every major environmental law passed since 1970 now includes a citizen suit Provision*” (THOMPSON, Barton H. Jr. The Continuing Innovation of Citizen Enforcement, **University of Illinois Law Review**, v. 185, a. 2000, p. 192).

¹⁰³⁶ Diante das dificuldades enfrentadas pelo poder público para regular discursos violentos ou fraudulentos cometidos em plataformas de mídias sociais, as companhias privadas estão empreendendo iniciativas para suprir parte deste vácuo regulatório, inclusive com medidas inusitadas como a “Suprema Corte” do Facebook (analogia feita pelo CEO da empresa), em processo de implementação: um corpo de técnicos independentes, encarregado de emitir um julgamento definitivo sobre o que pode ou não ser caracterizado como um discurso aceitável. Embora a providência guarde relação com a preservação da imagem e valor da companhia, não se pode ignorar o fato de que é uma medida de governança que acaba, através de uma renúncia parcial de sua autonomia (KLONICK, Kate. The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression. **Yale Law Journal**, v. 129, n. 8, Jun./2020, p. 2418-2499), por dar proteção a valores constitucionais e legais não assegurados pelo Estado no ambiente virtual.

¹⁰³⁷ As *class actions* são um tipo de litígio coletivo em que os litigantes são tratados como um grupo único (classe) diante da parte contrária e são representados por um ou alguns dos membros do grupo (*class representative* - “*The claimant(s) in a class action, known as the lead, named or representative claimant(s), direct the litigation by filing the requisite pleadings, propounding and responding to discovery, sitting for depositions, filing and opposing dispositive motions, moving to certify the class, and ultimately, if successful at the class certification stage, either negotiating a settlement on behalf of the class or participating in a trial on behalf of themselves and the absent class members*”. KLIEBARD, Kenneth M. et al. **Class/collective actions in the United States: overview**. Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-617-9264?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-617-9264?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true). Acesso em: 13/05/2022).

A decisão da corte sobre o caso coletivo vincula a todos os representados na ação, os quais irão dividir a indenização eventualmente fixada. Para que a demanda se qualifique como *class action*, entretanto, há uma série de requisitos a serem preenchidos, previstos na regra 23 do *Federal Rules of Civil Procedure*: a) a classe deve ser tão numerosa que a união de todos os membros se torna impraticável; b) há questões de direito ou de fato comuns à classe; c) as reivindicações ou defesas das partes representativas coincidem com as da classe; e d) as partes representativas devem ter condições de promover de forma justa e adequada os interesses da classe.

¹⁰³⁸ Nas *mass tort* tem-se várias demandas, propostas por diversos indivíduos, as quais têm pontos em comum, pois se identificam lesões semelhante às pessoas ou suas propriedades. Contudo, por serem percebidas de modo e em graduações distintas, não há uma uniformidade que satisfaça aos requisitos

*nationwide injunctions*¹⁰³⁹ ou *universal injunctions*¹⁰⁴⁰; e outras ferramentas que estimulam a atuação privada, como inversão de despesas processuais e provisões de indenização qualificada (*double, triple, and punitive damages*¹⁰⁴¹).

Esta característica do sistema estadunidense causa certa perplexidade para quem está habituado com modelos essencialmente públicos de aplicação da lei¹⁰⁴², pois nestes parte-se da concepção de que o poder público é o encarregado de desenhar normas que promovam o interesse público e do correlato dever de dar-lhes aplicação; enquanto as leis que regulam relações particulares, identificadas com o escopo do direito privado, devem ser garantidas pelos próprios particulares interessados.

Trata-se, como esclarecem ROACH e TREBILCOCK¹⁰⁴³, de uma concepção muito identificada com os ideais Hobbesianos, que pressupunham a saída do estado de natureza através da entrega do monopólio da aplicação da lei ao poder público; e com o pensamento de Rousseau, segundo o qual a aplicação da lei deveria ser

para uma certificação de *class action*, que autorizaria fossem os litigantes vistos e tratados processualmente como uma única coletividade (classe). Mesmo assim, as cortes precisam se render ao fato de que a *complexity, diversity, and volume of mass tort claims require adapting traditional procedures to new contexts, to achieve both fairness and efficiency* (UNITED STATES. Federal Judicial Center. **Manual for Complex Litigation**. Washington: 2004, 4ª edição, p. 347), o que determina a reunião das causas individuais como fator crucial para adequado tratamento do problema e para não embaraçar o sistema judiciário.

¹⁰³⁹ “[...] *an injunction at any stage of the litigation that bars the defendant from taking action against individuals who are not parties to the lawsuit in a case that is not brought as a class action*”. FROST, Amanda. In Defense of Nationwide Injunctions. **New York University Law Review**, v. 93, n. 5, pp. 1065-1119, Nov./2018, p. 1071).

¹⁰⁴⁰ Ações propostas por partes privadas, não passíveis de certificação como *class action*, que visam a “*blocking the executive branch from enforcing federal laws, regulations, or policies ‘not only against the plaintiff, but also Against anyone’*” (SOHONI, Mila. The Lost History of the Universal Injunction. **Harvard Law Review**, v. 133, n. 3, pp. 920-1009, Jan./2020, p. 922).

¹⁰⁴¹ “*Punitive damages are awarded in addition to actual damages in certain circumstances. Punitive damages are considered punishment and are typically awarded at the court's discretion when the defendant's behavior is found to be especially harmful. Punitive damages are normally not awarded in the context of a breach of contract claim*” (CORNELL LAW SCHOOL. Legal Information Institute. **Punitive Damages**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/medicaid>. Acesso em: 07/03/2023).

¹⁰⁴² Mesmo nos Estados Unidos há controvérsias sobre o tema, em especial no contexto pós *New Deal*, que encerrou a incursão administrativista e burocrática então engendrada por Franklin Roosevelt, com suas inúmeras agências para reger a revitalização da economia do país; e, logo a seguir, no período que vai do julgamento de *Brown v. Board of Education of Topeka* [347 U.S. 483 (1954)] a criação do Estatuto dos Direitos Cívicos (*Civil Rights Act*) de 1964, ambos acontecimentos que estão no cerne da litigiosidade coletiva denominada *structutal injunctions*, fenômenos que “marcam uma mudança da regulação e *enforcement* administrativos para o uso de ações judiciais como ferramenta regulatória” (ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, pp. 1689-1756, 2013, p. 1690).

¹⁰⁴³ ROACH, Kent; TREBILCOCK, Michael J. Private Enforcement of Competition Laws. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 34, n. 3, pp. 461-508, Fall 1996, p. 473-474.

exclusivamente estatal, como expressão de uma política pública. A isto somam-se as formulações de WEBER, sustando que uma burocracia bem organizada, com advogados públicos de tempo integral e sujeitos a controle hierárquico, estão em melhores condições para dar curso aos objetivos públicos.

A perplexidade e as rejeições invocadas contra a participação de atores privados nas questões tradicionalmente compreendidas sob do domínio exclusivo público decorrem, ainda, de teorias de Direito Administrativo que veem o particular como suspeito, alguém que sempre tenderá a desviar a Administração do bem comum para alcançar a maximização de benefícios próprios, o que, dentro desta visão, demanda o isolamento do particular do processo decisório e a imposição de restrições a sua participação na formação da 'vontade administrativa'.

Estas concepções, entretanto, ignoram a complexa rede de inter-relações entre agentes estatais e não estatais na produção da decisão administrativa, na fiscalização dos atos governamentais (*accountability*) e na implementação e execução das deliberações públicas; ou seja, desconsideram que a gestão do Estado, num aspecto mais amplo identificado com a ideia de governança, é feita corriqueiramente em articulação e com colaboração de particulares¹⁰⁴⁴⁻¹⁰⁴⁵.

Não obstante, a teoria do Direito Público ainda se esteia, essencialmente, no pressuposto equivocado de que existem dois reinos isolados, o público e o privado,

¹⁰⁴⁴ FREEMAN, Jody. The Private Role in the Public Governance. **New York University Law Review**, v. 75, n. 3, pp. 543-675, Jun./2000.

¹⁰⁴⁵ Esta característica sobressalta na realidade presente, de um novo contexto normativo-institucional, caracterizado como *government by policies*, passo além do *government by law*. Trata-se de panorama que demanda o “exercício combinado de várias tarefas que o Estado liberal desconhecia por completo”, como entregar saúde ou escola para amplo número de indivíduos, trabalhos que reclamam intenso planejamento, a denotar “capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjunção de forças ou a mobilização de recursos – materiais e humanos – para a sua consecução” (COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas públicas**. In: *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. Direito Administrativo e Constitucional. Celso Antônio Bandeira de Mello (org.) São Paulo: Malheiros, 1997. p. 351). No governo por políticas, o Estado se vale desses planos normativos abertos para fazer a “determinação e conformação material das leis e das decisões políticas a serem executadas no nível administrativo” (DANIEL, Juliana Maia. **Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas**. In: *O Controle jurisdicional de políticas públicas*. Grinover, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 114), mobilizando, sem uma estanque separação de tarefas, as esferas de poder necessárias, inclusive recorrendo ao auxílio privado (como um hospital particular credenciado para atender pelo SUS), para a consecução de determinado objetivo Constitucional, a fim de assegurar, concretamente, o “implemento dos direitos fundamentais positivos, que exigem uma prestação positiva do Poder Público” (DE SOUSA, Pedro Ivo; DE CASTRO COURA, Alexandre. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. Anais do CONPEDI, p. 4054. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf. Acesso em: 10/12/2022).

dominados pelo Estado e pelos particulares, respectivamente, os quais não se interpenetram nem trocam *inputs*. Tal divisão, embora sirva a propósitos teórico-científicos importantes¹⁰⁴⁶, só existe enquanto formulação técnico-jurídica¹⁰⁴⁷.

A realidade é mais rica. São constantes os casos em que se torna difícil perceber de onde emana uma decisão que dá concretude a uma política pública. Para denotar o argumento, veja-se o exemplo reflexivo formulado por FREEMAN¹⁰⁴⁸ - que demonstra como o Estado Administrativo se tornou o 'Estado Contratante', pois é através da contratação com entes privados que muitos serviços e direitos atrelados ao bem-estar social são entregues aos destinatários -: como pode o beneficiário de uma política pública (direito ao acolhimento em casa de idosos particular financiada pelo programa estatal *medicaid*¹⁰⁴⁹) saber quem fora o responsável por negar a admissão do idoso na casa ou por reduzir o nível de atenção que lá deve receber?

Note-se, é uma deliberação que concretiza um estatuto legal que lastreia o programa e que diz sobre suas condições, limites e beneficiários; mas, mesmo supervisionada por uma agência federal (*Centers for Medicare & Medicaid Services - CMS*), quem decide se o idoso entra ou não na casa de atenção, ou eventualmente determina a redução do nível de amparo devido, é o administrador do estabelecimento privado, com suporte na avaliação de médicos também particulares. Trata-se, evidentemente, de um modelo de governança que mescla impulsos estatais e particulares, pondo em evidência o caráter ficcional da divisão estrita entre os reinos públicos e privados.

¹⁰⁴⁶ TURNER demonstra exaustivamente como os sistemas jurídicos estão construídos com base na separação entre Direito Público e Privado, divisão que se evidencia a partir de duas decisões: quem controla o conteúdo da lei e quem tem o poder de dar início ao seu processo de aplicação (*enforcement*). Embora destaque a essencialidade de compreender as implicações desta 'taxonomia' ("*a lens through which legal systems are revealed as fundamentally ordered by choices between public and private decisionmaking*"), não ignora que, como aqui se está a sustentar, "*most of our legal interactions and institutions have both public and private aspects*" (TURNER, Christian. *Law's Public/Private Structure*. **Florida State University Law Review**, v. 39, n. 4, pp. 1003-1076, Summer 2012, p. 1005 e 1016).

¹⁰⁴⁷ FREEMAN, Jody. *The Private Role in the Public Governance*. **New York University Law Review**, v. 75, n. 3, pp. 543-675, Jun./2000, p. 564.

¹⁰⁴⁸ FREEMAN, Jody. *The Private Role in the Public Governance*. **New York University Law Review**, v. 75, n. 3, pp. 543-675, Jun./2000, p. 568-602.

¹⁰⁴⁹ "*Medicaid is a medical assistance program jointly financed by state and federal governments for low income individuals and is embodied in 42 U.S.C. §1396 et seq. It was first enacted in 1965 as an amendment to the Social Security Act of 1935. Today, Medicaid is a major social welfare program and is administered by the Centers for Medicare and Medicaid Services, formerly known as the Health Care Financing Administration*". CORNELL LAW SCHOOL. Legal Information Institute. **Medicaid law: an overview**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/medicaid>. Acesso em: 26/02/2023.

Realmente, pode-se dizer que as objeções e o estranhamento que costumam ser dirigidos à colaboração privada em geral, e ao *private enforcement*, em especial, residem em uma mera simplificação¹⁰⁵⁰, antes de refletirem uma leitura imposta pelos fundamentos e sistemas desenvolvidos para aplicar a lei ao longo dos séculos, atualmente reforçada por uma busca crescente pela efetividade dos direitos e por participação cívica¹⁰⁵¹.

Analisando particularmente os Estados Unidos, nota-se que o *private enforcement* da legislação federal é fundamental para o *Rule of Law*. Sua importância é empiricamente demonstrada pelo fato de que, em 2018, das 179.308 ações levadas às cortes federais para dar aplicação a algum estatuto legal editado pelo Congresso, apenas 3.298 (1.84%) tinham o Estado como autor, sendo as demais deduzidas por autores privados¹⁰⁵².

Por outro lado, leis que empregam exclusivamente o *enforcement* público costumam apresentar baixa aplicação e as raras e ineficientes iniciativas movidas pelas agências públicas encarregadas acabam por reforçar o *status* de desconformidade¹⁰⁵³.

O fato é que há ampla disseminação do *enforcement* privado, explicada por seus resultados concretos associada a uma grande abertura dos Tribunais ao mecanismo, muitas vezes através do reconhecimento de direitos implícitos de ação (*'implied private rights of action'*)¹⁰⁵⁴. Sob esta teoria, nem sempre o interessado fica na dependência de uma disposição legal explícita a autorizar o direito de ação, pois muitas vezes sua fonte é a leitura que as Cortes fazem do conteúdo material da lei a

¹⁰⁵⁰ ROACH, Kent; TREBILCOCK, Michael J. Private Enforcement of Competition Laws. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 34, n. 3, pp. 461-508, Fall 1996, p. 471.

¹⁰⁵¹ "Private enforcement can be seen as a participatory activity which allows individuals and groups to compete over increasingly pluralistic understandings of the public interest. A growing sense of the deep pluralism of public ends creates skepticism about the ability of electoral and legislative politics to provide the only forum for mediating competing interests. Private enforcement, for example in the environmental field, allows individuals and groups with a sense of grievance a direct opportunity to make enforcement claims in court". ROACH, Kent; TREBILCOCK, Michael J. Private Enforcement of Competition Laws. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 34, n. 3, pp. 461-508, Fall 1996, p. 474.

¹⁰⁵² SANT'AMBROGIO, Michael. Private Enforcement in Administrative Courts. **Vanderbilt Law Review**, v. 72, n. 2, pp. 425-500, Mar./2019, p. 428.

¹⁰⁵³ ORMEROD, Peter. Privacy Qui Tam. **Notre Dame Law Review**, v. 98, n. 1, pp. 267-336, Nov./2022, p. 282.

¹⁰⁵⁴ [...] "suits brought by private litigants against private persons allegedly acting in violation of a statute". STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R. Public Programs and Private Rights. **Harvard Law Review**, v. 95, n. 6, pp. 1193-1322, Apr./1982, p. 1196.

ser aplicada, o qual reclama, em dadas circunstâncias, um direito subjacente de agir em juízo, implícito na estrutura normativa.

*Estes direitos são reconhecidos de forma instrumental, para dar a devida concretude ao ordenamento, se assentando em noções correntes da federal common law, quais sejam a busca da intenção legislativa (legislative intent) e a necessidade de realizar os objetivos da lei. E seu reconhecimento não é obstado nem mesmo quando o estatuto em questão tenha previsto meios públicos de enforcement*¹⁰⁵⁵.

No entanto, mesmo diante de forte suporte teórico e de vantagens demonstradas empiricamente, o emprego de meios privados de aplicação da lei não passa livre de críticas¹⁰⁵⁶, muitas centradas no estímulo a iniciativas frívolas, movidas por ‘caçadores de recompensas’, e nos elevados honorários recebidos por advogados em *class actions*.

Sobretudo, se argumenta que o deslocamento do resguardo do *rule of law* para a arena judicial enfraquece o controle democrático (pois os juízes não são eleitos e não são sujeitos a controle popular) e degrada a qualidade das políticas públicas (já

¹⁰⁵⁵ O reconhecimento dos direitos privados de ação tem esteio em *J.I. Case Co. v. Borak*, julgado nos anos 1960 pela Suprema Corte [377 U.S. 426 (1964)] e seguido amplamente pelas demais cortes federais. Contudo, a partir dos anos 1980, a Corte Constitucional passou a ser bastante restritiva quanto a tal reconhecimento (STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R. *Public Programs and Private Rights. Harvard Law Review*, v. 95, n. 6, pp. 1193-1322, Apr./1982, p. 1196), realizando uma leitura estrita do Artigo III da Constituição (atribuições do Poder Judiciário), para exigir que qualquer violação trazida a juízo só possa ser sindicada judicialmente caso exista uma lesão concreta (“*injury in fact*”) contra os interesses do demandante. De acordo com CASTELLA, a Suprema Corte moldou dois testes para certificar a existência de *standing*. Pelo primeiro, há necessidade de demonstrar: um *injury in fact*, de natureza econômica ou com outra repercussão na esfera de direitos do interessado, o qual tem sido interpretado de modo restrito pelas Cortes, significando relevante dificuldade para sustentar uma causa judicial. O segundo reside na demonstração de que a lesão arguida tenha correlação com a disciplina da lei invocada como violada; e que sua arguição esteja compreendida dentro da moldura trazida pelo estatuto legal invocado (CASTELLA, Leah. *Qui Tam Actions. State Bar of Texas Environmental Law Journal*, v. 29, n 1, p. 18-31, p. 20). Note-se, contudo, que esses testes restringem muito a possibilidade de ajuizar ações coletivas (*class actions*), mas não se estendem aos fundamentos que legitimam as *qui tam actions* (“*The Supreme Court has previously held that qui tam relators have Article III standing, so legislatures can empower relators to stand in the government’s shoes to promote the public interest in the same way that an agency does. Finally, because relators adopt the public enforcer’s identity, there is no need for a qui tam to satisfy class certification criteria like ascertainability, commonality, and predominance*”). ORMEROD, Peter. *Privacy Qui Tam. Notre Dame Law Review*, v. 98, n. 1, pp. 267-336, Nov./2022, p. 274). ORMEROD também explica que a Suprema Corte iniciou seu movimento restritivo, ainda nos anos 1990, na tentativa de evitar interferências indevidas na atuação do Poder Executivo; mas tem ampliado as restrições, inclusive, “*in the past decade, the Court has repeatedly gone further-invalidating congressionally authorized private rights of action in suits against private-sector defendants, reasoning that some intangible injuries are insufficiently ‘concrete’*” (p. 299).

¹⁰⁵⁶ PRYOR apresenta o cenário da litigância ‘multigovernamental’, em especial a trazida pelas *class actions*, como “*the land of public corruption, constitutional subversion, and legalized antitrust conspiracies*”. PRYOR, William H. Jr. *A Comparison of Abuses and Reforms of Class Actions and Multigovernment Lawsuits. Tulane Law Review*, n. 1885, v. 74, Issues 5 and 6, pp. 1885-1909.

que o Judiciário tem menos informações e estrutura para sua formulação e aplicação)¹⁰⁵⁷.

Detalhando as objeções ao *private enforcement*, BURBANK, FARHANG e KRIETZER sintetizam os principais riscos envolvidos nessas medidas, os quais encorpam as críticas¹⁰⁵⁸ de seus opositores: os juízes, que não têm expertise política, acabam estimulados a tomar decisões de cunho político (caso especial das *class actions*); a fragmentação e falta de hierarquia da estrutura judiciária tende a produzir

¹⁰⁵⁷ FARHANG reconhece a procedência de ambas as preocupações, mas aponta que tais deficiências são contornadas pelos parlamentares (1) com uma elaboração legislativa mais detalhada, que deixa menos espaço para criatividade interpretativa; (2) aliada à concessão de poderes impositivos às agências executivas para explicitar o conteúdo das políticas públicas, fazendo o Judiciário dependente de tais definições para concretizá-las em juízo. Como sintetiza, “*They anticipate these issues and mitigate them by resolving more policy substance in Congress, articulating a more detailed regulatory scheme, and leveraging more administrative expertise with mandatory and specific rulemaking delegations*” (FARHANG, Sean. Legislating for Litigation: Delegation, Public Policy, and Democracy. **California Law Review**, v. 106, n. 5, p. 1529-1616, Oct./2018, p. 1601).

¹⁰⁵⁸ Boa parte das críticas dirigidas a medidas de *private enforcement* têm como pano de fundo as *structural injunctions*, medidas que partem do pressuposto de que “a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos”. Assim, pode ser necessário reorganizar uma estrutura que opera com falhas, lesando direitos, o que se dá por meio da *injunction*, “meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas” (FISS, Owen M. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade**. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 260). Essas medidas suscitam muitas indagações, sobretudo pelo fato de que “*The use of the injunction involves federal judges in legislative and executive functions*” (NAGEL, Robert F. Controlling the Structural Injunction. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, v. 7, n. 2, pp. 395-412, Fall 1984, p. 398)], denotando que, “*in recent years, the Judiciary has often been an accelerator of governmental activity rather than a brake*” (KAUFMAN, Irving R. Chilling Judicial Independence. **Yale Law Journal**, v. 88, n. 4, pp. 681-716, Mar./1979, p. 685). O que ocorre, na essência, é que as *injunctions* operam uma redistribuição de poder social pela via do litígio coletivo. Direitos e verbas são realocados, beneficiando parcelas da sociedade antes não favorecidas, como os destinatários da proteção oferecida pelo estatuto dos direitos civis, reclusos em presídios, internados em casas de tratamento mental e tantos outros grupos que mantêm relações perenes e dependentes de grandes burocracias estatais. Como sintetizam EISENBERG e YEAZELL: “*Finally, focusing on the merits of each individual case, we do perceive much about the new litigation that is new. We differ from many of the commentators only in asserting that the novelty lies less in the procedural or remedial aspects of the cases than in the rights they protect, the direction in which they redistribute power. For centuries courts have been invoking the remedies they employ in institutional cases, but they have been invoking them to vindicate a long established set of rights that has become the social institution we call property. Courts are now invoking such remedies in aid of new rights of individuals and groups. To focus on the remedial phases of the new litigation is therefore misleading, for there has not been a shift in the remedies which courts are willing to invoke so much as a shift in the rights in whose aid they are willing to invoke these remedies. The* shift has been occurring over the last few decades, as courts have created a series of new constitutional rights redounding to the benefit of such unprepossessing groups as criminal defendants. As long as these new rights could be asserted in such classical forms as the constitutional challenge to a criminal conviction, the need for expansive remedial decrees did not exist. But not all new rights had such a purely defensive significance. In particular, civil rights litigation has spawned many new classes of rights that cannot be protected by acquittal or reversal of a conviction. To enforce these new rights the courts have borrowed from a remedial arsenal first fitted out to vindicate interests of a rather different sort. In the new litigation, then, old remedies are implementing new rights*” (EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 3, p.465-517Jan./1980, p. 510-511).

decisões contraditórias; enfraquecem a capacidade administrativa de articular um esquema coerente de regulação; afetam a discricionariedade persecutória estatal e a cooperação com os reguladores; reduzem o poder de supervisão da implementação de políticas pelo Legislativo e Executivo; e carecem de legitimação democrática e meios de prestação de contas¹⁰⁵⁹.

Mas as críticas e os riscos apontados, que serão analisados pormenorizadamente no Capítulo 5, são contrabalançadas por uma defesa vigorosa do *private enforcement*, pautada na detecção de condutas que não seriam descobertas de outro modo¹⁰⁶⁰, no estímulo à inovação¹⁰⁶¹, no poder de mobilização da sociedade¹⁰⁶², no combate ao *'bureaucratic ossification'*¹⁰⁶³ (quando a agência se acostuma agir sempre do mesmo modo, tornando-a previsível e pouco efetiva) e na economia de recursos¹⁰⁶⁴, este último objetivo, aliás, decisivo na adoção de modelos de *enforcement* privado pelo Congresso dos Estados Unidos, fenômeno que se

¹⁰⁵⁹ BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M. Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v. 17, n. 3, PP. 637-722, 2013, p. 667.

¹⁰⁶⁰ "Our answer should be the same when it comes to profit-motivated lawyers. Profit-motivated lawyers are no different than profit-motivated anything else. Because they are profit motivated, they will enforce the law more thoroughly than government lawyers will. This means they will bring more lawsuits against egregious corporate misconduct. But it also means that, if we let them, they will bring more lawsuits that we are not so keen on. A rising tide lifts all lawsuits, so to speak. What we have to do is not cast the private lawyer aside, but to regulate, just as we have to regulate the corporate profit motive". FITZPATRICK, Brian T. Deregulation and Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v.24, n.2, pp. 685-696, 2020, p. 693.

¹⁰⁶¹ BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. **Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, pp. 1-18, Jan./1974, p. 17.

¹⁰⁶² "It was not the federal government, but private plaintiffs and community-based organizations that successfully identified and challenged unconstitutional practices in schools, prisons, mental hos pitals, and other institutions". GILLES, Myriam E. Reinventing Structural Reform Litigation: Deputizing Private Citizens in the Enforcement of Civil Rights. **Columbia Law Review**, v. 100, n. 6, pp. 1384-1453, Oct./2000, p. 1387.

¹⁰⁶³ SANT'AMBROGIO, Michael. Private Enforcement in Administrative Courts. **Vanderbilt Law Review**, v. 72, n. 2, pp. 425-500, Mar./2019, p. 434.

¹⁰⁶⁴ Cujas escassez característica no domínio público não tem paralelo para um aplicador privado e maximizador de lucros (LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Private Enforcement of Law. **Journal of Legal Studies**, v. 4, n. 1, pp. 1-46, Jan./1975, p. 36).

intensificou a partir do final dos anos 1960¹⁰⁶⁵ e hoje é parte fundamental das ferramentas de aplicação da lei nos Estados Unidos¹⁰⁶⁶.

A defesa do *enforcement* privado, se sustenta, em linhas gerais, na noção de que o modelo tem a virtude de: multiplicar os recursos devotados à aplicação da lei; transferir os custos de regulação do governo para agentes privados; tirar vantagens de informações de posse de particulares; encorajar inovação jurídica e política; emitir um sinal claro de que violações serão investigadas, mesmo que o sistema administrativo venha a ser capturado; facilitar a participação democrática e a governança¹⁰⁶⁷.

Dentre as virtudes apontadas, uma delas, a aptidão para fugir à captura de órgãos reguladores pelo setor regulado é vista com grande entusiasmo, pois a captura é um tema de muita preocupação na doutrina americana. Neste passo, a implantação de medidas de *enforcement* privado é vista como um antídoto eficaz para manter a aplicação da lei nas circunstâncias em que a estrutura burocrática não possa ou não queira fazê-lo¹⁰⁶⁸.

Razões de ordem política também estão na causa da adoção ampla de medidas privadas de aplicação da lei nos Estados Unidos. Em um cenário político polarizado, tem havido permanente desconfiança entre Legislativo e Executivo. Assim,

¹⁰⁶⁵ Levantamento feito em cerca de 400 regimes de *enforcement* instituídos por leis federais dos Estados Unidos entre 1947 e 2002 revela que em 24% há o emprego de medidas de *private enforcement*, sendo que nas áreas de proteção das relações de trabalho (41%), comunicações (39%), direitos civis (34%), meio ambiente (34%) e proteção ao consumidor (30%, área que também conta com grande delegação aos estados federados para aplicar as normas protetivas) a aplicação desses instrumentos é ainda mais intensa. BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M. Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v. 17, n. 3, PP. 637-722, 2013, p. 685-686. Interessante notar, no campo das relações de trabalho, que a dependência de medidas privadas é extrema: “*Private actions enforcing federal civil rights in employment statutes are one of the largest categories of suit reflected in statistics compiled by the Administrative Office of the U.S. Courts. In the decade from 2001 to 2010, there were an average of 17,253 such suits per year, 98% of which were privately prosecuted, with 2% prosecuted by the EEOC or the Department of Justice*”. BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M. Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v. 17, n. 3, PP. 637-722, 2013, p. 695.

¹⁰⁶⁶ “[...] our society places extensive reliance upon such private attorneys general to enforce the federal antitrust and securities laws, to challenge corporate self-dealing in derivative actions, and to protect a host of other statutory policies”. COFFEE, John. C. Jr. Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working. **Maryland Law Review**, v. 42, Issue 2, Article 3, pp. 215-288, 1983, p. 216.

¹⁰⁶⁷ BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M. Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v. 17, n. 3, PP. 637-722, 2013, p. 662.

¹⁰⁶⁸ ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, 2013, pp. 1689-1756.

alocar a responsabilidade pelo *enforcement*, ou pelo menos parte dela, fora do âmbito burocrático pode garantir que decisões políticas de outrora sejam respeitadas pelos mandatários do momento, mesmo diante de uma agência administrativa não alinhada ou de uma alteração da maioria política que levava à aprovação da norma¹⁰⁶⁹.

A criação de direitos privados de ação para dar aplicação a estatutos federais, ao contrário da crença muito disseminada, conta com a simpatia de ambos os partidos que dominam a cena estadunidense¹⁰⁷⁰, não apenas pelas razões acima, mas igualmente por atender às aspirações ideológicas associadas aos liberais e aos anseios de austeridade defendidos pelos conservadores¹⁰⁷¹.

Grande parte dos estatutos aprovados nas últimas décadas visam a resguardar valores de clara inspiração liberal (direitos civis, meio ambiente, proteção contra discriminação no emprego e ao consumidor), cuja defesa é mais identificada no Partido Democrata; mas só angariaram o suporte do Partido Republicano, sem o qual essas leis não seriam aprovadas, mediante compromisso de que o seu *enforcement* seria realizado preponderantemente por ações judiciais de iniciativa privada, ao invés de serem aplicadas por uma nova e dispendiosa burocracia pública¹⁰⁷²⁻¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁹ “[...] *in the American institutional environment Congress has incentives to rely on private enforcement regimes to carry out its will in the face of potential resistance by (1) Presidents, (2) future legislative majorities, and (3) bureaucrats whose interests or preferences are not aligned with the goals of the enacting Congress. This institutional environment also frequently gives rise to the need for broad supermajoritarian coalitions to pass a law, and privatization of enforcement costs in a regulatory law is one strategy to achieve this goal.* BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M. Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v. 17, n. 3, PP. 637-722, 2013, p. 679.

¹⁰⁷⁰ BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean. A New (Republican) Litigation State? **UC Irvine Law Review**, vol. 11, no. 3, February 2021, p. 657-692.

¹⁰⁷¹ Não obstante, de modo geral, os Republicanos são refratários à litigiosidade, sobretudo pelos efeitos que acarreta na economia; ao passo que os Democratas são simpáticos a ela, em face de seu papel promotor de liberdades individuais e sociais. Como sintetizam BURBANK e FARHANG, “*In recent decades these two views have become attached to the major political parties: Republicans deploring litigation, Democrats defending it*” (BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean. A New (Republican) Litigation State? **UC Irvine Law Review**, v. 11, n. 3, p. 657-692, Feb./2021, p. 658). Mesmo com essa distinção, ambos os partidos têm se valido da litigância, menos como meio de solução de conflitos e mais para realocação de poder (DIVER, Colin S. The Judge As Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions. **Virginia Law Review**, v. 65, n. 1, p. 43-106, Feb./1979, 45).

¹⁰⁷² FITZPATRICK, Brian T. Deregulation and Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v.24, n.2, pp. 685-696, 2020, p. 691.

¹⁰⁷³ O componente político que subjaz ao *private enforcement* é bem explicado por GARTH, NAGEL e PLAYER: “[...] *liberals promote the private attorney general, in part, as an antidote to what they view as a conservative administration's reluctance to aggressively enforce various regulatory laws. Conservatives find virtue in the private attorney general concept because of its function in 'privatizing' law enforcement pursuant to the ideals of economic efficiency*” (GARTH, Bryant G.; NAGEL, Ilene H.; PLAGER, S. Jay. The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action Litigation. **Southern California Law Review**, v. 61, n. 353, 1988, p. 353).

A existência de um direito de agir por conta própria para aplicar a lei violada pode ser vista, também, como decorrência de uma cultura que preza pela liberdade e autonomia individual. Igualmente, o reconhecimento desse direito está vinculado aos impositivos do Estado de Direito (*Rule of Law*), que não convive com transgressões sem consequências, mesmo diante de transgressores de grande proeminência¹⁰⁷⁴, percepção que fundamenta o reconhecimento de um '*judicial lawmaking*'¹⁰⁷⁵, concedendo ao Judiciário legitimidade para atribuir ao lesado um direito privado de ação, ainda que tal não tenha explicitamente previsto pelo Congresso¹⁰⁷⁶.

Contudo, conquanto não se deva ignorar a existência de críticas e resistências, a refletir preocupações que não podem ser desconsideradas na formulação e aplicação de medidas de *enforcement* privado; é necessário reconhecer que estas contam com consistente fundamentação teórica e uma prática consagrada de sua adoção. Deste modo, sendo elas uma realidade concreta e de efeitos importantes para o *rule of law*, as discussões mais consistentes na doutrina estadunidense não tratam de seu extermínio, circulando antes sobre que tipo de interesse deve preferencialmente ser protegido por tais mecanismos.

Neste campo, ganhou grande notoriedade estudo feito por BECKER e STIGLER, sustentado que, como regra, as ações privadas devem preponderar sobre as públicas. Ressaltam que o nível de aplicação da lei varia diretamente em função do investimento que a sociedade faz para tanto¹⁰⁷⁷, um investimento que, como visto acima, a sociedade estadunidense não é muito disposta a autorizar que o Estado faça – e que nações menos ricas não têm condições de realizar. Além disso, pontuam que os agentes públicos costumam ter menos a ganhar com a prevenção ou punição de

¹⁰⁷⁴ “*Empirical studies of regulatory enforcement have found that government enforcement officials are less likely to file enforcement actions against larger companies, perhaps because such companies have greater political clout or resources to put toward legal defense*”. ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, pp. 1689-1756, 2013, p. 1730.

¹⁰⁷⁵ “*Its justification rests on na amalgam of concerns, including the desirability of enforcing statutory limits on official discretion, the need for judicial checks in a system of separated powers, and the importance of personal security*”. STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R. Public Programs and Private Rights. **Harvard Law Review**, v. 95, n. 6, pp. 1193-1322, Apr./1982, p. 11318.

¹⁰⁷⁶ Mesmo que se trate de situação polêmica e que não conta com o beneplácito da Suprema Corte, para quem o Artigo II da Constituição (Separação de Poderes) limita, de modo geral, a concessão de *cause of action*, pois deve decorrer diretamente da Constituição ou da lei expressa: [quando alguém] “*seeks to assert an implied cause of action*” [...] *separation-of-powers principles are or should be central to the analysis, [...]* [e o Congresso] “*most often is the appropriate branch to decide whether to provide for a private remedy*” (UNITED STATES. Supreme Court. *Ziglar v. Abbasi*, n.15-1358, June 19, 2017).

¹⁰⁷⁷ BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. **Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, pp. 1-18, Jan./1974, p. 3.

ofensas do que os ganhos esperados pelos violadores da norma, de modo que, diante da assimetria de incentivos, quanto maior o ganho vislumbrável por estes, pior deve ser a qualidade do *enforcement*¹⁰⁷⁸.

Este inconveniente pode ser evitado, na análise econômica que fazem, com a legitimação da vítima para adotar medidas contra o violador, pois, para estas, há o estímulo de recuperar o valor perdido, mais eventuais sanções pecuniárias previstas na legislação, ao que se soma a disponibilidade de melhores condições para investir na sua defesa judicial¹⁰⁷⁹, como ocorre com grandes empresas interessadas em aplicar a legislação antitruste, que dispõem de vastas somas para aplicar no litígio, ou com os grupos e firmas de advocacia especializados em mover *class actions*, detentores de importante *know-how*.

Dentro desta visão, em que o incentivo financeiro é útil para motivar as vítimas a agirem contra os violadores, concluem questionando por que não se deveria generalizar este sistema, deixando “qualquer um dar aplicação aos estatutos e receber uma compensação por sua performance?”¹⁰⁸⁰.

A defesa da ampla aplicação do *private enforcement* recebeu resposta de LANDER e POSNER, pautada também na *análise econômica do Direito*. Mas estes estudiosos, ao invés de refutar por completo o mecanismo, limitaram-se a defender sua circunscrição ao campo do direito privado, em que, aliás, já é ampla e historicamente empregado, como no resguardo da validade de contratos, na responsabilidade civil ou violações à propriedade. Também, propunham que os incentivos ao autor privado fossem devidamente calibrados, para direcioná-los ao atingimento de um nível ótimo de *enforcement* dos interesses sociais, sem que acabassem por descambar em *over-enforcement*.

¹⁰⁷⁸ BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. **Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, pp. 1-18, Jan./1974, p. 4.

¹⁰⁷⁹ BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. **Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, pp. 1-18, Jan./1974, p. 13.

¹⁰⁸⁰ BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. **Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, pp. 1-18, Jan./1974, p. 14. Mais ainda, questionam por que, já que a sociedade não escolhe quem vai exercer tal ou qual profissão, não deixar que quem quiser entrar no ‘mercado’ de aplicação da lei possa entrar, inovar, prosperar ou falir? (p. 15).

Em sua visão, o modelo ótimo de *enforcement* não é exclusivamente privado, como defendido por BECKER e STIGLER, mas uma combinação entre meios públicos e privados, a depender do tipo de violação que se esteja tratando¹⁰⁸¹.

Ainda, sustentam que a aplicação da lei é uma atividade econômica, não denominando-a 'mercado', como os contentores, porém 'indústria' (*Private Enforcement Industry*), cuja produção reside em detectar e punir violadores da lei¹⁰⁸². Esta indústria, na essência, é movida por incentivos colhidos com o resultado da ação, mas não é pior ou melhor que o *enforcement* público, já que ambos estão sujeitos a riscos de aplicação excessiva (*over-enforcement*) ou equivocada.

Basicamente, a escolha deveria - e segundo sua análise, tem sido - orientada por razões econômicas que apontam para o tipo ótimo de *enforcement* demandado *in concreto*, vislumbrável pelo grau de investigação necessário para responsabilizar o violador. Nas relações privadas, em que o lesado está sempre incentivado economicamente a buscar reparação, quase não se demanda investigação, pois a vítima de, por exemplo, um acidente de carro ou a parte lesada em um contrato costuma saber desde o princípio quem infringiu a ordem jurídica. Já nas relações de domínio público, o direito penal em especial, é mais difícil saber desde logo quem cometeu um furto ou um sequestro, o que requer a criação de um aparato específico para desvendar tais ilícitos, tornando essa seara mais propensa a um *monopólio público de enforcement*¹⁰⁸³.

Deste debate, fica claro que o *private enforcement* é uma tradição arraigada e ferramenta intensamente empregada pela legislação dos Estados Unidos. E, na prática, não há grande dicotomia entre as formas públicas e privadas de *enforcement*, havendo, em verdade, uma relação de complementariedade¹⁰⁸⁴.

Os dois mecanismos são "comumente usados em combinação, com alguns poderes delegados a agente administrativos, enquanto outros são deixados para

¹⁰⁸¹ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Private Enforcement of Law. **Journal of Legal Studies**, v. 4, n. 1, pp. 1-46, Jan./1975, p. 3.

¹⁰⁸² LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Private Enforcement of Law. **Journal of Legal Studies**, v. 4, n. 1, pp. 1-46, Jan./1975, p. 3.

¹⁰⁸³ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Private Enforcement of Law. **Journal of Legal Studies**, v. 4, n. 1, pp. 1-46, Jan./1975, p. 30-31.

¹⁰⁸⁴ Esta noção, segundo magistério de COFFEE, apoiado no julgamento de J.I. Case Co. v. Borak [377 U.S. 426, 432 (1964)], já foi, inclusive, reconhecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos. COFFEE, John. C. Jr. Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working. **Maryland Law Review**, v. 42, Issue 2, Article 3, pp. 215-288, 1983, p. 218

litigantes privados e para as Cortes pelo mesmo estatuto”. Então, nesses “regimes híbridos, tanto o *enforcement* público quanto o privado podem assumir um papel dominante, enquanto o outro desempenha um papel auxiliar”¹⁰⁸⁵.

Para assegurar um direito, a escolha entre uma ferramenta de *enforcement* público ou privado não importa em escolher um modelo fraco ou forte de aplicação da lei, ambos podendo variar de forte a fraco, a depender da configuração dada ao instrumento. Aliás, uma moldura privada pode ser mais efetiva que uma pública, dotada de baixos poderes, pequeno orçamento e liderança com pouco ímpeto para exercer sua função¹⁰⁸⁶.

Antes de uma concorrência, o principal benefício de um sistema híbrido¹⁰⁸⁷ de *enforcement* reside na ‘redundância’ (sistemas autônomos, operando de forma independente, com a mesma finalidade, de modo que, em caso de falha, a ausência de um é suprida pelo outro), conceito trazido da engenharia e adaptado para as ciências sociais, empregado por CLOPTON¹⁰⁸⁸ para descrever, e defender, sua aplicação no Direito estadunidense.

Neste campo, o sistema federal de *enforcement* nos Estados Unidos emprega predominantemente um modelo híbrido¹⁰⁸⁹, de ‘*redundant enforcement*’, bifurcando-se nas noções de ‘*redundant authority*’ e ‘*redundant litigation*’. A primeira, expressa a prerrogativa que agentes públicos e atores privados possuem para mover ações de aplicação da lei, as quais, contudo, são mutuamente preclusivas: se há iniciativa pública, a privada resta obstada, e vice-versa. Como há uma replicação da

¹⁰⁸⁵ BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M. Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v. 17, n. 3, PP. 637-722, 2013, p. 661.

¹⁰⁸⁶ BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M. Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v. 17, n. 3, PP. 637-722, 2013, p. 662.

¹⁰⁸⁷ Os sistemas híbridos combinam competências públicas e particulares na aplicação da lei. Normalmente, se refletem em atribuição de legitimidade ativa para entes estatais e pessoas privadas levarem ao Judiciário violações a algum estatuto legal. Neste caso, o sistema híbrido também pode ser denominado de ‘*litigation regime*’, que traduz, além da conjugação de competências públicas e particulares, a centralidade dadas às cortes de justiça na aplicação de um determinado regime jurídico, com precedência sobre sua aplicação pela via administrativa. Sobre o ponto, ver: FARHANG, Sean. Legislating for Litigation: Delegation, Public Policy, and Democracy. **California Law Review**, v. 106, n. 5, p. 1529-1616, Oct./2018.

¹⁰⁸⁸ CLOPTON. Zachary D. Redundant Public-Private Enforcement, **Vanderbilt Law Review** v. 69, n. 2, pp. 288-332, Mar./2016.

¹⁰⁸⁹ “[...] *many of our most consequential regulatory regimes have evolved into hybrids of public and private enforcement in which multiple enforcers-including federal and state administrative agencies, private litigants, and state attorneys general-operate and Interact within complex ‘ecologies of enforcement’.* ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, pp. 1689-1756, 2013, p. 1753.

possibilidade de apresentar casos a agências administrativas ou ao Judiciário, promove-se a redução de erros, contornam-se restrições orçamentárias, problemas de déficit de informação e custos de seleção de casos pelas agências estatais, assegurando que “*fewer good cases are missed*”.

Já na segunda, a litigância redundante, tem-se a possibilidade de ações múltiplas e sobrepostas serem deduzidas por autores públicos e particulares, sem que a solução de uma seja prejudicada pela outra. Além de responder aos mesmos objetivos da *redundant authority*, a *redundant litigation* também possibilita evitar erros de julgamento, seja os advindos de acordos fechados por valores subestimados, seja julgamentos de mérito que não alcançaram a real amplitude da lesão, em decorrência de uma performance insuficiente de algum dos legitimados¹⁰⁹⁰.

Com efeito, esta segunda espécie traz riscos de *over-enforcement*, na forma de punições múltiplas e excessivas¹⁰⁹¹. Contudo, estes problemas costumam ser balanceados com disposições processuais que façam uma causa aguardar o julgamento da outra (*stay rule*), que determinem a tramitação conjunta ou, como nas *qui tam actions*, imponham ao autor privado o dever de comunicar o governo para, se quiser, passe a integrar o polo ativo da ação; e, ainda, previsões de compensação de danos já acertados na ação precedente.

O fato, reforça-se, é que as medidas de *private enforcement* são uma realidade, com vasta adoção para assegurar a aplicação dos estatutos federais estadunidenses. Em especial no campo de ações judiciais usadas para dar concreção a leis federais, verifica-se desde o final de década de 1960 até início dos anos 2000 um crescimento de 800% no volume de ações movidas por particulares¹⁰⁹².

Segundo dados empíricos e análises doutrinárias a seguir examinadas neste Capítulo, as vantagens na adoção de meios privados de colaboração com o Estado

¹⁰⁹⁰ CLOPTON. Zachary D. Redundant Public-Private Enforcement, **Vanderbilt Law Review** v. 69, n. 2, pp. 288-332, Mar./2016, p. 290.

¹⁰⁹¹ “*Because a private enforcer will enforce whenever the expected return exceeds her costs, she may do so even where the social cost of enforcement (e.g., the transaction costs consumed By both sides, including judicial resources) exceeds the social benefit*”. ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, pp. 1689-1756, 2013, p. 1697.

¹⁰⁹² FARHANG, Sean. **The Litigation State**: Public Regulation and Private Lawsuits in the U.S. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 3-4.

estão suplantando os riscos, os quais, aliás, serão analisados detidamente no Capítulo 5 desta tese.

Isto fica muito claro ao se examinar os diplomas legais forjados para o enfrentamento de atos de corrupção. Especificamente neste tema, que vem ocupando lugar de destaque nos debates jurídicos dos Estados Unidos desde o Século XIX, o marco jurídico mais expressivo, o *False Claims Act* (FCA) de 1863, promulgado como resposta aos saques perpetrados aos cofres públicos durante a Guerra Civil, se vale intensamente de *private enforcement*, através das *qui tam actions*.

Antes mesmo da edição do FCA, por influência do Direito da metrópole, as colônias já empregavam meios de *enforcement* privado para reforçar a ação do Estado no enfrentamento de atos lesivos ao erário, havendo vários registros de previsão de *qui tam actions* naquele contexto.

Na mesma esteira vem o *Racketeer Influenced And Corrupt Organizations* (RICO) de 1970, que surgiu em resposta à máfia ítalo-americana, sobretudo para enfrentar a criminalidade crescente e sua preocupante infiltração em negócios lícitos, muitas vezes mediante participação de agentes estatais.

Trata-se de instrumento de grande relevância, pois direcionado a enfrentar a cadeia de comando da delinquência, não apenas os meros executores das ordens superiores, tarefa para a qual inovou em abordagem e instrumentos persecutórios, produzindo efeitos até então inéditos no combate a grupos organizados dedicados à prática sistemática de ilicitudes.

A exemplo do FCA, o RICO se vale de medidas de *private enforcement*, já que pessoas privadas (*RICO's private attorneys*) podem tomar a iniciativa da persecução civil, estimuladas pelo prêmio representado pelos *treble damages* (indenização pelo triplo do dano sofrido).

Outro estatuto destacado na seara anticorrupção é o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977, que tem por alvo a corrupção de agentes estrangeiros levada a cabo por empreendimentos estadunidenses ou com vínculos naquele território, praticada com o intuito de angariar vantagens, especialmente comerciais, aos corruptores.

O FCPA é o único diploma aqui analisado que não prevê expressamente meios de *private enforcement*. Não obstante, há uma forte defesa da aceitação, pelas Cortes,

de direitos implícitos de ação para aplicação do diploma, ou, pelo menos, de sua emenda, para que a possibilidade de *qui tam actions*¹⁰⁹³ ou outro tipo de *citizen actions* passe a ser admitida.

Além disso, pelo fenômeno da *collateral civil litigation* muitos autores privados acabam indiretamente reforçando a aplicação desta norma, pois têm replicado em processos de iniciativa particular fatos idênticos aos articulados pelo Departamento de Justiça (DOJ) ou pela *Securities and Exchange Commission* (SEC) em ações que tais entes públicos promovem para impor as penas do diploma. Em suas demandas, os particulares buscam reparação por violações ao FCPA, mas, por não terem *cause of action* para sua aplicação, não o invocam como fundamento de sua pretensão, preferindo se valer de outras normas, como o RICO, leis antitruste e leis estaduais contra competição injusta¹⁰⁹⁴, conquanto estejam, na essência, litigando por violações ao FCPA.

De outro norte, e em que pese a ausência de previsão expressa de *private enforcement*, o exame do FCPA é essencial por ser um vetor importante para reconhecimento dos efeitos extraterritoriais da corrupção e de suas consequências danosas para um ambiente comercial saudável. Ainda, o FCPA foi propulsor de uma série de tratados internacionais e legislações nacionais (inclusive a LAC brasileira) contra a corrupção de agentes públicos de países estrangeiros, trazendo inovações e legado que merecem ser estudados.

Com efeito, as três normas estadunidenses selecionadas para exame mais aprofundado neste Capítulo foram forjadas em um contexto cultural e jurídico distinto. Especialmente o fato de se inserirem em um sistema de *common law* pode ser

¹⁰⁹³ LEVINTOW faz uma enfática defesa da emenda ao FCPA, para que passe a contemplar o ajuizamento de *qui tam actions*. Compara os resultados do programa de *whistleblower* instituído em favor da SEC para angariar informações sobre fraudes no campo securitário e acionário, com os produzidos pelo uso de *qui tams*. A diferença essencial reside no fato de que, no primeiro caso, a informação é disponibilizada diretamente ao Poder Executivo, via SEC. No segundo, por haver legitimidade para propor ação em nome e em favor do Estado, a informação é oferecida judicialmente, tendo o governo ciência dela quando notificado da ação. O autor destaca que há “*dramatic differences in the quality of information provided by whistleblowers*”, tendo como consequência o fato de que “*only about .2% of whistleblower complaints to the SEC result in an award. By contrast, the DOJ intervenes in approximately 20% of qui tam actions filed under the FCA, and of those, roughly 95% result in settlement or judgement in favor of the United States (and the relator)*” (LEVINTOW, David. A Positive-Sum Game: Why a Qui Tam Provision in the FCPA Would Benefit Both Whistleblowers and Covered Entities. **Business & Finance Law Review**, v. 4, n. 2, pp. 65-96, Apr./2021, p. 76).

¹⁰⁹⁴ MARK, Gideon. Private FCPA Enforcement. **American Business Law Journal**, v. 49, n. 3, pp. 419-505, Sep./2012, p. 420.

apontado, em exame apressado, como um empecilho para aproveitar seus potenciais benefícios no Brasil. Pelo contrário, há mais razões de convergência do que óbices. Nos países de direito consuetudinário a criação de estatutos legais responde a necessidades de regramento de temas que não foram tratados pelos precedentes¹⁰⁹⁵, suprimindo uma lacuna regulatória e clamando por uma aplicação pretoriana muito semelhante da que ocorre em países de direito eminentemente legislado.

Mais que isso, a distinção existente entre modelos de *civil* e *common law* não é barreira intransponível para aproveitamento de bons instrumentos oferecidos pelo direito estadunidense, na medida em que o Direito brasileiro tem feito diversas aproximações ao *common law*. Além disso, os mecanismos anticorrupção acima mencionados vêm sendo testados há décadas, com bons resultados, e isso é o mais importante para que se lance um olhar sobre eles. Não se pode desprezar boas iniciativas apenas porque forjadas em família jurídica distinta¹⁰⁹⁶.

Deste modo, com intuito propositivo e partindo do pressuposto que a grande questão não é escolher um regime público ou privado de aplicação da lei, mas que o essencial é “*how to structure institutions- or combinations of institutions- that can optimally coordinate multiple, overlapping, and interdependente enforcement mechanisms*”¹⁰⁹⁷; passa-se ao exame do FCPA, RICO e FCA, a fim de investigar eventuais conexões com a LIA e LAC do direito brasileiro e, no caso específico do FCA, propor a incorporação de mecanismo semelhante às *qui tam actions* na legislação anticorrupção do Brasil, com as devidas adequações ao cenário nacional.

¹⁰⁹⁵ “*During the past century, regulatory controls have proliferated; government has assumed a major role as insurer, redistributor, manager of the economy, and purchaser and provider of goods and services. Individual welfare is shaped less and less by common law rules, more and more by legislative and administrative action*”. STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R. Public Programs and Private Rights. **Harvard Law Review**, v. 95, n. 6, pp. 1193-1322, Apr./1982, p. 1204.

¹⁰⁹⁶ SOUZA, Teresa Cristina. **Recuperação de Valores Devidos ao Erário no Direito Norte-Americano**: qui tam action e false claims act. Brasília: Escola da AGU. 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course, volume 1, 2012, p. 310.

¹⁰⁹⁷ ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, pp. 1689-1756, 2013, p. 1754.

4.2 FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (FCPA)

A importância de se examinar o FCPA¹⁰⁹⁸ decorre do fato de ser este o primeiro, e por algum tempo, o único, diploma legal no mundo a se debruçar no enfrentamento da corrupção entre corporações de um país e agentes públicos estrangeiros¹⁰⁹⁹, situação ainda preocupante nos tempos presentes, a ponto de o G20, grupo de países que reúne as maiores potências econômicas do globo, ter expressado que a luta contra a corrupção no comércio e finanças internacionais é uma de suas prioridades máximas de ação¹¹⁰⁰.

Além disso, como mencionado na introdução deste Capítulo, embora não invocado expressamente, o FCPA dá suporte a ações privadas de reparação dos efeitos gerados por atos de corrupção, litígios que surgem na sequência de demandas propostas pelo DOJ ou pela SEC contra os violadores da norma (*collateral civil litigation*).

Não obstante, não estranha ao FCPA a colaboração privada para medidas de aplicação da lei. Desde 2011 a SEC mantém um programa de *whistleblower*, amparado na Seção 922 da *Dodd-Frank Act*. Embora mais restrito e menos eficaz que um sistema de *qui tam*, em 15% das ocasiões as dicas ofertadas por *whistleblowers* se convertem em investigação da SEC¹¹⁰¹, procedimentos que provavelmente não existiriam sem esta colaboração.

¹⁰⁹⁸ U.S.C 15.

¹⁰⁹⁹ “When the legislation was passed, the United States became the first and only country in the world with strict penalties for companies engaged in business practices that involved bribery”. REDIKER, Ezekiel K. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE “CULTURE OF SETTLEMENT”. **Seton Hall Legislative Journal**, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015, p. 57-58.

¹¹⁰⁰ Criminalizing Bribery: 12. “We commit to ensuring that each G20 country has a national law in force to criminalize bribery, including bribery of foreign public officials and to bolster efforts to effectively prevent, detect, investigate, prosecute and sanction domestic and foreign bribery. The fight against corruption in international trade and investment, as a key dimension to promote a level playing field, remains a top priority of the G20. We encourage countries to promote cooperation with the private sector on this topic and we encourage enterprises of G20 countries to take appropriate measures to raise awareness of corruption risks and deploy effective mitigation and compliance systems” (...). G20 Anti-Corruption Ministers Meeting. **Ministerial Communiqué**. Saudi Arabia: 22 October 2020. Disponível em:

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiDj_DhxfPuAhUGLLkGHZGmCPgQFjAAeqQIAhAD&url=https%3A%2F%2Fg20.gov.sa%2Fen%2Fmedia%2FDocuments%2FG20SS_Communique_Anti-Corruption%2520Ministers%2520Meeting%2520_EN.pdf&usq=AOvVaw0hfpRJis6U0VA9HScuvEUR.

Acesso em: 18/02/2021.

¹¹⁰¹ NATIONAL WHISTLEBLOWER CENTER. **Foreign Corrupt Practices Act: How the Whistleblower Reward Provisions Have Worked**. Disponível em: <https://www.whistleblowers.org/foreign-corrupt->

O FCPA foi editado como resposta do Congresso estadunidense ao abalo de imagem sofrido pelo país em decorrência do escândalo de *Watergate*, em que se flagrou um esquema de fundos escusos¹¹⁰², alimentado por corporações transnacionais baseadas nos Estados Unidos, cujo propósito era influenciar eleições, inclusive a que concorrera Richard Nixon, um dos beneficiários de verbas do referido fundo.

A imagem dos Estados Unidos estava também comprometida no cenário mundial por seu envolvimento na Guerra do Vietnã. Para reabilitar sua posição de liderança global, o Congresso aprovou a nova normatização antissuborno por unanimidade¹¹⁰³, ocasião em que o presidente James Carter destacou a principal feição da norma: “esta Lei torna ilegais sob as leis dos Estados Unidos pagamentos corruptos feitos a oficiais estrangeiros”.¹¹⁰⁴

Neste contexto, o FCPA “é o instrumento jurídico norte americano para o combate à corrupção, especialmente aquela decorrente de subornos a dirigentes governamentais, tanto nos Estados Unidos como no exterior”¹¹⁰⁵.

Para atingir os objetivos almejados, especialmente obstar a corrupção de oficiais estrangeiros, o FCPA proíbe¹¹⁰⁶:

[...] fazer uso dos correios ou de qualquer outro meio ou organismo governamental de comércio interestadual, de forma corrupta, para promover uma oferta, pagamento, promessa de pagamento ou autorização de pagamento de qualquer soma em dinheiro, ou oferta, doação ou promessa

[practices-act-a-comprehensive-look/#:~:text=The%20Foreign%20Corrupt%20Practices%20Act,obtained%20by%20the%20U.S.%20government. Acesso em: 28/02/2023.](#)

¹¹⁰² Esses *slush funds* (fundos escusos) chegaram a acolher mais de U\$ 300 milhões, que eram usados para pagar propinas a funcionários estrangeiros, com vistas a angariar ou manter negócios em diversos países, eram mantidos até por empresas beneficiárias de socorros governamentais, algumas das quais deduziam os valores de propina em suas declarações de imposto de renda. Sobre o ponto: DE PAULA, Diego. **FCPA e a Lei Anticorrupção**: Responsabilidade pessoal dos administradores. Organizadores: JACOBSEN, Gilson; DANTAS, Marcelo Buzaglo; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Coleção Direito, Anticorrupção e Compliance – Vol. 3*. Florianópolis: Habitus, 2021, p. 96-99.

¹¹⁰³ REDIKER, Ezekiel K. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE “CULTURE OF SETTLEMENT”. **Seton Hall Legislative Journal**, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015, p. 57.

¹¹⁰⁴ “*This law makes corrupt payments to foreign officials illegal under United States law*”. Declaração feita por ocasião da assinatura do FCPA. UC SANTA BARBARA. **The American Presidency Project**. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=7036>. Acesso em: 17/08/2020.

¹¹⁰⁵ COELHO, Nuno M.M.S.; HERINGER, Helimara Moreira Lamounier. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: UMA BREVE ANÁLISE DA LEI QUE DEU ORIGEM AO COMBATE INTERNACIONAL DA CORRUPÇÃO. **Revista Jurídica**, v. 01, n. 46, pp. 164-187, Curitiba, 2017, p. 166.

¹¹⁰⁶ 15 U.S.C. § 78dd-1(A)(B).

de doação, ou ainda uma autorização de doação de qualquer item de valor a --

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

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

(B) induzir tal dirigente estrangeiro ao uso de sua influência perante um governo estrangeiro ou organismo governamental para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou organismo

Além da vantagem ao oficial estrangeiro, são vedadas promessas de pagamentos ou pagamentos que tenham por finalidade influenciar ações de partidos políticos, candidatos ou dirigentes desses partidos; ou de organismos internacionais e seus dirigentes; com o fim de que pratiquem atos ilegais com potencial benefício ao ofertante¹¹⁰⁷.

Qualquer pessoa que sirva de intermediário (*third parties*) entre o ofertante da propina e os oficiais estrangeiros, partidos, candidatos, dirigentes de partidos, organismos internacionais ou seus dirigentes também fica sujeita ao FCPA¹¹⁰⁸. Nesta categoria podem ser incluídos agentes, representantes, distribuidores e outros que auxiliem uma empresa na obtenção ou manutenção de negócios, bem como advogados contratados no país estrangeiro¹¹⁰⁹.

Deste modo, os destinatários da vantagem indevida são divididos em três espécies: 1. os “oficiais estrangeiros” (*foreign officials*), que agem em nome de governos ou de organizações internacionais¹¹¹⁰; 2. os partidos políticos estrangeiros, agentes desses partidos ou candidatos a cargos eletivos; e 3. os intermediários entre os pagadores e os recebedores do suborno¹¹¹¹.

Para que a norma tenha incidência, é preciso demonstrar que o correio ou outro instrumento de comércio dos Estados Unidos foi usado para fazer a oferta, pagamento, promessa de pagamento ou para presentear o beneficiário, com o

¹¹⁰⁷ 15 U.S.C. § 78dd-2(A)(B).

¹¹⁰⁸ USA, Section 30A(c)(1) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78dd-3(A)(B).

¹¹⁰⁹ KOEHLER, Mike. **Foreign Lawyers Are Third Parties Too**. FCPA PROFESSOR, 19/08/2020. Disponível em: <https://fcpaprofessor.com/foreign-lawyers-third-parties-2/#more-29588>. Acesso em: 19/08/2020.

¹¹¹⁰ USA. Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. 2020, p.21.

¹¹¹¹ REDIKER, Ezekiel K. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE “CULTURE OF SETTLEMENT”. **Seton Hall Legislative Journal**, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015, p. 58.

propósito de obter ou manter negócios¹¹¹². Tem-se assim, o que se chama de *business nexus element*¹¹¹³, através do qual só são puníveis atos de suborno praticados com a intenção deliberada de fomentar ou preservar negócios.

Enquanto o estatuto torna ilegal qualquer uso de dinheiro norte-americano para subornar oficiais estrangeiros, são cobertos pela norma dois grupos distintos de pagadores de suborno: os emissores de títulos regulados pela *Securities and Exchange Commission* – SEC (empresas com ações negociadas nos EUA, por exemplo); e os indivíduos, cidadãos ou residentes nos Estados Unidos, bem como corporações sediadas ou organizadas sob as leis estadunidenses.

Note-se que além de proscrever pagamentos indevidos (*anti-bribery provisions*) a autoridades estrangeiras, o estatuto tem normas claras e fortes sobre escrituração contábil (*accounting provisions*), as quais, se não forem seguidas, ensejam punição por si só, independentemente de haver prova de um suborno específico.

Essas normas de ordem contábil têm por objetivo dificultar a ocultação do pagamento de propinas na escrituração do pagador e facilitar a tarefa da autoridade fiscalizadora, a SEC, de identificar a ocorrência de tais pagamentos. Através delas, a Comissão busca especialmente evitar que sejam feitos registros: a. falhos, que não permitam identificar transações impróprias; b. falsificados, com o propósito de maquiar a natureza ilícita de certos pagamentos; c. corretos quantitativamente, mas que não espelham a natureza da transação efetivamente realizada, o que pode encobrir pagamentos indevidos¹¹¹⁴.

No que tange às formas de punição, o combate à corrupção, na disciplina do FCPA, se desdobra em dois ramos. No braço cível, tanto a Comissão de Títulos e Câmbio (SEC) como o Departamento de Justiça (*Department of Justice* – DOJ) ostentam autoridade persecutória. O DOJ tem competência para casos de violação de previsões antissuborno; a SEC tem atribuição para casos de suborno e de violação

¹¹¹² USA. Department of Justice. **Cláusulas Anti-Suborno e sobre Livros e Registros Contábeis da Lei Americana Anti-Corrupção no Exterior**. 2004, p.3. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpaportuguese.pdf>>. Acesso em: 17/08/2020.

¹¹¹³ REDIKER, Ezekiel K. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE “CULTURE OF SETTLEMENT”. **Seton Hall Legislative Journal**, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015, p. 60.

¹¹¹⁴ BARUCH, Hurd. The foreign corrupt practices act. **Harvard Business Review**, Jan. 1979.

das regras de boa contabilidade. No plano criminal, a competência é exclusiva do DOJ¹¹¹⁵.

O número de casos conduzidos por cada agência vem expresso no quadro a seguir, que também destaca a natureza da pessoa processada¹¹¹⁶:

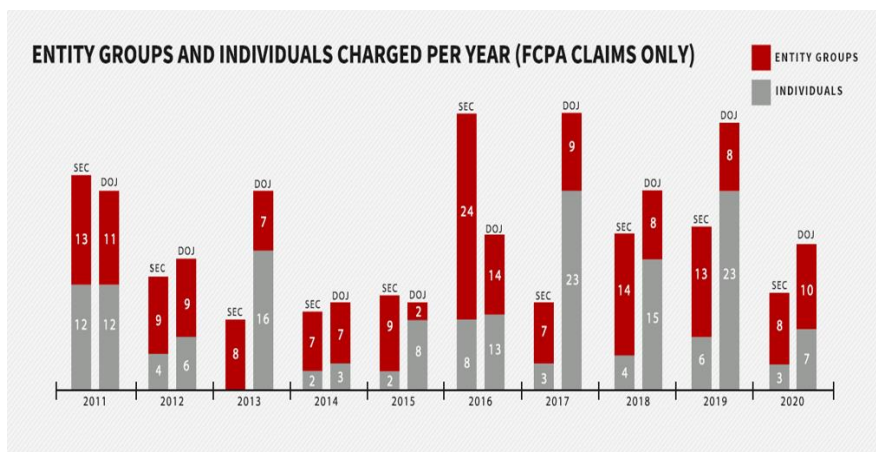


Figure 13 - elaborado pela Stanford Law School e Sullivan & Cromwell LLP

Note-se que o FCPA foi editado em 1977, mas as análises se atêm a dados mais recentes. Isto se deve ao fato de que, até o início dos anos 2000, eram raras as medidas de aplicação do estatuto. Apenas nessa época o DOJ e a SEC intensificaram suas fiscalizações e persecuções, o que elevou sensivelmente o volume de ações abertas: entre 2006 e 2010, o governo federal deu início a mais casos do que o verificado desde a edição da Lei até 2005¹¹¹⁷.

No que diz com a descrição dos atos vedados, embora a lei tenha pretendido detalhar as condutas puníveis, são apontadas falhas de redação que tornam seu significado ambíguo e impreciso. A doutrina critica a vagueza de conceitos de vários pontos do FCPA, fator que seria concessor de muita discricionariedade aos órgãos de persecução.

Um dos pontos criticados diz com a indefinição do termo *oficial estrangeiro*. Aponta-se, em relação ao sujeito passivo da corrupção, que a falta de definição

¹¹¹⁵ USA. Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. 2020, p. 70.

¹¹¹⁶ STANFORD LAW SCHOOL. **Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse**: a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP. Disponível em: <http://fcpa.stanford.edu/>. Acesso em: 22/02/2021.

¹¹¹⁷ MARK, Gideon. Private FCPA Enforcement. **American Business Law Journal**, v. 49, n. 3, pp. 419-505, Sep./2012, p. 431.

precisa desta categoria deixa aberta a possibilidade de que qualquer empregado de empresa mantida ou controlada por país estrangeiro seja alcançado pela norma¹¹¹⁸. Esta é, aliás, a compreensão empregada pelo DOJ e pela SEC. Casos recentes têm confirmado que pagamentos para empregados de empresas de propriedade ou controladas pelo Estado se submetem ao regime do FCPA¹¹¹⁹.

Assim, parece acertado, para definir o que seja um oficial estrangeiro, partir da definição de *public enterprise*, constante da *OCDE Anti-Bribery Convention*¹¹²⁰, que o define como “*any enterprise in which the government holds a majority stake, as well as those over which a government may exercise a dominant influence directly or indirectly*”¹¹²¹.

Deste modo, a definição de quem seja *oficial estrangeiro* parte da identificação da *government instrumentality*, ou seja, do fato de que o indivíduo pratique a ação em nome de companhias estrangeiras que são majoritariamente de propriedade ou controladas por seus respectivos governos.

Com relação às empresas que têm participação minoritária do governo estrangeiro, a questão ainda é aberta, pois as autoridades judiciais têm fornecido orientação esparsa sobre o tema. Enquanto a questão não é definida, vale a advertência de COHEN, HOLLAND e WOLF, no sentido de que “as companhias devem ser sábias e assumir que qualquer conexão com um consumidor ou parceiro estrangeiro e seu respectivo governo pode ser suficiente para caracterizar isto como a *government instrumentality*”¹¹²².

¹¹¹⁸ REDIKER, Ezekiel K. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE “CULTURE OF SETTLEMENT”. **Seton Hall Legislative Journal**, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015, p. 59.

¹¹¹⁹ COHEN, Joel M.; HOLLAND, Michael P.; WOLF, Adam P. Under the FCPA, Who Is a Foreign Official Anyway? **The Business Lawyer**, v. 63, n. 4, p. 1243-1274, ago./2008, p. 1250.

¹¹²⁰ COHEN, Joel M.; HOLLAND, Michael P.; WOLF, Adam P. Under the FCPA, Who Is a Foreign Official Anyway? **The Business Lawyer**, v. 63, n. 4, p. 1243-1274, ago./2008, p. 1255.

¹¹²¹ Qualquer empresa na qual o governo detenha uma participação majoritária, bem como aquelas sobre as quais um governo possa exercer uma influência dominante, direta ou indiretamente.

¹¹²² COHEN, Joel M.; HOLLAND, Michael P.; WOLF, Adam P. Under the FCPA, Who Is a Foreign Official Anyway? **The Business Lawyer**, v. 63, n. 4, p. 1243-1274, ago./2008, p. 1273-1274.

Ao se estabelecer uma acusação com base no FCPA, é necessário demonstrar que há uma má intenção caracterizada e que o acusado agiu com consciência e de que sua conduta era ilegal¹¹²³.

Nisto há grande contraste com a LAC brasileira, a qual, embora se inspire na congênere norte-americana, prevê regime de responsabilidade objetiva da empresa corrupta, pelo simples fato de não ter adotado medidas que evitem o resultado *corrupção*; enquanto o FCPA “prevê a responsabilidade das empresas apenas se provado que ela autorizou (implícita ou explicitamente) ou tinha conhecimento de atos de terceiros, como advogados ou consultores, considerados ilícitos”¹¹²⁴.

O pioneirismo do FCPA acabou, inusitadamente, por colocar as empresas dos Estados Unidos em desvantagem no comércio transnacional. Uma vez que passaram a observar *standarts* anticorrupção mais rigorosos, foram privadas de lançar mão de mecanismos ainda em uso por suas concorrentes globais, não submetidas às amarras do estatuto estadunidense¹¹²⁵.

Por forte pressão interna, em 1988 foram aprovadas emendas no FCPA e promulgado o *Omnibus Trade and Competitiveness Act*, que impôs ao Presidente Ronald Regan o dever de promover conversações no plano internacional em busca de um acordo que reforçasse a aplicação dos termos do FCPA em nível global.

Na mesma esteira, o Presidente Bill Clinton pressionou em 1990 a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) a adotar a Convenção de Combate ao Suborno de Oficiais Estrangeiros em Transações Comerciais

¹¹²³ COELHO, Nuno M.M.S.; HERINGER, Helimara Moreira Lamounier. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: UMA BREVE ANÁLISE DA LEI QUE DEU ORIGEM AO COMBATE INTERNACIONAL DA CORRUPÇÃO. *Revista Jurídica*, v. 01, n. 46, pp. 164-187, Curitiba, 2017, p. 172.

¹¹²⁴ 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, p.107.

¹¹²⁵ “Além de ser o único país que punia a corrupção internacional, outros, como França e Alemanha, permitiam a dedução contábil dos gastos com propinas internacionais”. RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava Jato*. WMF Martins Fontes. Edição do Kindle, p. 48.

Internacionais¹¹²⁶, com o que os países membros acabaram por incorporar em seus respectivos ordenamentos muitas normas semelhantes ao FCPA¹¹²⁷.

Neste plano, de se ressaltar a virtude da ação estadunidense em inspirar tratados internacionais e legislações internas sobre combate a corrupção transnacional, importância que se acentua em uma “economia globalizada que faz da corrupção um crime sem fronteiras”¹¹²⁸. Contudo, o mundo ainda vive estágio incipiente nesta seara, como revela estudo feito pela Transparência Internacional que analisou práticas de 47 países, representativos de 83% das exportações realizadas no mundo.

O estudo mediu o nível de persecução de atos de corrupção transnacional, tendo em conta 5 critérios: quantidade de investigações iniciadas, de processos ajuizados, de casos de repercussão iniciados, de casos que levaram à aplicação de sanções e de processos de maior repercussão finalizados que implicaram em sanções substanciais. Revelou que muito ainda precisa ser feito para combater o pagamento de propina a oficiais estrangeiros, consoante gráfico a seguir¹¹²⁹:

¹¹²⁶ REDIKER, Ezekiel K. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE “CULTURE OF SETTLEMENT”. *Seton Hall Legislative Journal*, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015, p. 61-62.

¹¹²⁷ A Convenção da OCDE sobre corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais foi internalizada no Brasil pelo Decreto 3.678/2000; e, segundo GONÇALVES, junto com a Convenção da ONU de 2003 (Convenção de Mérida), são as principais fontes inspiradoras da LAC (GONÇALVES, Benedito. **A Lei 12.846/2013 e a tutela do Direito material coletivo da probidade na Administração pública**. In *Estudos sobre Administração Pública e o combate à corrupção: desafios em torno da Lei 12.846/2013*. Coordenação: Raúl Araújo, Edison Pereira Nobre Júnior, Bruno Leonardo Câmara Carrá. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 34-35).

¹¹²⁸ INTERPOL. **Corruption**. 2020. Disponível em: <https://www.interpol.int/Crimes/Corruption>. Acesso em: 26/05/2021.

¹¹²⁹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Exporting Corruption**. Progress Report 2020: Assessing Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention. Lead author: Gillian Dell. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Acesso em 10/11/2020.

ENFORCEMENT LEVEL



Figure 14 - elaborado por TRANSPARENCY INTERNATIONAL

Em 1998, novas emendas foram realizadas no FCPA, desta feita para conformar o texto aos compromissos assumidos perante os membros da OCDE. Deste movimento, três principais consequências resultaram: a incorporação da ideia de que empregados de organizações internacionais se equiparavam a *oficial estrangeiro*; a ampliação do conceito de propina, que passou a ser pagamento destinado a obter qualquer vantagem imprópria, não apenas tendente a alcançar benefícios comerciais; e a maior de todas, a ampliação do espectro de incidência do FCPA, que passou a visar cidadãos estrangeiros. Como explica REDIKER¹¹³⁰:

For the first time, it made anti-bribery provisions applicable to foreign citizens who could now be charged for violations if they made “use of the U.S. mails or any means or instrumentality of interstate commerce or committed any other act in furtherance of an offer, payment, promise, etc., “while in the territory of the United States.

Com a mudança, tanto cidadãos americanos que cometessem ofensas no exterior, quanto estrangeiros que praticassem atos de corrupção nos Estados Unidos ou com alguma conexão com o território daquele país foram postos sob a mira do FCPA. Este último ponto não passou despercebido pela crítica, que acusou os Estados Unidos e a OCDE de estarem policiando os negócios de outros países¹¹³¹.

¹¹³⁰ REDIKER, Ezekiel K. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE “CULTURE OF SETTLEMENT”. *Seton Hall Legislative Journal*, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015, p. 63.

¹¹³¹ REDIKER, Ezekiel K. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE “CULTURE OF SETTLEMENT”. *Seton Hall Legislative Journal*, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015, p. 64.

Com efeito, a interpretação dos órgãos de persecução a respeito do termo *interstate commerce* é bastante larga e alcança não apenas negociações, comércio, transporte ou comunicações entre os estados da federação, mas também entre qualquer país estrangeiro e um estado federado ou entre este e qualquer lugar, mesmo navio, situado no exterior¹¹³².

No que tange à amplitude de ações cobertas pelo FCPA, bem como em relação ao seu alcance extraterritorial, o manual elaborado pelo DOJ e SEC elucida que, para as autoridades federais:

fazer uma chamada telefônica ou enviar um e-mail, mensagem de texto ou fax de, para ou através dos Estados Unidos envolve comércio interestadual - como o envio de uma transferência eletrônica de ou para um banco dos Estados Unidos ou de outra forma usando o sistema bancário dos Estados Unidos, ou viajando através das fronteiras estaduais ou internacionais de ou para os Estados Unidos¹¹³³.

Denota-se que são várias as possibilidades de relacionar um ato pretensamente corrupto com algum interesse do governo dos Estados Unidos, mesmo que cometido no exterior e por nacional de país estrangeiro, o que faz consistentes as críticas sobre a invasão norte-americana em jurisdições de outros Estados¹¹³⁴.

Caso que espelha o caráter extraterritorial do FCPA é o da companhia farmacêutica *Novartis AG* e sua subsidiária *Alcon Inc.*, acusadas pela SEC de manter um esquema de fraude contábil para fazer pagamentos impróprios a prestadores de serviços de saúde, públicos e privados, na Coreia do Sul, Vietnã e Grécia, vantagens essas que visavam a fazer com que os prestadores de serviços prescrevessem tratamentos vendidos pela Novartis e pela Alcoa.

Os pagamentos eram gerenciados por uma subsidiária da empresa sediada na China, que se valia de contratos forjados para distribuir as vantagens. A Novartis negociou com a SEC o pagamento de um ressarcimento de U\$ 112.8 milhões e a inclusão em um programa de *compliance* de três anos, além de fechar um acordo de

¹¹³² DIAMANT, Michael S.; SULLIVAN, Christopher W. H; SMITH, Jason H. FCPA Enforcement Against U.S. and Non-U.S. Companies. **Michigan Business & Entrepreneurial Law Review**, v. 8, Issue 2, Spring 2019, p. 360.

¹¹³³ USA. Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. 2020, p.10.

¹¹³⁴ A SEC, inclusive, expressamente consigna que o FCPA se aplica a condutas proibidas que ocorram em qualquer lugar do mundo e se estende a empresas de capital aberto, seus agentes, diretores, empregados e acionistas, assim como negociantes, consultores, distribuidores, entre outros. USA. Securities and Exchange Commission. **Spotlight on Foreign Corrupt Practices Act**. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/foreign-corrupt-practices-act.shtml>. Acesso em: 21/02/2021.

persecução diferida com o DOJ, no qual se obrigou a pagar a monta de U\$ 233 milhões, a título de multas criminais¹¹³⁵.

Na situação em exame, em princípio não se registrou pagamentos originados ou recebidos nos Estados Unidos, mas o fato de as empresas negociarem ações naquele país fundamentou a competência da SEC para impor as regras do FCPA na espécie.

Outro exemplo de evidente extraterritorialidade envolve a empresa brasileira J&F, acusada de pagar propina a autoridades no Brasil para acessar financiamentos públicos e outras oportunidades negociais. Embora os subornos tenham beneficiado agentes públicos brasileiros, para facilitar negócios no Brasil; e conquanto as autoridades nacionais já estivessem apurando o esquema, inclusive com a celebração de acordos de leniência e colaboração premiada em execução; o DOJ e a SEC também instauraram procedimentos contra a companhia brasileira, baseando-se no fato de que os pagamentos se efetuaram através de bancos e de propriedades imobiliárias situadas nos Estados Unidos¹¹³⁶.

A J&F concordou em pagar multa de U\$ 256 milhões às autoridades estadunidenses, que levaram em consideração nesse cálculo o valor já negociado com as autoridades brasileiras¹¹³⁷.

Levantamento feito nas ações que aplicaram o FCPA demonstra que grande parte dos pagamentos indevidos foi destinado a países em desenvolvimento, dentre os quais o Brasil, segundo colocado da lista¹¹³⁸:

¹¹³⁵ USA. Securities and Exchange Commission. **SEC Charges Novartis AG with FCPA Violations**. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/press-release/2020-144>. Acesso em: 21/02/2021.

¹¹³⁶ Como frisou o Agente Especial do FBI encarregado das investigações, James A. Dawson: “Não importa onde ocorra, o FBI e nossos parceiros globais estão comprometidos em erradicar a corrupção, que trai a confiança pública e ameaça a livre economia. Esse acordo demonstra o comprometimento do FBI em combater a corrupção estrangeira que atinge os Estados Unidos e [essas] ações enviam uma forte mensagem de que não cederemos em nossos esforços para cumprir a lei e manter todos os responsáveis obrigados a jogar pelas mesmas regras justas”. FOX, Tom. **J&F FCPA Resolution: Bribery Schemes, Huge Fines, and Lessons Learned for Today’s Compliance Professionals**. Disponível em: <https://www.corporatecomplianceinsights.com/jf-fcpa-resolution/>. Acesso em: 21/02/2021.

¹¹³⁷ FOX, Tom. **J&F FCPA Resolution: Bribery Schemes, Huge Fines, and Lessons Learned for Today’s Compliance Professionals**. Disponível em: <https://www.corporatecomplianceinsights.com/jf-fcpa-resolution/>. Acesso em: 21/02/2021.

¹¹³⁸ STANFORD LAW SCHOOL. **Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse**: a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP. Disponível em: <http://fcpa.stanford.edu/>. Acesso em: 22/02/2021.

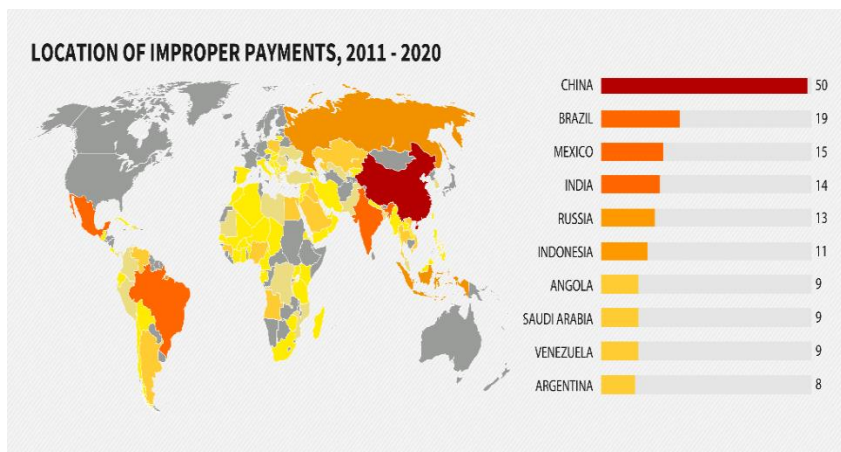


Figure 15 - elaborado pela Stanford Law School e Sullivan & Cromwell LLP

Interessante observar que, desde a emenda promovida em 1988, se a oferta de presente, pagamento ou outra vantagem for admitida pela Lei escrita do país do oficial estrangeiro, não haverá ato punível pelo FCPA¹¹³⁹. Trata-se da *local law defense*.

Esta exceção, contudo, tem aplicação pouco frequente, pois embora alguns países sejam muito tolerantes com a corrupção, é rara a existência de leis escritas autorizando a percepção de vantagens caracterizáveis como suborno¹¹⁴⁰.

Outro ponto a ser destacado é que atos de conspiração, em que indivíduos ou empresas combinem a prática de corrupção, podem ser enquadrados no FCPA, independentemente da efetiva ocorrência do suborno.

Assim, no caso de uma empresa estrangeira que não tenha títulos registrados na SEC conspirar com uma empresa estadunidense para praticar ato vedado no FCPA, ambas se sujeitam a responsabilização pelo estatuto¹¹⁴¹. Algo um pouco semelhante ao delito de organização criminosa previsto na legislação brasileira¹¹⁴² ou

¹¹³⁹ Section 30A(c)(1) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78dd-1(c)(1); 15 U.S.C. §§ 78dd-2(c)(1), 78dd-3(c)(1).

¹¹⁴⁰ USA. Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. 2020, p.24.

¹¹⁴¹ USA. Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. 2020, p.35.

¹¹⁴² Código Penal, “Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.”

com o crime de formação de cartel¹¹⁴³, que se satisfaz com o mero ajuste de fixação de preços ou dominação de mercado, independente da obtenção efetiva do resultado.

Quando submetidos à responsabilização pelo FCPA, entes empresariais ou pessoas físicas (aqui outro fator distintivo com a LAC, que mira apenas pessoas jurídicas) “podem ser obrigados a devolver os ganhos mal adquiridos, acrescidos de juros, e enfrentar o pagamento de multas e penalidades civis substanciais. As empresas também podem ser sujeitas a supervisão por um consultor independente”¹¹⁴⁴.

Na órbita penal, as sanções aplicáveis por cada ato de suborno são: multa à empresa, de até U\$ 2 milhões; e, para as pessoas físicas, multa de até U\$ 250 mil e prisão por até 5 anos. Caso haja violação das normas de conformidade contábil¹¹⁴⁵, as multas sobem para U\$ 25 milhões para a empresa e U\$ 5 milhões para a pessoa física, sujeita também a prisão por até 20 anos¹¹⁴⁶. As multas podem ser aumentadas para até o dobro do benefício recebido pelo acusado e, no caso de pessoas físicas, é expressamente vedado que o pagamento da multa seja assumido pelo empregador do condenado¹¹⁴⁷.

No plano cível, a multa prevista é de U\$ 21.410 por cada violação das regras contra suborno. Se a infração for de ordem contábil, a multa pode chegar ao valor total do ganho ilícito ou pode ser limitada, conforme o grau de risco da conduta, a U\$ 192.768 para pessoas físicas e U\$ 963.837 para pessoas jurídicas. A SEC pode impor estas penalidades em processos judiciais ou em procedimento administrativo¹¹⁴⁸.

Em procedimento envolvendo o gigante financeiro *Goldman Sachs*, a SEC deduziu acusações de suborno a autoridades governamentais da Malásia e dos

¹¹⁴³ Lei 8137/90, “Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:[...] II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores”.

¹¹⁴⁴ COELHO, Nuno M.M.S.; HERINGER, Helimara Moreira Lamounier. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: UMA BREVE ANÁLISE DA LEI QUE DEU ORIGEM AO COMBATE INTERNACIONAL DA CORRUPÇÃO. *Revista Jurídica*, v. 01, n. 46, pp. 164-187, Curitiba, 2017, p. 184.

¹¹⁴⁵ Condutas enquadráveis, em suma, na situação de prestar “declaração for falsa ou enganosa com respeito a qualquer fato relevante”. 15 U.S.C. §§ 78ff (a).

¹¹⁴⁶ 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(2)(A), 78dd-3(e)(2)(A), 78ff(c)(2)(A); 18 U.S.C. § 3571(b)(3), (e)

¹¹⁴⁷ 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(3), 78dd-3(e)(3), 78ff(c)(3).

¹¹⁴⁸ USA. Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. 2020, p. 71.

Emirados Árabes Unidos pelo conglomerado, que visava acessar lucrativos negócios com o *1Malaysia Development Berhad* (1MDB), fundo mantido pelo governo da Malásia que ofertava títulos de investimentos na monta de U\$ 6.5 bilhões. Diante das acusações, o Goldman Sachs concordou em pagar um total de U\$ 2.9 bilhões em penalidades, das quais U\$ 1 bilhão se referiam a violações do FCPA imputadas pela SEC¹¹⁴⁹.

Ainda, podem ser impostas sanções colaterais, como vedação de contratar com o governo federal, proibição de acesso a crédito em bancos internacionais de desenvolvimento e perda de privilégios de exportação.

De se frisar que o DOJ e a SEC têm por princípio evitar a dupla penalização, confisco e restituição pela mesma conduta. Além disso, procuram coordenar ações com autoridades estrangeiras, às quais destinam parte das multas, penalidades, confisco e valores decorrente de devolução do ganho indevido, na tentativa de equacionar totalmente as responsabilidades que envolvam uma mesma empresa pela mesma conduta.

SEC e DOJ¹¹⁵⁰, inclusive, ressaltam “um caso envolvendo uma empresa petroquímica brasileira de capital aberto”¹¹⁵¹, em que o DOJ, a SEC, as autoridades brasileiras e as autoridades suíças creditaram umas às outras na imposição de multas e restituição¹¹⁵².

¹¹⁴⁹ USA. Securities and Exchange Commission. **SEC Charges Goldman Sachs With FCPA Violations.** Disponível em: <https://www.sec.gov/news/press-release/2020-265>. Acesso em: 21/02/2021.

¹¹⁵⁰ USA. Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act.** 2020, p. 71.

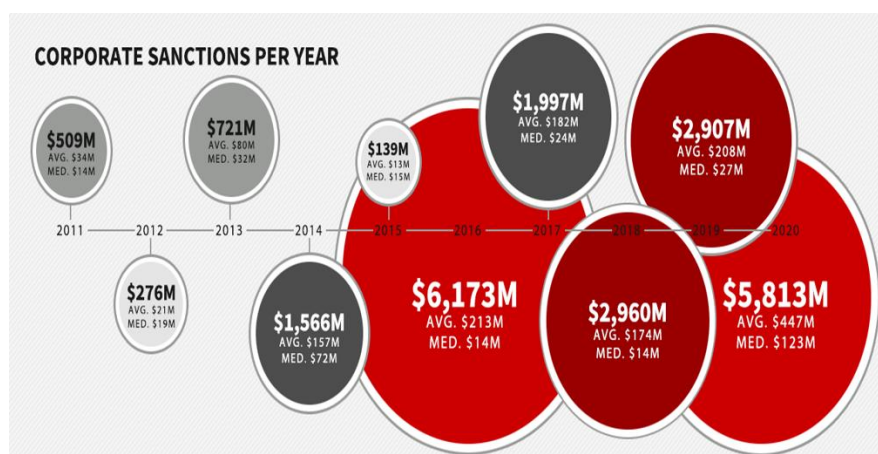
¹¹⁵¹ Trata-se do acordo celebrado com a Braskem, que contou com a participação do MPF brasileiro. Este caso é denotativo da proximidade dos regimes do FCPA e da LAC, que o tem por fonte inspiradora, pois as infrações confessadas pela petroquímica brasileira foram enquadradas em ambos os estatutos, em seus respectivos espaços territoriais de validade. Neste caso, foi aplicada a maior penalidade monetária em solução negociada extrajudicialmente, consoante estudo feito pela OCDE com 46 países signatários da Convenção Anti-Suborno da Organização. OECD. **Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention.** Ano: 2019, p. 14. Disponível em: www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm. Acesso em: 07/12/2020.

¹¹⁵² Com o concurso do MPF brasileiro, pela força-tarefa da Lava Jato em Curitiba. Notável que, enquanto autoridades de 3 diferentes países se coordenaram para acertar globalmente as violações praticadas pela empresa em questão, no plano nacional as autoridades brasileiras tiveram dificuldades em estabelecer atuação uniforme e racional, pois tiveram que ser firmados 2 acordos de leniência para os mesmos fatos, um entre MPF x Braskem, outro entre CGU/AGU x Braskem. Uma das principais razões foi o reconhecimento, pelo Judiciário brasileiro, da insuficiência de legitimidade do MPF para celebrar tal acordo, sem a intervenção de outros órgãos federais, em especial a CGU, cuja atribuição

Outro episódio notório de cooperação foi o que envolveu a empresa multinacional Siemens AG, acusada de violar disposições contábeis e realizar pagamentos a autoridades na Ásia, África, Europa e Oriente Médio. A companhia foi alvo de investigações paralelas da SEC e do DOJ, essencialmente por negociar ações na Bolsa de Valores de Nova Iorque¹¹⁵³, e acabou firmando acordo de U\$ 1,6 bilhão, contemplando responsabilidades nos Estados Unidos e na Alemanha, onde era investigada pela Promotoria de Munique¹¹⁵⁴.

Mais recentemente, em 2020, outra ocorrência transnacional recordista em arrecadação de valores colocou em evidência a importância da cooperação internacional para combate da corrupção de oficiais estrangeiros. Trata-se do caso *Airbus*, que envolveu autoridades dos Estados Unidos, França e Reino Unido, que em conjunto arrecadaram U\$ 4 bilhões da empresa de equipamentos de aviação por subornos praticados ao redor do globo¹¹⁵⁵.

O seguinte levantamento, conduzido pela Escola de Direito da Universidade de Stanford e Sullivan & Cromwell LLP, elucida a expressividade das sanções impostas com base no FCPA¹¹⁵⁶:



para o acordo de leniência decorre expressamente da LAC. Mais sobre este tópico consta do capítulo “3.1.2.6.3 Pontos sensíveis na aplicação do ANPC e acordo de leniência”.

¹¹⁵³ DIAMANT, Michael S.; SULLIVAN, Christopher W. H; SMITH, Jason H. FCPA Enforcement Against U.S. and Non-U.S. Companies. *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review*, v. 8, Issue 2, Spring 2019, p. 360.

¹¹⁵⁴ REDIKER, Ezekiel K. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE “CULTURE OF SETTLEMENT”. *Seton Hall Legislative Journal*, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015, p. 68.

¹¹⁵⁵ INTERNATIONAL TRANSPARENCY. **Exporting Corruption**. Progress Report 2020: Assessing Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention, p.20. Lead author: Gillian Dell. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Acesso em 10/11/2020.

¹¹⁵⁶ STANFORD LAW SCHOOL. **Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse**: a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP. Disponível em: <http://fcpa.stanford.edu/>. Acesso em: 22/02/2021.

Figure 16 elaborado pela Stanford Law School e Sullivan & Cromwell LLP

Consideradas individualmente, as maiores sanções já impostas vem expressas a seguir, com 2 empresas brasileiras no *ranking top 10* das maiores punições aplicadas¹¹⁵⁷:

Largest U.S. Monetary Sanctions By Entity Group	Largest Monetary Sanction (U.S.)
Odebrecht S.A.	\$3,557,626,137
The Goldman Sachs Group, Inc.	\$2,617,088,000
Airbus SE	\$2,091,978,881
Petroleo Brasileiro S.A. - Petrobras	\$1,786,673,797
Telefonaktiebolaget LM Ericsson	\$1,060,570,832
Telia Company AB	\$965,604,372
Mobile Telesystems Public Joint Stock Company	\$850,000,400
Siemens Aktiengesellschaft	\$800,002,000
VimpelCom Ltd	\$795,326,798
Alstom S.A.	\$772,291,200

Figure 17 - elaborado pela Stanford Law School e Sullivan & Cromwell LLP

Já a vultuosidade dos pagamentos de suborno feitos por corporações a oficiais estrangeiros, pode ser percebida através do quadro abaixo, que, infelizmente, também apresenta, entre os 15 maiores pagadores de propina¹¹⁵⁸, 3 empresas brasileiras¹¹⁵⁹:

¹¹⁵⁷ STANFORD LAW SCHOOL. **Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse**: a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP. Disponível em: <http://fcpa.stanford.edu/statistics-top-ten.html>. Acesso em: 22/02/2021.

¹¹⁵⁸ STANFORD LAW SCHOOL. **Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse**: a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP. Disponível em: <http://fcpa.stanford.edu/total-bribery.html>. Acesso em: 22/02/2021

¹¹⁵⁹ Interessante notar que em ambos os casos, embora as propinas expressivas pagas pelas empresas brasileiras coloquem as companhias nacionais entre as campeãs em pagamento de suborno, isto não se reverteu em um aumento de receita proporcional para as pagadoras da propina, ao contrário do que se verifica com outras empresas da lista (conforme outro demonstrativo feito pela Escola de Direito de Stanford, disponível em <http://fcpa.stanford.edu/bribe-revenue.html?page=1>). Já quanto ao lucro diretamente gerado pela propina paga, a J&F lucrou U\$ 178,12 milhões, tendo 'investido' U\$ 177,6 milhões em suborno (<http://fcpa.stanford.edu/fcpa-matter-enforcement-actions.html?id=547>). Estes dados permitem cogitar que, em relação à Petrobrás, que não teve nenhum lucro expressivo constatado, os pagamentos tenham sido feitos para outros fins, diversos do próprio benefício empresarial indevido. Já quanto à J&F, o lucro gerado pela propina supera muito pouco o valor pago, autorizando concluir, juntamente com as multas impostas à empresa e aos danos de imagem certamente experimentados, que sequer sob o prisma econômico o pagamento de suborno foi compensatório.

Groups of Related Enforcement Actions	Total Bribery
Goldman Sachs' Involvement in Malaysia and the U.A.E. between 2009 and 2014	\$ 1.607.700.000
Siemens' Involvement in Multiple Countries from 1996 to 2007	\$ 1.400.000.000
Petroleo Brasileiro S.A. - Petrobras' Involvement in Brazil between 2003 and 2012	\$ 1.000.000.000
Gorri'n's Involvement in Venezuela between 2008 and 2017	\$ 1.000.000.000
Multiple Companies' Involvement in Uzbekistan between 2004 and 2012	\$ 866.000.000
Odebrecht and Braskem's Involvement in Multiple Countries from 2001 to 2016	\$ 788.000.000
Mobile Telesystems PJSC's Involvement in Uzbekistan between 2004 and 2012	\$ 420.825.848
Montedison's Involvement in Italy in 1998	\$ 378.000.000
Telia's Involvement in Eurasia between 2007 and 2012	\$ 331.200.000
BAE Systems' Involvement in Czech Republik, Hungary, and Saudi Arabia in 2000	\$ 228.500.000
TSKJ's Involvement in Nigeria from 1994 to 2004	\$ 183.000.000
SBM Offshore's Involvement in Multiple Countries	\$ 180.000.000
J&F Investimentos' Involvement in Brazil between 2005 and 2017	\$ 177.600.000
Ericsson's Involvement in Multiple Countries between 2000 and 2017	\$ 149.950.000
VimpelCom's Involvement in Uzbekistan between 2006 and 2012	\$ 114.000.000

Figure 18 - elaborado pela Stanford Law School e Sullivan & Cromwell LLP

A forte carga sancionatória, acima explicitada, aliada aos danos de imagem que podem advir do processo de responsabilização, têm estimulado as companhias a negociar com as autoridades federais acordos que limitem e acelerem suas punições, dando lugar à chamada 'cultura do acordo' (*Settlement culture*), que tem feito com que pouquíssimos casos investigados sob o FCPA sejam resolvidos pelo Poder Judiciário¹¹⁶⁰.

Neste campo, foi o escândalo financeiro da Companhia Enron (que a levou à falência no início dos anos 2000) o marco na mudança de abordagem do DOJ para investigações envolvendo o estatuto anticorrupção. Até então, o órgão federal

¹¹⁶⁰ Além de cultura do acordo, o olhar vigilante das autoridades, especialmente da SEC, criou ambiente que favorece controle preventivo da corrupção. Como esclarece SCURO N.: "A SEC possui um sistema muito bem elaborado de controle premonitório da corrupção, que em vez de trabalhar isolado ouve e aprende com a experiência dos atores do mercado. Das empresas, em particular das grandes, exige informações atualizadas, completas e precisas, até mesmo para possibilitar decisões seguras da parte dos investidores, uma das fontes de informação da Comissão. Com a ajuda deles, a SEC promove todos os anos ações contra empresas e indivíduos acusados de negociar valores na base de informações desconhecidas do público (*insider trading*), fraudes contábeis ou de fornecer informações falsas/ desorientadoras. Em praticamente todas essas funções a Comissão, principal supervisor e regulador de mercados nos EUA, atua conjuntamente com o Congresso, repartições federais e organizações autorreguladoras como bolsas de valores estatais e privadas" (SCURO N., Pedro. Luta Anticorrupção: Arca dos Insensatos. *Revista Sociologia Jurídica*, 2016, p. 11).

dispunha de mera opção binária para resolver casos de FCPA: processar ou não processar¹¹⁶¹.

Na ocorrência envolvendo a Enron, o auditor responsável pelas contas da companhia, Arthur Andersen, foi processado e condenado por obstruir a Justiça, ao destruir toneladas de papéis relacionados às investigações. Contudo, em 2005 a Suprema Corte reverteu a condenação. Mas o dano colateral foi enorme e não poderia ser desfeito. Andersen perdeu sua licença de auditor, sua companhia se desmanchou e deixou milhares de pessoas sem emprego.

O "efeito Arthur Andersen", consequências das acusações criminais e das condenações que a seguiram, que terminaram por representar a sentença de morte de uma organização empresarial, fez com que o DOJ reconsiderasse seu proceder.

A partir de então, sem autorização expressa no FCPA, mas com base em parecer emitido pelo Vice Procurador-Geral Larry Thompson, que ficou conhecido como *The Thompson Memo*, o DOJ saiu do modo binário, para considerar que, sob certas circunstâncias, “conceder imunidade ou anistia a uma empresa no curso de uma investigação podem ser considerados. Em tais circunstâncias os promotores devem se referir aos princípios que regem os acordos de não persecução em geral”¹¹⁶².

Desde a edição do memorando, as soluções negociadas passaram a ser a forma predominante de resolver casos de violação ao FCPA. Entre 2004 e 2014, 85% das investigações foi finalizada com uma solução negociada¹¹⁶³.

Sob o enfoque do governo dos Estados Unidos, são considerados alguns princípios básicos para decidir entre processar ou negociar com os acusados de violação ao FCPA, tais como a natureza e gravidade da ofensa e seu potencial risco

¹¹⁶¹ KOEHLER, Mike. Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement. **U.C. Davis Law Review**, v. 49, 2015, p. 501-502. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701836. Acesso em: 19/08/2020.

¹¹⁶² “*In some circumstances (...) granting a corporation immunity or amnesty or pretrial diversion may be considered in the course of the government’s investigation. In such circumstances, prosecutors should refer to the principles governing nonprosecution agreements generally*”. KOEHLER, Mike. Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement. **U.C. Davis Law Review**, v. 49, 2015, p. 502-503. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701836. Acesso em: 19/08/2020.

¹¹⁶³ KOEHLER, Mike. Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement. **U.C. Davis Law Review**, v. 49, 2015, p. 521. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701836. Acesso em: 19/08/2020.

de lesionar o público; o grau de difusão das irregularidades na empresa e o eventual envolvimento de funcionários de alto escalão; o histórico de envolvimento do empreendimento com irregularidades, incluindo as cíveis, criminais e regulatórias; a disposição do investigado em cooperar com a investigação; a efetividade dos instrumentos de *compliance* instituídos pela empresa; a revelação voluntária e tempestiva dos ilícitos empresariais; as medidas instituídas para evitar a repetição de ilícitos; as consequências colaterais do ato, como danos aos acionistas, pensionistas e empregados; e a suficiência de ações legais apenas contra as pessoas físicas responsáveis pelo ilícito¹¹⁶⁴.

Do ponto de vista do investigado, ao decidir entre celebrar acordo com o governo ou enfrentar o julgamento leva-se em consideração o baixo número de precedentes judiciais sobre o FCPA, decorrente justamente da cultura dos acordos, que impede sejam os casos submetidos às Cortes de Justiça.

Isto faz com que as acusações formuladas pelo DOJ ou SEC carreguem forte grau de insegurança jurídica para o acusado, que não dispõe de parâmetros claros para medir a consistência da acusação. As autoridades federais ficam, assim, com muita discricionariedade ao formular os processos e classificar as condutas apontadas como ilegais¹¹⁶⁵.

O fato de se poder estipular no acordo penas menores do que as possíveis em uma ação judicial também colabora para a cultura dos acordos. Ainda, a demora das investigações e a delonga para julgamento final do processo acabam trazendo exposição negativa na imprensa, o que deprecia o valor das ações da companhia investigada.

Como resultado, as empresas quase sempre veem a saída negociada como a menos onerosa para encerrar procedimentos abertos sob as previsões do FCPA, o

¹¹⁶⁴ USA. Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. 2020, p. 51.

¹¹⁶⁵ REDIKER, Ezekiel K. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE “CULTURE OF SETTLEMENT”. **Seton Hall Legislative Journal**, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015, p. 66-67.

que explica o fato de que todos os casos corporativos de violação da lei entre 2000 e 2010 foram resolvidos mediante acordos¹¹⁶⁶.

Realmente, a confissão da irregularidade, seguida de negociação com o governo, tem efetivamente levado à imposição de penas pecuniárias menores, como espelha a imagem a seguir¹¹⁶⁷:



Figure 19 - elaborado pela Stanford Law School e Sullivan & Cromwell LLP

Embora muitas acusações sejam formuladas com base no FCPA, parte considerável é apresentada aos acusados sem que os órgãos de controle tenham satisfeito minimamente o ônus de provar a existência de um crime acima de qualquer dúvida razoável¹¹⁶⁸. Além disso, nenhum acordo celebrado no âmbito do FCPA foi objeto de reprovação por parte do Judiciário¹¹⁶⁹.

Tudo isto contribui para exacerbar os poderes acusatórios e fragilizar a posição dos acusados, dando ensejo a críticas sobre uso desvirtuado de tais acusações, que teriam se tornado uma importante fonte de receita para o governo, já que os ingressos

¹¹⁶⁶ KOEHLER, Mike. **The Façade of FCPA Enforcement**. *Georgetown Journal of International Law*, v. 41, n. 4, 2010, p. 934. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1705517. Acesso em: 18/08/2020.

¹¹⁶⁷ STANFORD LAW SCHOOL. **Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse**: a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP. Disponível em: <http://fcpa.stanford.edu/>. Acesso em: 22/02/2021.

¹¹⁶⁸ Embora o *standard* da dúvida razoável não esteja adimplido ao início das conversas com os investigados, já há uma investigação preliminar do DOJ ou da SEC quando a empresa é procurada pelas autoridades. Isto marca importante distinção com o regime no acordo de leniência brasileiro, que requer colaboração espontânea da empresa leniente como condição para a negociação com a Administração.

¹¹⁶⁹ REDIKER, Ezekiel K. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE "CULTURE OF SETTLEMENT". *Seton Hall Legislative Journal*, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015, p. 70.

têm superado a casa do bilhão por vários anos¹¹⁷⁰. Só entre 2009 e 2012, 58 companhias pagaram U\$ 3,74 bilhões em acordos baseados no FCPA¹¹⁷¹.

A discricionariedade alta das autoridades estadunidenses se reflete, também, na sua larga compreensão acerca do alcance extraterritorial do FCPA, como ilustra o caso a seguir.

A Diagnostic Products Corporation (DPC), estabelecida e atuante na China, mas subsidiária de matriz sediada nos Estados Unidos, foi acusada de pagar U\$ 1,6 milhão em propinas para médicos e pessoal de laboratório (oficiais estrangeiros) de um hospital estatal chinês. Em troca dos pagamentos, que ocorreram entre 1991 e 2002, o hospital se comprometeu a comprar insumos produzidos pela DPC. Embora todos os fatos tenham ocorrido na China e tenham sido cometidos por empresa lá estabelecida, o DOJ se arvorou de competência para acusar, e celebrar acordo, com a companhia, sob alegação de que a subsidiária chinesa teria agido como um ‘agente’ de sua matriz americana, configurando uma “*domestic concern*”¹¹⁷².

Esta compreensão alargada do DOJ sobre a jurisdição americana foi desafiada e derrotada em um dos poucos casos levados a julgamento nos Estados Unidos (*The African Sting Case*). Agentes do FBI, se fazendo passar por oficiais do governo do Gabão, instigaram executivos de indústrias do setor de defesa e armamento a participar de um esquema de corrupção. O plano consistia em fazer com que os executivos aceitassem pagar U\$ 1,5 milhão em troca de celebrar contratos de U\$ 15 milhões com o governo do Gabão. No entanto, nenhum oficial do governo do país africano estava realmente envolvido.

Conquanto a maioria dos acusados, que incluía cidadãos britânicos e israelenses, se negasse a firmar acordos com as autoridades federais, o caso acabou sendo levado a julgamento, três no total, todos conduzidos pelo Juiz Federal Richard Leon (*U.S. District Court for the District of Columbia*).

¹¹⁷⁰ Gibson, Dunn & Crutcher LLP 2020. **2019 Year-End FCPA Update**. Disponível em: <https://www.gibsondunn.com/2019-year-end-fcpa-update/>. Acesso em: 18/08/2020.

¹¹⁷¹ WAYNE, Leslie. Bribery Case Falls Apart, and Tactics Are Doubted. **The New York Times**, 23/02/2012. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2012/02/24/business/fbi-bribery-case-falls-apart-and-raises-questions.html>. Acesso em: 18/08/2020.

¹¹⁷² REDIKER, Ezekiel K. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE “CULTURE OF SETTLEMENT”. **Seton Hall Legislative Journal**, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015, p. 72.

Nesse julgamento, considerado o primeiro sobre o real alcance da jurisdição do FCPA, um dos acusados, Pankesh Patel, de nacionalidade britânica, impugnou a jurisdição das autoridades americanas, que se baseava no fato de Pakesh pretensamente ter remetido, do Reino Unido para os Estados Unidos um pacote, via correio privado, contendo um contrato de compra relacionado ao suposto esquema de corrupção.

O acusado insistiu na alegação de que não praticara qualquer ato em território americano, tese que foi acolhida pelo Juiz Leon, que entendeu que, sem a prova da prática de um ato ilegal em solo americano, era insuficiente, para fins de definir a competência das autoridades estadunidenses, o simples envio de um prospecto de contrato, por um cidadão britânico, diretor de uma empresa sediada no Reino Unido¹¹⁷³.

Este marco interpretativo, embora relevante, não freou a ânsia por acordos no âmbito do FCPA, realidade ainda corrente e predominante na resolução de casos de corrupção empresarial.

Neste campo, as soluções negociadas utilizadas pelo DOJ e SEC, em substituição ao processo litigioso de responsabilidade, são os *Plea Agreements*, os *Deferred Prosecution Agreements* e os *Non-Prosecution Agreements*.

Os *plea agreements*, muito usados em negociações com indivíduos, embora também possam comportar pessoas jurídicas, consistem em negociação direta entre o órgão acusador e o acusado, submetida posteriormente ao Judiciário, que não participa das negociações¹¹⁷⁴. No acordo, o investigado assume a culpa por uma infração, em troca do arquivamento das investigações relativas a infrações mais graves.

Já os *Deferred Prosecution Agreements*, tratam de uma acusação formulada à Corte, acompanhada de um pedido de suspensão do procedimento, para conferir

¹¹⁷³ KOEHLER, Mike. Significant dd-3 Development in Africa Sting Case. **FCPA PROFESSOR**, 09/06/2011. Disponível em: <https://www.globalregulatoryenforcementlawblog.com/2011/07/articles/government-investigations/following-jurisdictional-victory-for-uk-citizen-fcpa-africa-sting-case-ends-in-mistrial/>. Acesso em: 18/08/2020.

¹¹⁷⁴ “An attorney for the government and the defendant’s attorney, or the defendant when proceeding pro se, may discuss and reach a plea agreement. The court must not participate in these discussions”. USA. **Federal Rules of Criminal Procedures**. Rule n. 11. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure>. Acesso em: 19/08/2020.

tempo à companhia acusada para, sem assumir formalmente culpa¹¹⁷⁵, demonstrar sua boa conduta. Além do alinhamento da conduta, a companhia se compromete a pagar uma multa, cooperar com as investigações em curso pelo Governo, confessar fatos, renunciar a prazos de prescrição que correriam em seu favor e ingressar em programa de *compliance* e reparação de danos, que pode ser monitorado por terceiro independente. Se os compromissos forem integralmente cumpridos, as acusações são arquivadas e a companhia preserva seus bons antecedentes¹¹⁷⁶.

Os *Non-Prosecution Agreements*, a seu turno, são muito semelhantes aos *Deferred Prosecution Agreements*, com a diferença de não serem submetidos ao Poder Judiciário¹¹⁷⁷.

Embora a prática corrente de celebrar acordos para encerrar casos de violação ao FCPA implique em grande retorno financeiro ao erário e importante fonte de elementos de prova contra atos de corrupção, não passa despercebido o fato de que a *culture of settlement* tem autorizado que a linguagem vaga do FCPA quase não seja desafiada nas Cortes de Justiça, impedindo o aperfeiçoamento da legislação e de sua aplicação, bem como concentrando grande poder no DOJ e na SEC¹¹⁷⁸.

A experiência norte-americana de aplicação prevalente na esfera extrajudicial de seu principal estatuto anticorrupção empresarial, e as indagações que isto tem levantado, servem de alerta ao Brasil, que também tem direcionado atenção quase integral para a aplicação da LAC em âmbito administrativo.

¹¹⁷⁵ OECD. **Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions**: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention. Ano: 2019, p. 11. Disponível em: www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm. Acesso em: 07/12/2020.

¹¹⁷⁶ USA. Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. 2020, p. 75-76.

¹¹⁷⁷ REDIKER, Ezekiel K. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE “CULTURE OF SETTLEMENT”. **Seton Hall Legislative Journal**, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015, p. 68.

¹¹⁷⁸ REDIKER, Ezekiel K. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE “CULTURE OF SETTLEMENT”. **Seton Hall Legislative Journal**, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015, p. 76.

4.2.1 FCPA x LAC/LIA

Algumas aproximações podem ser identificadas e certas comparações podem ser estabelecidas entre as disposições do FCPA e das nacionais LAC e LIA.

No que diz com a LIA, cabe frisar que guarda semelhança fundamental com o FCPA: evitar a corrupção de agente público. A nuance é que o agente visado pela lei estadunidense é de país estrangeiro, enquanto a LIA se ocupa do agente do seu próprio país.

De outro norte, o componente corporativo, no sentido de quem corrompe, traz ponto de identificação entre a LAC e o FCPA, sendo o último a inspiração da primeira, ambas mirando centralmente nas corporações que deslocam recursos para a corrupção. Isto, claro, sem olvidar que o FCPA, ao contrário da LAC, também alcança pessoas físicas, conquanto a prática esteja a demonstrar predomínio na penalização de grandes empresas.

Nesta linha, a preocupação das duas leis está em alcançar o motor financeiro da corrupção, as corporações que pagam a propina na busca das vantagens indevidas.

Já quanto a quem recebe o suborno, as leis brasileiras cuidam mais da propina que sai da empresa para o agente público nacional, enquanto o FCPA atenta para o funcionário público estrangeiro; não sendo de se olvidar, entretanto, que a LAC, ao tutelar a Administração Pública estrangeira, tem um olhar, ainda que reflexo, em agentes de outras nações, no que mais uma vez se aproxima do FCPA.

Igual modo, ambas têm pretensões extraterritoriais, o FCPA mais atento ao agente público estrangeiro beneficiado com o pagamento indevido; enquanto a LAC centra-se na preservação dos interesses e patrimônio de governos de outros países e de organizações internacionais.

A necessidade de que se mostre algum vínculo com o território do país que aplica a norma é mais um ponto comum às duas leis, havendo em ambas a necessidade de provar que o ato lesivo tenha relação com empreendimento ou pessoa em território nacional.

Distinção que sobressai se refere ao fato de que o FCPA expressamente cuida da corrupção de dirigentes de partidos políticos e de candidatos a cargos eletivos, tendo em conta a potencial influência de tais figuras em esquemas de interesse dos

corruptores. Já a LAC, a seu turno, ao não mencionar expressamente os partidos políticos, tem sido interpretada no sentido de não os alcançar, o que revela potencial fragilidade.

Outra diferença importante está no espectro de proteção. O FCPA projeta responsabilizações de natureza penal, conduzidas pelo DOJ; e cíveis, de atribuição do DOJ e da SEC. A LAC, a seu turno, provoca apenas sanções de natureza civil, sem repercussão na órbita penal, o que provoca entrecosques com aquela seara, em especial nos temas dos acordos de leniência e colaboração premiada.

Aliás, a articulação interinstitucional é preocupação e prática constante de DOJ e SEC, o que ainda não se verifica na mesma intensidade entre os órgãos brasileiros com atribuições anticorrupção, situação traduzida em dificuldades operacionais para celebrar e fazer valer os acordos de leniência no plano intraestatal.

Também são marcantes as distinções entre o regime de estabelecimento da responsabilidade, subjetiva no FCPA e objetiva na LAC; e quanto à iniciativa para a solução consensual, que no FCPA costuma partir do Estado, ao passo que a LAC exige denúncia espontânea por parte da empresa colaboradora.

Digna de destaque, ainda, é a cultura do acordo (*settlement culture*) estabelecida no âmbito do FCPA, que tem evitado a revisão judicial de procedimentos abertos pelo DOJ e SEC, com isto obstado a maior depuração do significado da lei pelo Judiciário estadunidense.

No Brasil, a aplicação da LAC tem caminhado por trilha semelhante, tendo em vista o predomínio dos acordos de leniência na resolução das controvérsias por ela regidas, o que faz com que a apreciação judicial dos atos lesivos venha se limitando, até esta quadra, à interpretação e alcance de cláusulas dos acordos de leniência.

Por derradeiro, a figura da conspiração, compreendida como ajuste preordenado ao cometimento de atos de corrupção, proscrita no FCPA, é ausência sentida na LAC (e na LIA). Sua instituição poderia desincentivar a formação de cartéis predestinados a lesionar os cofres públicos.

4.3 RACKETEER INFLUENCED AND CORRUPT ORGANIZATIONS (RICO)

O Direito estadunidense contempla outro importante instrumento anticorrupção, o *Racketeer Influenced Corrupt Organizations*, amplamente conhecido como RICO. Trata-se do Título (IX) inserido na Lei de Controle ao Crime Organizado (*Organized Crime Control Act*)¹¹⁷⁹, de 1970.

Em sua origem, o foco central do diploma era a máfia ítalo-americana, que atuava havia décadas nos Estados Unidos, inicialmente na venda ilegal de álcool, migrando, com o fim da *Prohibition*, para atividades de extorsão, empréstimos ilegais, jogo, lavagem de dinheiro, suborno de agentes públicos, tráfico de drogas, dentre outras, sem que as autoridades conseguissem chegar perto das lideranças criminosas.

Como consequência de sua impunidade, a máfia havia se expandido para negócios legítimos, como a indústria da construção e os sindicatos, sendo este o estímulo decisivo para a edição de uma lei que endurecesse o combate à máfia¹¹⁸⁰.

A estrutura estratificada dos grupos mafiosos era uma barreira quase intransponível para que as forças da lei alcançassem os reais mandantes e controladores dos empreendimentos criminosos.

Os grupos eram constituídos por “famílias”, que tinham no topo um *boss*, orientado por um *consigliere*, seguido por *underboss*, depois por *capos* ou *captains*, que controlavam, cada um, cerca de dez soldados. Na base, ainda havia os associados, que sem pertencer ao grupo de forma permanente, prestavam-lhe serviços eventuais.

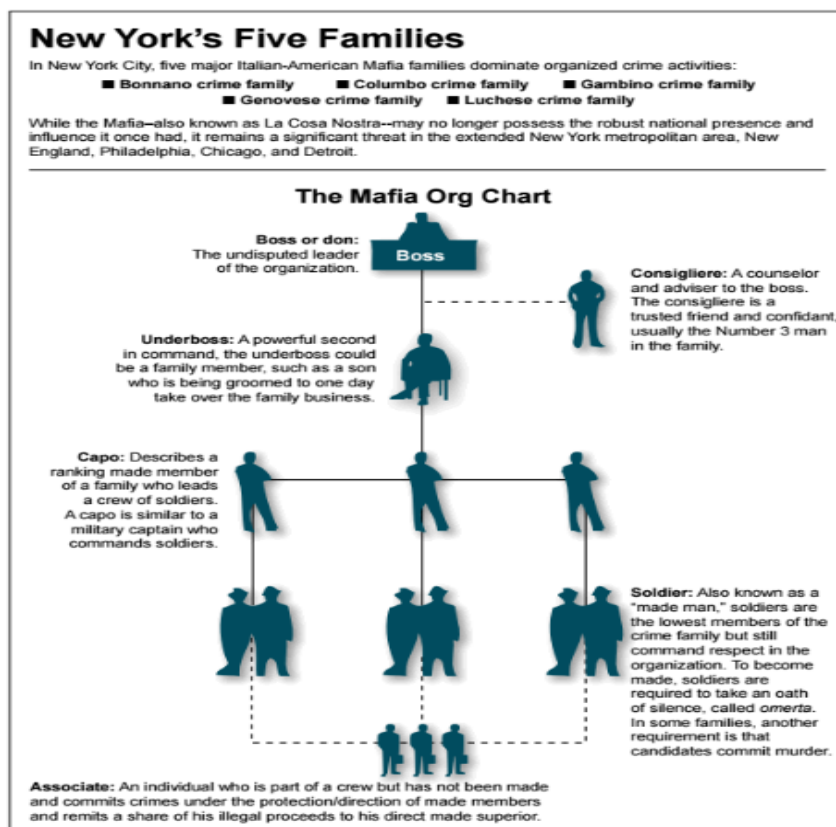
Tudo isto, somado à *omertà*, código de honra e silêncio que bania qualquer cooperação com as autoridades¹¹⁸¹, tornava praticamente impossível a punição de um *boss*, ou mesmo de um *underboss*, pois estes nunca eram flagrados cometendo os atos materiais que constituíam as infrações. O quadro abaixo ilustra a estruturação mafiosa¹¹⁸²:

¹¹⁷⁹ U.S.C 18.

¹¹⁸⁰ MORRIS, David E. An Introductory Examination of the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act. **Akron Law Review**, v. 15, Iss. 4, Article 8, 1982, p. 771.

¹¹⁸¹ COPPOLA, Lee; DE MARCO, Nicholas. Civil RICO: How Ambiguity Allowed the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act to Expand Beyond its Intended Purpose. **New England Journal on Criminal & Civil Confinement**, v. 38:241, p. 244.

¹¹⁸² USA. **Federal Bureau of Investigation**. Disponível em: <https://www.fbi.gov/file-repository/mafia-family-tree.pdf/view>. Acesso em: 09/09/2020.



20 - Elaborado pelo Federal Bureau of Investigation (FBI)

Além da estratificação e da *omertà*, o meio de atuação da máfia era mais um fator a atrapalhar a responsabilização dos delinquentes. Muito embora as autoridades tivessem conhecimento das atividades ilegais, “elas eram inefetivas em parar o crescimento da máfia, em parte porque os mafiosos frequentemente pagavam propinas a agentes públicos e líderes de negócios ou intimidavam testemunhas e jurados”¹¹⁸³.

Nesse plano, o RICO introduziu inovação fundamental: os grandes líderes criminosos passaram a ser alcançáveis, mesmo sem praticar qualquer ato material ilícito, pois a norma passou a punir qualquer um que estivesse envolvido em algum nível da atividade delitativa, fosse dando as ordens ou facilitando as ações dos membros de hierarquia inferior.

¹¹⁸³ “they were ineffectual at stopping the Mafia's growth, in part because mobsters frequently paid off public officials and business leaders and bribed or intimidated witnesses and juries”. COPPOLA, Lee; DE MARCO, Nicholas. Civil RICO: How Ambiguity Allowed the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act to Expand Beyond its Intended Purpose. *New England Journal on Criminal & Civil Confinement*, v. 38:241, p. 245.

Junto a isto, o uso de informações recebidas por *insiders*, membros que participavam do grupo e que tinham conhecimento de sua estruturação e cadeia de comando, foi fundamental. Só com a colaboração decisiva de tais informantes é que se tornou possível responsabilizar os criminosos mais poderosos, até então a salvo das consequências legais¹¹⁸⁴.

Para conseguir tal colaboração, contudo, foi preciso demover o temor e os compromissos impostos pela *omertà*, o que foi incentivado pelo estabelecimento de penas mais severas a quem se envolvesse em violações do RICO, independente do grau em que se encontrasse na organização. Assim, os promotores federais passaram dispor de uma vantagem, consistente na possibilidade de apontar os riscos de uma sentença pesada como estímulo para que criminosos da base delatassem seus superiores¹¹⁸⁵.

A edição do RICO importou, ainda, em redirecionamento da atenção das autoridades persecutórias. O foco central não mais era a atitude de indivíduos específicos, mas sim a existência de um *negócio* ou *empreendimento* ilícito, estruturado de tal modo que revelava um *padrão de atividade extorsiva*¹¹⁸⁶⁻¹¹⁸⁷.

A lei tornou ilegal, em resumo, usar ou investir receita decorrente de atividade de extorsão ou cobrança de dívida ilegal na compra, estabelecimento ou operação de

¹¹⁸⁴ Pessoas sem ligação com o grupo dificilmente colaboram com as investigações, temendo as fortes represálias a que ficam expostos. Sem a colaboração de indivíduos pertencentes à máfia, que ganharam novo estímulo a colaborar, diante do agravamento das sanções trazidas pelo RICO, seria praticamente impossível ligar os mandantes ao empreendimento criminoso. Segundo demonstram MORSELLI e KAZEMIAN, desde 1971 cerca 13000 membros de família (grupo mafioso) ingressaram no programa de proteção de testemunhas dos Estados Unidos por terem auxiliado em investigações baseadas no RICO. Isto se reflete no fato de que os casos normalmente impescindem de informantes para se sustentar. Em amostra de apelações movidas em casos de RICO, 71% deles estavam baseados em depoimentos de informantes. MORSELLI, Carlo; KAZEMIAN, Lila. SCRUTINIZING RICO. **Critical Criminology**, v. 12, Issue 3, p. 351–369, 2004, p. 360-361.

¹¹⁸⁵ COPPOLA, Lee; DE MARCO, Nicholas. Civil RICO: How Ambiguity Allowed the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act to Expand Beyond its Intended Purpose. **New England Journal on Criminal & Civil Confinement**, v. 38:241, p. 248.

¹¹⁸⁶ “To accomplish its objective RICO creates new criminal offenses and remedies, but does not criminalize previously innocent conduct. The crucial elements of a RICO offense are the proof of a ‘pattern of racketeering activity’ coupled with an existing ‘enterprise’.” MORRIS, David E. An Introductory Examination of the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act. **Akron Law Review**, v. 15, Iss. 4, Article 8, 1982, p. 772.

¹¹⁸⁷ Esse conceito se inspira nas características essenciais de organizações do tipo mafiosas italianas, especialmente a *Cosa Nostra* siciliana, marcada por sua estrutura permanente, organizada e bem definida, enraizada no seu território de atuação e impregnada de valores próprios, tudo isto marcando a autonomia da organização mafiosa em relação aos seus membros, tal qual a que tem a pessoa jurídica em relação a seus sócios. Sobre as características da *Cosa Nostra*, vide: FALCONE, Giovanni. **Coisas da Cosa Nostra: A máfia vista por seu pior inimigo**. Rocco Digital. Edição do Kindle.

negócios, ainda que lícitos. Também foi proscrita a conduta de empregado ou associado do empreendimento e que revele auxílio na condução dos negócios de um empreendimento baseado em padrão de atividade extorsiva. Finalmente, restou proibido ‘conspirar’ a fim de incidir nas vedações anteriores, ou seja, a mera associação com o fim de violar os padrões do RICO foi tornada crime, com punição igual a das figuras anteriores¹¹⁸⁸.

O RICO “tem em seu núcleo um design bastante simples: ele proíbe uma pessoa de utilizar um padrão de atividades ilegais para se infiltrar em uma empresa interestadual”¹¹⁸⁹; e parte do reconhecimento de que grupos são mais poderosos do que indivíduos, pois podem executar tarefas complexas através da divisão de funções e compartilhamento de talentos.

A preocupação central é a infiltração de delinquentes organizados em negócios lícitos, para, com isto, fazer com que o negócio seja gerido em um estilo criminoso¹¹⁹⁰. O que se busca, assim, é evitar que criminosos corrompam instituições legítimas,

¹¹⁸⁸ 18 USC, Ch. 96: RACKETEER INFLUENCED AND CORRUPT ORGANIZATIONS: “§1962. Prohibited activities

(a) It shall be unlawful for any person who has received any income derived, directly or indirectly, from a pattern of racketeering activity or through collection of an unlawful debt in which such person has participated as a principal within the meaning of section 2, title 18, United States Code, to use or invest, directly or indirectly, any part of such income, or the proceeds of such income, in acquisition of any interest in, or the establishment or operation of, any enterprise which is engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce. A purchase of securities on the open market for purposes of investment, and without the intention of controlling or participating in the control of the issuer, or of assisting another to do so, shall not be unlawful under this subsection if the securities of the issuer held by the purchaser, the members of his immediate family, and his or their accomplices in any pattern or racketeering activity or the collection of an unlawful debt after such purchase do not amount in the aggregate to one percent of the outstanding securities of any one class, and do not confer, either in law or in fact, the power to elect one or more directors of the issuer.

(b) It shall be unlawful for any person through a pattern of racketeering activity or through collection of an unlawful debt to acquire or maintain, directly or indirectly, any interest in or control of any enterprise which is engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce.

(c) It shall be unlawful for any person employed by or associated with any enterprise engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce, to conduct or participate, directly or indirectly, in the conduct of such enterprise's affairs through a pattern of racketeering activity or collection of unlawful debt.

(d) It shall be unlawful for any person to conspire to violate any of the provisions of subsection (a), (b), or (c) of this section”. Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title18/part1/chapter96&edition=prelim>. Acesso em: 24/08/2020.

¹¹⁸⁹ “has at its core a fairly simple design: it prohibits a person from utilizing a pattern of unlawful activities to infiltrate an interstate enterprise”. PIERSON, Pamela Bucy. RICO, CORRUPTION AND WHITE-COLLAR CRIME. *Temple Law Review*, v. 85, 2013, p. 529.

¹¹⁹⁰ “If the principal harm to be feared from infiltration is the consequent likelihood that the business will be run in a criminal fashion”. LYNCH, Gerard E. RICO: The Crime of Being a Criminal Parts I and II. *Columbia Law Review*, v. 87, n. 4, Mai./1987, p. 692. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/131. Acesso em: 2012/2020.

para, a partir delas, potencializar seu poder de cometer ilícitos e esconder os proveitos indevidos auferidos.

No que se refere ao termo “atividade de extorsão”, o RICO a define como “qualquer ato ou ameaça envolvendo assassinato, sequestro, jogo, incêndio criminoso, roubo, suborno, extorsão, negociação de matéria obscena ou de substância controlada”¹¹⁹¹, puníveis pelas leis estaduais ou federais¹¹⁹².

Em suma, para que se tenha uma violação ao RICO, que tenha consequências penais e cíveis, é necessário que o acusado: “(1) conducted or conspired to conduct (2) an enterprise (3) through a pattern (4) of racketeering activity (known as ‘predicate acts’) (5) causing injury to plaintiffs’ ‘business or property’¹¹⁹³.

Para que a norma incida, então, é indispensável que exista um ‘empreendimento’ dedicado aos atos extorsivos, dentre os quais a corrupção de agentes públicos¹¹⁹⁴, entendendo-se por empreendimento qualquer indivíduo, parceria, corporação, associação ou outra entidade legal, sindicato ou grupo de indivíduos associados de fato, ainda que não seja uma entidade legalmente estabelecida.

O empreendimento, considerado como qualquer organização estável, é o meio que viabiliza o cometimento dos ilícitos, em especial daqueles que não seriam possíveis de serem praticados por indivíduos isolados. Crimes complexos e mais lucrativos passam a ser viáveis através do uso do nome, reputação, conta bancária, score de crédito, lista de consumidores, informação de clientes, sistemas de cobrança e outros recursos à disposição de uma organização estabelecida¹¹⁹⁵.

¹¹⁹¹ 18 USC, § 1961 (1).

¹¹⁹² “Included in this list of federal offenses that are considered “racketeering activities” are mail fraud and wire fraud”. HILL, Joshua. **An Analysis of the Racketeer Influenced Corrupt Organizations Act: How a Once Promising Bill Became a Corporate Nightmare**. South Carolina Honors College, Senior Theses, n. 164, p. 16. Disponível em: https://scholarcommons.sc.edu/senior_theses/164. Acesso em: 24/08/2020.

¹¹⁹³ DESILVESTER, Catherine. AT WHAT COST? ANALYZING THE STANDING ELEMENT OF THE RACKETEER INFLUENCED AND CORRUPTION ORGANIZATIONS ACT (RICO) IN RESPONSE TO EVANS V. ARIZONA CARDINALS FOOTBALL CLUB. **Jeffrey S. Moorad Sports Law Journal**, v. 67, n. 27, 2020, p. 86.

¹¹⁹⁴ Levantamento realizado em 166 casos julgados com base no RICO, entre 1970 e 2000, apurou que 33% deles envolviam atos de corrupção de agentes públicos. MORSELLI, Carlo; KAZEMIAN, Lila. SCRUTINIZING RICO. **Critical Criminology**, v. 12, Issue 3, p. 351–369, 2004, p. 360.

¹¹⁹⁵ PIERSON, Pamela Bucy. RICO, CORRUPTION AND WHITE-COLLAR CRIME. **Temple Law Review**, v. 85, 2013, p. 530.

Além disso, os atos extorsivos praticados no âmbito do empreendimento devem se inserir em um “padrão de atividade de extorsão”, que significa a prática de pelos menos 2 atos de extorsão, cometidos em intervalo não superior a 10 anos entre um e outro¹¹⁹⁶.

A linguagem empregada na norma é elástica e imprecisa, sobretudo em relação a conceitos cruciais como “*racketeering activity*”, “*pattern of racketeering activity*”, “*people*” e “*enterprise*”¹¹⁹⁷, o que enseja críticas fortes por parte da doutrina, que apontam o uso do RICO para fins diversos da concepção original do legislador, sobretudo em crimes de “colarinho branco”¹¹⁹⁸.

Sustenta-se que, nos termos em que editada, a lei poderia servir como ferramenta poderosa para punir ‘homens de negócios inocentes’, argumento este que vem sendo rechaçado pela Suprema Corte desde o caso *Sedima, S.P.R.L. v. Imrex Co., Inc*¹¹⁹⁹, em que restou definido que a interpretação ampliativa da lei não era apenas possível, como havia sido expressamente encorajada pelo legislador em 1970¹²⁰⁰.

Neste contexto, é central ter em conta que o RICO visa diretamente a infiltração e tomada de controle de negócios legítimos por grupos criminosos, proibindo sua aquisição legal com fundos de origem ilegal¹²⁰¹, origem esta caracterizada como atividade extorsiva ou coleta de dívidas ilegais.

A esta infiltração nos negócios lícitos, se adiciona, como estabelecido no julgamento de *Sedima* pela Suprema Corte, o elemento essencial para incidência do estatuto, qual seja o engajamento em atos que revelem um *padrão de atividade*

¹¹⁹⁶ 18 USC, § 1961 (4)(5).

¹¹⁹⁷ HILL, Joshua. **An Analysis of the Racketeer Influenced Corrupt Organizations Act**: How a Once Promising Bill Became a Corporate Nightmare. South Carolina Honors College, Senior Theses, n. 164, p. 14. Disponível em: https://scholarcommons.sc.edu/senior_theses/164. Acesso em: 24/08/2020. https://scholarcommons.sc.edu/senior_theses/164

¹¹⁹⁸ MORRIS, David E. An Introductory Examination of the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act. **Akron Law Review**, v. 15, Iss. 4, Article 8, 1982, p. 773.

¹¹⁹⁹ 73 U.S. 479 (1985).

¹²⁰⁰ COPPOLA, Lee; DE MARCO, Nicholas. Civil RICO: How Ambiguity Allowed the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act to Expand Beyond its Intended Purpose. **New England Journal on Criminal & Civil Confinement**, v. 38:241, p. 249.

¹²⁰¹ MORRIS, David E. An Introductory Examination of the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act. **Akron Law Review**, v. 15, Iss. 4, Article 8, 1982, p. 776.

extorsiva, de modo que os atos ilícitos cometidos estejam conectados e sejam praticados na condução do empreendimento corrupto¹²⁰².

Os atos ilícitos constitutivos do *padrão de atividade extorsiva*, além de conectados ao empreendimento, devem estar separados no tempo por não mais de 10 anos. No ponto, conquanto possa parecer prazo muito dilatado, não se pode esquecer que a lei foi editada com o deliberado propósito de enfrentar a criminalidade organizada¹²⁰³, não tendo o legislador poupado esforços neste caminho.

Dentre os conceitos essenciais para aplicar o diploma, “*person*” expressa “qualquer indivíduo ou entidade capaz de deter um interesse legal ou potencial em propriedade”¹²⁰⁴, de modo que uma associação de pessoas, sejam físicas ou jurídicas, se insere no escopo da lei¹²⁰⁵, desde que haja finalidade delitiva e sejam empregados recursos de origem ilícita.

Com relação à expressão “*enterprise*”, traduz a ideia de um grupo de indivíduos associados de fato, unidos em prol de um objetivo essencialmente ilícito. Essa abertura conceitual, permite a persecução por uma gama enorme de ilícitos¹²⁰⁶, não apenas de colarinho branco, desde que assim estejam previamente definidos em leis federais ou estaduais.

O empreendimento, como associação de fato, deve ter alguma estruturação, não necessariamente rígida e formalmente estabelecida, bastando que se possa identificar certa estabilidade e divisão de funções tendentes à consecução dos objetivos do grupo.

¹²⁰² DESILVESTER, Catherine. AT WHAT COST? ANALYZING THE STANDING ELEMENT OF THE RACKETEER INFLUENCED AND CORRUPTION ORGANIZATIONS ACT (RICO) IN RESPONSE TO EVANS V. ARIZONA CARDINALS FOOTBALL CLUB. **Jeffrey S. Moorad Sports Law Journal**, v. 67, n. 27, 2020, p. 79. Disponível em: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/mslj/vol27/iss1/3>. Acesso em: 23/10/2020.

¹²⁰³ HILL, Joshua. **An Analysis of the Racketeer Influenced Corrupt Organizations Act: How a Once Promising Bill Became a Corporate Nightmare**. South Carolina Honors College, Senior Theses, n. 164, p. 16. Disponível em: https://scholarcommons.sc.edu/senior_theses/164. Acesso em: 24/08/2020.

¹²⁰⁴ USA 18, § 1961 (3): “*person includes any individual or entity capable of holding a legal or beneficial interest in property*”;

¹²⁰⁵ “*Person has been liberally construed to include diverse individuals and associations*. MORRIS, David E. An Introductory Examination of the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act. **Akron Law Review**, v. 15, Iss. 4, Article 8, 1982, p. 776.

¹²⁰⁶ MORRIS, David E. An Introductory Examination of the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act. **Akron Law Review**, v. 15, Iss. 4, Article 8, 1982, p. 778.

Neste particular, a Suprema Corte entendeu, em *Boyle v. United States*¹²⁰⁷, que um grupo informalmente organizado de assaltantes de bancos, sem uma liderança clara, hierarquia ou plano de longo prazo constituía um “*association-in-fact enterprise*” para os fins do RICO¹²⁰⁸.

Embora distintos, é de se reforçar que os elementos ‘*empreendimento*’ e ‘*padrão de atividade extorsiva*’ precisam estar conectados, sem o que a acusação é inviável.

Os atos extorsivos não necessitam de conexão entre si, mas devem estar relacionados ao empreendimento¹²⁰⁹. Precisa existir a organização de fato e, através dela, a prática de atos violadores do RICO, que podem ser de ampla variedade, como incêndios criminosos para resgate de seguro, tráfico de drogas, redes de jogos de apostas ilegais, entre outros, o que torna o RICO “uma formidável arma de perseguição contra todos os tipos de delinquência organizada, independente de sua natureza”¹²¹⁰.

Interessante notar que, consoante definiu a Suprema Corte em *United States v. Turkette*¹²¹¹, entidades públicas podem compor o conceito de *empreendimento* versado no RICO. Aliás, em levantamento realizado com 236 casos processados com base no estatuto, a corrupção de oficiais públicos constituiu a essência da atividade criminosa em 30% dos casos, implicando atividades como polícia, contratos públicos, Judiciário, arrecadação tributária, legislação e atuação de governadores¹²¹².

Deste modo, já se considerou que escritórios de Xerifes, departamentos de polícia, cortes distritais, dentre outros empreendimentos públicos, satisfazem ao conceito de *enterprise*. Assim, “*empreendimento* pode consistir em entidades

¹²⁰⁷ 556 U.S. 938 (2009).

¹²⁰⁸ COPPOLA, Lee; DE MARCO, Nicholas. Civil RICO: How Ambiguity Allowed the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act to Expand Beyond its Intended Purpose. **New England Journal on Criminal & Civil Confinement**, v. 38:241, p. 252.

¹²⁰⁹ MORRIS, David E. An Introductory Examination of the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act. **Akron Law Review**, v. 15, Iss. 4, Article 8, 1982, p. 787.

¹²¹⁰ MORRIS, David E. An Introductory Examination of the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act. **Akron Law Review**, v. 15, Iss. 4, Article 8, 1982, p. 786.

¹²¹¹ 452 U.S. 576 (1981).

¹²¹² LYNCH, Gerard E. RICO: The Crime of Being a Criminal Parts I and II. **Columbia Law Review**, v. 87, n. 4, Mai./1987, p. 735-736. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/131. Acesso em: 2012/2020.

legítimas ou ilegítimas, e pode incluir entidades públicas, bem como entidades privadas”¹²¹³.

A compreensão dominante é no sentido de que o estatuto descreve *enterprise* em termos amplos e que não está autorizada pela sua dicção qualquer exceção, a retirar de seu alcance qualquer espécie de atividade¹²¹⁴.

Até mesmo o gabinete de um conselheiro municipal de Los Angeles (cargo de funções semelhantes às de vereador no Brasil) já foi enquadrado como *empreendimento* para os fins do RICO.

O conselheiro Luis Huizar, representante do *Council District 14*, foi denunciado e preso por integrar esquema de recebimento de suborno em troca de facilitar negócios imobiliários na cidade de Los Angeles. As ações se davam, conforme a denúncia apresentada pelo *Federal Bureau of Investigation* (FBI)¹²¹⁵, no âmbito do *empreendimento* denominado “*The CD-14 Enterprise*”, em alusão ao cargo e funções do agente público que tinha papel central no esquema, assegurando interesses de particulares de quem recebia propina, para, com o poder do cargo, favorecer os interesses dos pagadores de suborno.

Também atividades exclusivamente privadas, que não envolvam agentes públicos, se inserem no escopo do RICO, como exemplifica a acusação formulada contra 9 dirigentes e ex-dirigentes da FIFA (*Fédération Internationale de Football Association*), entidade privada que explora atividades lícitas e que só entre 2011 e 2014 teve uma receita de U\$ 5.7 bilhões, a maior parte decorrente de direitos de transmissão e *marketing*.

Na acusação, são listados 25 conspiradores e alegações de que duas gerações de dirigentes da FIFA aceitaram subornos da ordem de U\$ 150 milhões para celebrar

¹²¹³ MORRIS, David E. An Introductory Examination of the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act. **Akron Law Review**, v. 15, Iss. 4, Article 8, 1982, p. 787.

¹²¹⁴ LYNCH, Gerard E. RICO: The Crime of Being a Criminal Parts I and II. **Columbia Law Review**, v. 87, n. 4, Mai./1987, p. 698. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/131. Acesso em: 2012/2020.

¹²¹⁵ Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwizmvG7g7frAhUGCrkGHSrNA7cQFjAAegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fwww.justice.gov%2Fusao-cdca%2Fpress-release%2Ffile%2F1292066%2Fdownload&usq=AOvVaw34SsFo7aL5MIMOA4faXIZH>. Acesso em: 25/08/2020.

contratos de mídia e propaganda, além do pagamento de propinas para representantes encarregados de definir a sede da Copa do Mundo de 2010.

O indiciamento de 160 páginas inclui 47 acusações contra os vários réus. As condutas imputadas (*counts*) incluem extorsão sob o 18 U.S.C. §§ 1962 (d) e 1963, por fraude eletrônica, lavagem de dinheiro e obstrução da justiça de acordo com a lei federal e suborno de acordo com a lei do estado de Nova York. Existem inúmeras acusações de fraude eletrônica, lavagem de dinheiro, obstrução da justiça e auxílio na preparação de declarações de impostos falsas. Além disso, um réu é acusado de obtenção ilegal de naturalização, pelo que se busca a revogação de sua cidadania. A acusação também visa ao confisco de propriedade dos réus¹²¹⁶.

De se notar que, embora concebida originalmente para enfrentar a máfia e seus métodos de intimidação e extorsão, grande parte do uso atual do estatuto (30%) está centrado em crimes do colarinho branco, como fraude postal e bancária, fraudes em seguros privados, falências fraudulentas, transporte de propriedade havida por meio fraudulento, desfalques em patrimônio de sindicatos e corrupção em fundos de previdência¹²¹⁷.

Já no plano das consequências, o RICO prevê implicações de ordem penal e civil. No plano penal, a legitimação para agir é do Estado, via DOJ. No civil, tanto DOJ quanto pessoas privadas (*RICO's private attorneys*) podem tomar a iniciativa da persecução¹²¹⁸, tendo a lei adotado um regime híbrido de *enforcement*.

Em âmbito criminal, o § 1963 sujeita o violador do estatuto a prisão de até 20 anos, ou perpétua, caso a violação seja baseada em uma atividade de extorsão para a qual a esta penalidade seja prevista; e multa, de até U\$ 25 mil.

Além disso, é previsto o perdimento penal de bens ou interesses adquiridos com o proveito da violação do RICO. As pelas Cortes, aliás, consideram obrigatória a

¹²¹⁶ MARTINI, Joseph W. AMERICAN BAR ASSOCIATION. **FIFA Officials Indicted in Wide-Ranging Bribery Conspiracy**. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/criminal/practice/2015/fifa-officials-indicted-in-wide-ranging-bribery-conspiracy/>. Acesso em: 20/12/2020.

¹²¹⁷ PIERSON, Pamela Bucy. RICO, CORRUPTION AND WHITE-COLLAR CRIME. **Temple Law Review**, v. 85, 2013, p. 537.

¹²¹⁸ O RICO é um exemplo de modelo híbrido de aplicação da lei ("*redundant private and public enforcement*"), bastante adotado nos Estados Unidos, através do qual, diante de normas de direito material que resguardam interesses públicos e privados, agentes estatais e particulares exercem prerrogativas concomitantes e redundantes para responsabilizar violadores da ordem jurídica. CLOPTON, Zachary D. Redundant Public-Private Enforcement. **Vanderbilt Law Review**, v. 69, n. 2, pp. 285-332, Mar./2016, p. 298.

providência diante de enriquecimento indevido, o que provoca fortes críticas da *American Bar Association*, sob argumento de que este entendimento enseja punições desproporcionais diante de ofensas leves¹²¹⁹.

Para garantir a aplicação do perdimento, as Cortes ostentam poderes cautelares sempre que o confisco se apresente como medida provável perante eventual condenação final. Nesta senda, as cautelares têm por finalidade preservar ‘a disponibilidade da propriedade’ em questão e, com isto, garantir o interesse futuro do Estado. A ordem de bloqueio independe de prévia manifestação do atingido ou de audiência preliminar. E enquanto a propriedade confiscada não é alienada, são cabíveis “ordens de restrição ou injunções apropriadas, [...] a execução de títulos de desempenho satisfatórios”, nomeação de administradores, conservadores, avaliadores, contadores ou curadores, “para proteger o interesse dos Estados Unidos na propriedade confiscada”¹²²⁰.

É interessante notar que há possibilidade de concurso de infrações (*unit of prosecution – count*) no RICO, havendo divergência quanto à sua causa: se decorre da multiplicidade de empreendimentos ou de padrões de extorsão.

Até o julgamento de *United Sates v. Dean*¹²²¹, a referência era o número de empreendimentos dedicados à ilicitude. Desde o julgamento, passou-se a considerar que o critério para o concurso de infrações seria a quantidade de padrões de atividades extorsivas.

Esta opção não é indene de críticas, pois o foco da lei são os empreendimentos dedicados à ilicitude. Além disso, o critério definido em *Dean* pode ampliar demasiadamente as possibilidades de punição, uma vez que, por exemplo, quatro atos de fraude postal, desde que praticados mediante quatro remessas distintas, configurariam quatro incidências cumulativas no RICO¹²²².

¹²¹⁹ MORRIS, David E. An Introductory Examination of the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act. *Akron Law Review*, v. 15, Iss. 4, Article 8, 1982, p. 780.

¹²²⁰ USA 18, § 1963.

¹²²¹ 604 F.3d 1275 (11th Cir. 2010).

¹²²² “*Dean* utilizes five factors borrowed from conspiracy law to evaluate the relation of acts and patterns. These factors are: (1) the time of the acts charged as making up separate patterns, (2) identity of the persons involved in each of these acts, (3) the statutory offenses involved, (4) the nature and scope of the activity the government is seeking to curtail and prosecute, and (5) the places where the acts occurred. 647 F.2d at 788. This focus on pattern expands the possible number of RICO counts, possibly beyond a tolerable limit. For example, four acts of mail fraud, each act involving a separate mailing, could

Não obstante, tem-se por causa legítima do concurso o número de atos extorsivos. Bem ilustra esta compreensão a acusação formulada pela Procuradoria Federal e DOJ¹²²³ contra a gigante chinesa de telecomunicações, HUAWEI TECHNOLOGIES CO., LTD. e suas subsidiárias HUAWEI DEVICE and HUAWEI DEVICE USA, além de outras pessoas, imputando aos réus um esquema de roubo de propriedade intelectual contra empresas dos Estados Unidos, esquema que operava desde o ano 2000 até o tempo da acusação, fevereiro de 2020.

Segundo a denúncia apresentada, as empresas denunciadas haviam constituído um *empreendimento*, nos moldes previstos no RICO, que se valia da violação de contratos de confidencialidade firmados com as companhias vítimas, do recrutamento de ex-empregados das empresas americanas e de professores que desenvolviam pesquisas para tais corporações, tudo com o intuito de se apropriar dos segredos industriais (propriedade) dos lesados. Ainda segundo a acusação, a HUAWEI estabeleceu um bônus aos seus empregados, para recompensar os que conseguissem obter informações confidenciais de seus concorrentes.

Na denúncia, foram formuladas 12 imputações de crime em concurso (12 *counts*), dentre as quais várias violações diretas ao RICO. Cada padrão de atividade extorsiva identificado, tais como “*Racketeering Conspiracy*”¹²²⁴, conspiração para roubar segredo industrial, conspiração para cometer fraude eletrônica, conspiração

result in a two-count indictment using the Dean theory”. MORRIS, David E. An Introductory Examination of the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act. **Akron Law Review**, v. 15, Iss. 4, Article 8, 1982, p. 787.

¹²²³

Disponível

em:

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwittvST9LbrAhXFILkGHWZPC28QFjAAegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Fwww.justice.gov%2Fopa%2Fpress-release%2Ffile%2F1248961%2Fdownload&usq=AOvVaw2SzVkutfdL0MtgA38ArfGs>. Acesso em: 22/08/2020.

¹²²⁴ Esta acusação é bem elucidativa para compreensão do alcance do RICO: “89. Em todos os momentos relevantes para esta Acusação de Substituição, HUAWEI e afiliadas globais e subsidiárias, incluindo HUAWEI DEVICE, HUAWEI DEVICE EUA, FUTUREWEI e SKYCOM, constituíram um “empreendimento”, conforme definido no Título 18, Código dos Estados Unidos, Seção 1961 (4), ou seja, um grupo de entidades jurídicas associadas de fato (doravante, “Huawei Enterprise”). A Huawei Enterprise estava envolvida, e suas atividades afetavam, o comércio interestadual e exterior. 90. O principal objetivo da Huawei Enterprise era fazer crescer a marca “Huawei”, uma das mais poderosas do mercado global de equipamentos de telecomunicações, ingressando, desenvolvendo e dominando os mercados de telecomunicações e tecnologia e serviços eletrônicos de consumo em cada um dos países nos quais a Huawei Enterprise operava [...] 93. O padrão de atividade de extorsão, conforme definido no Título 18, Código dos Estados Unidos, Seções 1961 (1) e 1961 (5), consistia em vários atos enquadrados sob o Título 18, Código dos Estados Unidos, Seções 1343 (relacionadas à fraude eletrônica), 1344 (relacionadas à fraude financeira e institucional), 1503 (relativa à obstrução da justiça), 1512 (relativa à adulteração de testemunhos), 1832 (relativo ao roubo de segredos comerciais), 1956 (relativo à lavagem de dinheiro e 2319 (relativos à violação de direitos autorais)”.

para cometer fraude bancária, dentre outros, foi catalogado como delito autônomo, embora cometidos no âmbito de um único *empreendimento* delitivo.

Já sob enfoque da responsabilidade civil, além das prerrogativas do DOJ, o RICO garante a qualquer pessoa (pública ou privada, física ou jurídica – *RICO's Private Attorney*), lesada em sua propriedade ou negócios por atividades extorsivas, uma indenização pelo triplo do dano sofrido (*treble damages*), mais a cobertura das custas do processo e dos honorários advocatícios¹²²⁵.

A ação assume a forma de uma *class action*, na tentativa de reunir múltiplas acusações e pessoas envolvidas em uma única ação, com o que se busca otimizar tempo e recursos; e deve ser proposta no local em que resida o acusado ou algum deles¹²²⁶.

Para que a ação seja admissível (*standing*¹²²⁷), e, com isto, fazer jus à indenização, o interessado deve mostrar que o réu violou alguma das condutas do § 1962 do RICO, que o requerente sofreu uma lesão em seu patrimônio ou negócios e que a lesão é decorrência direta da ação ilícita do demandado¹²²⁸. Ainda, deve se comprovar que o remédio postulado tem capacidade para reparar o dano experimentado pelo lesado¹²²⁹.

¹²²⁵ U.S.C. 18 § 1964(c)

¹²²⁶ BLACKKEY, G. Robert; GETTINGS, Brian. Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO): Basic Concepts - Criminal and Civil Remedies. **TEMPLE LAW QUARTERLY**, v. 53, 1980, p. 1038-1039. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/603. Acesso em: 20/12/2020.

¹²²⁷ *Standing* é a legitimidade para propor uma ação judicial. Pela *standing doctrine*, certas categorias de pessoas ficam impedidas de mover uma ação judicial. É uma limitação formal, que impede, para certas pessoas, a propositura de uma demanda. Ao seu lado, também a limitar a possibilidade de litigar, há a *Nonreviewability doctrine*, que obsta, de modo geral e para qualquer pessoa, seja uma determinada questão material invocada como fundamento de ação judicial, tirando-a da possibilidade de revisão judicial. “*Nonreviewability doctrine concerns the issue of proper claims and bars courts from hearing a particular issue. Standing doctrine concerns the issue of proper parties and bars particular plaintiffs from raising an issue. Thus, the doctrines have diferente effects on potential litigants. Nonreviewability doctrine prevents all plaintiffs-even those with undisputed standing-from litigating a particular issue. Standing doctrine bars certain plaintiffs from litigating an issue, leaving open the possibility that other plaintiffs might*”. BRESSMAN, Lisa Schultz. Judicial Review of Agency Inaction: An Arbitrariness Approach. **New York University Law Review**, v. 79, n. 5, pp. 1657-1718, Nov./2004, p. 1664-1665.

¹²²⁸ COPPOLA, Lee; DE MARCO, Nicholas. Civil RICO: How Ambiguity Allowed the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act to Expand Beyond its Intended Purpose. **New England Journal on Criminal & Civil Confinement**, v. 38:241, p. 251.

¹²²⁹ DESILVESTER, Catherine. AT WHAT COST? ANALYZING THE STANDING ELEMENT OF THE RACKETEER INFLUENCED AND CORRUPTION ORGANIZATIONS ACT (RICO) IN RESPONSE TO EVANS V. ARIZONA CARDINALS FOOTBALL CLUB. **Jeffrey S. Moorad Sports Law Journal**. 67, n. 27, 2020, p. 80.

No que diz com os interesses protegidos pela vertente cível do RICO (negócios e propriedade do lesado), são expressões interpretadas em sentido amplo pelas Cortes de Justiça. O valor *negócios*, tem sido interpretado como qualquer empreendimento industrial ou comercial, incluindo os não lucrativos e as atividades sindicais. Já *propriedade*, termo a que também se empresta amplo sentido, compreende mesmo despesas para se defender de ações que violem propriedade industrial ou a oportunidade de sindicatos aumentarem seus associados¹²³⁰.

As Cortes Distritais (juízes federais) têm alguns *remédios cíveis* ao seu dispor para prevenir e restringir as atividades vedadas pelo RICO no § 1962, como ordenar a qualquer pessoa que se desfaça da participação em empresa; impor restrições em investimentos futuros de qualquer pessoa, proibindo de se envolver no ramo explorado pelo *enterprise* investigado; ou “ordenar a dissolução ou reorganização de qualquer empresa, fazendo as devidas provisões para os direitos de pessoas inocentes”¹²³¹.

Embora as responsabilidades civis e penais sejam independentes, é prevista uma *estoppel provision* (cláusula preclusiva), autorizando que o litigante em uma ação civil se valha da prévia condenação criminal para basear a ação cível, impedindo o réu de rediscutir os fatos e alegações essenciais acertados na sentença penal¹²³².

Além disso, a chance de sucesso de uma ação civil baseada no RICO é maior em comparação a uma ação penal, pois, enquanto nesta se deve provar o fato acima de qualquer dúvida razoável, na ação cível o *standart* de prova é mais tênue, bastando a demonstração de uma preponderância de evidência¹²³³.

¹²³⁰ BLACKKEY, G. Robert; GETTINGS, Brian. Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO): Basic Concepts - Criminal and Civil Remedies. **TEMPLE LAW QUARTERLY**, v. 53, 1980, p. 1041. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/603. Acesso em: 20/12/2020.

¹²³¹ U.S.C 18 “§1964. Civil remedies

(a) *The district courts of the United States shall have jurisdiction to prevent and restrain violations of section 1962 of this chapter by issuing appropriate orders, including, but not limited to: ordering any person to divest himself of any interest, direct or indirect, in any enterprise; imposing reasonable restrictions on the future activities or investments of any person, including, but not limited to, prohibiting any person from engaging in the same type of endeavor as the enterprise engaged in, the activities of which affect interstate or foreign commerce; or ordering dissolution or reorganization of any enterprise, making due provision for the rights of innocent persons”.*

¹²³² U.S.C 18 § 1964(d).

¹²³³ HILL, Joshua. **An Analysis of the Racketeer Influenced Corrupt Organizations Act: How a Once Promising Bill Became a Corporate Nightmare**. South Carolina Honors College, Senior Theses, n. 164, p. 20. Disponível em: https://scholarcommons.sc.edu/senior_theses/164. Acesso em: 24/08/2020.

Embora o RICO seja considerado instrumento essencial no combate à criminalidade organizada, sua aplicação no plano cível tem levantado preocupações, uma vez que há uso crescente do estatuto na busca do sedutor interesse dos danos triplos.

Há questionamentos, por exemplo, quanto ao amplo leque de possibilidades de processos que o estatuto abre, deixando margem de discricionariedade muito grande aos promotores. Também, se aponta violação ao princípio federativo, pois a lei federal acaba por encampar condutas previstas como crimes estaduais, mas não observa a gradação das punições nelas estabelecidas, desequilibrando as políticas penais dos estados membros. Também, são recorrentes as críticas quanto a abertura conceitual das figuras previstas no RICO, o que violaria o princípio da legalidade, queixas estas que não têm impressionado os julgadores¹²³⁴.

O amplo acesso que a ação civil concede às Cortes federais, dando margem à investigação probatória vasta, assegurada pelo estatuto processual federal, bem como a 'ganância' de certos litigantes, que têm deduzido ações frívolas com base no diploma¹²³⁵, também são mencionados como pontos sensíveis em sua aplicação¹²³⁶ e têm levado a uma grande incidência de processos cíveis, envolvendo corporações legalmente estabelecidas, que acabam recorrendo, com frequência, à via do acordo para encerrar causas cíveis baseadas no estatuto¹²³⁷.

O atrativo financeiro do RICO pode explicar o uso consideravelmente maior da lei na esfera civil, como mostra o quadro a seguir¹²³⁸:

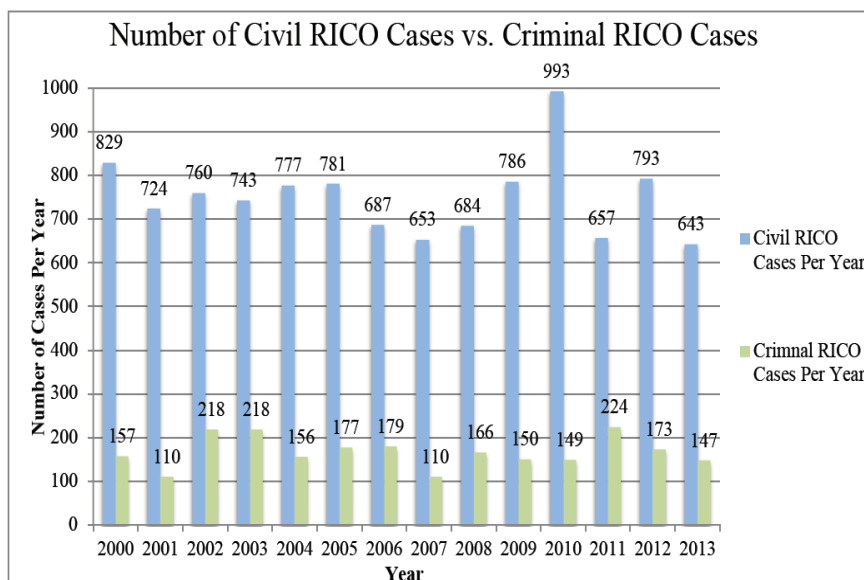
¹²³⁴ LYNCH, Gerard E. RICO: The Crime of Being a Criminal Parts I and II. **Columbia Law Review**, v. 87, n. 4, Mai./1987. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/131. Acesso em: 2012/2020.

¹²³⁵ Estudo realizado em 2002 apontou que, dentre 145 ações cíveis analisadas, 70% foram rejeitadas sumariamente e apenas 2% representaram uma vitória final para os requerentes. Outro exame, feito em 2013, apontou que a defesa saiu vitoriosa em 83% dos casos. HILL, Joshua. **An Analysis of the Racketeer Influenced Corrupt Organizations Act: How a Once Promising Bill Became a Corporate Nightmare**. South Carolina Honors College, Senior Theses, n. 164, p. 31 e 33. Disponível em: https://scholarcommons.sc.edu/senior_theses/164. Acesso em: 24/08/2020.

¹²³⁶ HILL, Joshua. **An Analysis of the Racketeer Influenced Corrupt Organizations Act: How a Once Promising Bill Became a Corporate Nightmare**. South Carolina Honors College, Senior Theses, n. 164, p. 17. Disponível em: https://scholarcommons.sc.edu/senior_theses/164. Acesso em: 24/08/2020.

¹²³⁷ NYBO, Nicholas L. A Three-Ring Circus: The Exploitation of Civil Rico, How Treble Damages Caused It, and Whether Rule 11 Can Remedy The Abuse. **Roger Williams University Law Review**, v. 18, p.19-51, 2013. Disponível em: http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol18/iss1/3/. Acesso em: 01/08/2020.

¹²³⁸ HILL, Joshua. **An Analysis of the Racketeer Influenced Corrupt Organizations Act: How a Once Promising Bill Became a Corporate Nightmare**. South Carolina Honors College, Senior Theses, n. 164, p. 29. Disponível em: https://scholarcommons.sc.edu/senior_theses/164. Acesso em: 24/08/2020.



21 - Elaborado por HILL, Joshua

Processos das mais diversas naturezas têm sido propostos com base no diploma, envolvendo desde ações por danos aos jogadores da liga profissional de baseball americana (MLB)¹²³⁹; venda de medicamentos por indústria farmacêutica para usos não aprovados pela agência competente do governo americano (FDA); derramamento de petróleo no Golfo do México causado por corporação petrolífera; até as mais recentes ações contra a Igreja Católica, baseadas na omissão das autoridades eclesiásticas superiores em não evitar e, após, acobertar, casos de abuso sexual praticados por sacerdotes contra fiéis.

Isto tem levado ao diagnóstico de que o “RICO é raramente utilizado, no mundo de hoje, contra o inimigo tradicional que o Congresso buscava erradicar com sua promulgação, a Máfia Americana”. Assim, embora não exista nenhuma indicação de que o Congresso pretendesse controlar ações da Igreja ou da liga de baseball, por exemplo, a interpretação expansiva do estatuto procedida pelas Cortes de Justiça tem

¹²³⁹ Pleito que esbarrou na natureza do dano sofrido, de ordem física e pessoal, não atendendo ao requisito da norma, no sentido de afetar propriedade ou negócios do lesado. DESILVESTER, Catherine. AT WHAT COST? ANALYZING THE STANDING ELEMENT OF THE RACKETEER INFLUENCED AND CORRUPTION ORGANIZATIONS ACT (RICO) IN RESPONSE TO EVANS V. ARIZONA CARDINALS FOOTBALL CLUB. *Jeffrey S. Moorad Sports Law Journal*, v. 67, n. 27, 2020, p. 88.

permitido que “os dentes do RICO possam ser usados contra inimigos não previstos”¹²⁴⁰.

O uso ampliado do RICO para objetivos não inicialmente traçados pelo legislador é um risco inerente aos instrumentos anticorrupção. A LIA também sofre acusações semelhantes no Brasil, de se espriar por campos em que a desonestidade não se instalou. No entanto, não se pode olvidar que a ilicitude, em geral, e a corrupção, em particular, são fenômenos dinâmicos, de modo que o legislador não tem como antever suas possíveis manifestações. Por isto, algum grau de abertura sempre será necessário, embora seja imprescindível, também, guardar cuidado para evitar punições excessivas, que desbordem do cerne de proteção da norma anticorrupção.

4.3.1 RICO x FCPA

O seguinte paralelo, a evidenciar semelhanças e diferenças, pode ser estabelecido entre as duas normas estadunidenses acima examinadas:

	FCPA	RICO
Foco central	Suborno: empresa americana para agente estrangeiro	Infiltração do crime organizado em negócios lícitos
Ato punível	Suborno como meio para negócios ou vantagens de qualquer espécie	Obtenção e aplicação do dinheiro sujo, originado por vários ilícitos, incluindo corrupção, em negócios limpos
Conceito nuclear	Oficial estrangeiro	Empreendimento que atua em padrão de atividade extorsiva
Fim visado pelo delinquente	Vantagens impróprias	Poder econômico e político
Áreas de influência	Mundo corporativo, partidos políticos, eleições e organizações internacionais	Jogo, apostas, prostituição, tráfico de drogas, cobrança de dívidas ilegais, sindicatos, indústrias e negócios legalizados

¹²⁴⁰ COPPOLA, Lee; DE MARCO, Nicholas. Civil RICO: How Ambiguity Allowed the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act to Expand Beyond its Intended Purpose. **New England Journal on Criminal & Civil Confinement**, v. 38:241, p. 254-255.

Persecução	DOJ – crime DOJ + SEC - cível	DOJ – crime DOJ + <i>private attorney general</i> - cível
Jurisdição	Extraterritorialidade alta	Foco doméstico
Conspiração punível	Sim	Sim
Punições penais	PJ: multa até U\$ 25 milhões PF: multa até U\$ 5 milhões + prisão até 20 anos	Prisão até 20 anos ou perpétua Multa até U\$ 25 mil
Punições cíveis	PJ: multa até U\$ 963.837 mil PF: multa até U\$ 192.768 mil	Indenização de 3x o dano

4.3.2 RICO x LIA/LAC

A preocupação central do RICO são as organizações (*enterprises*) baseadas em padrão delincente, que obtêm receita de forma ilegal mas se infiltram em negócios legalizados. Neste caminho, praticam uma série de crimes instrumentais, definidos como atividades de extorsão, neles se inserindo a corrupção de agentes públicos. Deste modo, diversamente do que se dá com a LIA e a LAC (e mesmo com o FCPA), a corrupção não é tema no texto escrito do RICO (embora boa parte dos casos se fundamente nela). Contudo, não é ignorado seu papel imprescindível para a consecução dos objetivos do empreendimento extorsivo, seja na obtenção de receita ilícita, seja em seu investimento em negócios legalizados, seja, ainda, na cooptação de agentes públicos.

A noção de ‘empreendimento’, essencial no RICO, guarda semelhança com o foco central da LAC, sociedades empresárias e simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado; inobstante o RICO mire também pessoas físicas que se valem ou atuam no empreendimento. Inclusive, em ambos os estatutos é de menor importância a qualificação legal e forma jurídica dada ao empreendimento, sendo decisiva a atividade por ele praticada, voltada ao ilícito e à corrupção. Para ambas as normas, é essencial que exista uma associação organizada e que por ela se perpetrem atos ilegais.

Chama a atenção, neste ponto, que o RICO insere no conceito de 'empreendimento' até mesmo entidades públicas, ao passo que a LAC e a LIA não as têm como ofensoras, mas vítimas dos atos corruptos.

A exemplo do que se dá com o FCPA, o RICO tem um duplo regime de responsabilização, civil e penal, a primeira olhando mais para os danos causados a negócios lícitos de cunho privado, enquanto a segunda se preocupa preponderantemente com os efeitos nocivos à sociedade. Este duplo regime acaba por facilitar e concatenar as investigações conduzidas sob seu manto. Neste passo, convém ressaltar a *estoppel clause*, que impede rediscutir na ação civil fatos já julgados na seara penal. Já no Brasil, conquanto a esfera civil se submeta ao desfecho penal categórico sobre autoria e ocorrência do fato, falta à LIA e à LAC, no plano intraestatal, organização e sistematização das diversas órbitas de responsabilização e a atuação de todos os órgãos com tarefas anticorrupção¹²⁴¹.

Algumas experiências trazidas pelo RICO poderiam ser mais bem exploradas no Brasil. A primeira, a punição da conspiração, ou seja, da associação destinada a praticar os tipos vedados no estatuto. A incorporação teria importante caráter dissuasório, pois o mero acerto para praticar corrupção já seria punível; além de facilitar a punição dos mandantes, nem sempre ligados aos fatos pelos métodos ordinários de investigação.

A segunda é a que obriga os condenados com base no RICO a se desfazerem de participações em empreendimentos relacionados ao ilícito, seja para obter dinheiro sujo, seja para lavá-lo. Embora a LAC tenha norma autorizando a dissolução de empreendimento voltado à corrupção, não há mecanismo capaz de livrar empresas de determinado investidor a ela associado apenas com finalidade delitiva.

Finalmente, de se lembrar que nos casos baseados no RICO a colaboração de membros do grupo é fundamental para desvendar as práticas ilícitas. A LAC (acordo de leniência) e, mais recentemente, a LIA (ANPC), também reconhecem a importância da colaboração de participantes do esquema para desvendar atos de

¹²⁴¹ Note-se que o RICO e o FCPA impedem rediscussão de fatos quando já houver condenação criminal. Na LIA, a orientação construída pela jurisprudência sempre foi por impedir a rediscussão da absolvição criminal baseada em negativa categórica da autoria ou da existência do fato. A Nova LIA alterou o panorama, para impedir a rediscussão na ação de improbidade quando haja absolvição penal sob qualquer fundamento, desde que confirmada por órgão colegiado. O STF, em liminar deferida pelo Ministro Alexandre de Moraes (ADI 7.236) limitou as hipóteses em que a absolvição penal repercute na esfera da improbidade.

corrupção. No entanto, os acordos nacionais carecem de melhor sistematização para racionalizar e ampliar seu uso; além de se ressentirem de instrumento que incentive a colaboração de pessoas não envolvidas com a corrupção, fontes importantes e hoje subutilizadas no Brasil, como se dá no RICO, com a legitimação de vítimas para agir processualmente em busca de reparação (*RICO private attorney general*).

O tópico seguinte traz importante exemplo de como aproveitar este tipo de colaboração de membros da sociedade.

4.4 FALSE CLAIMS ACT (FCA)

Os gastos governamentais são um 'pote de ouro' para pessoas inescrupulosas e que visam ao lucro fácil. Estima-se que, anualmente, contratos na monta de U\$ 1,5 trilhão são influenciados por atos de corrupção¹²⁴².

Direcionamento de licitações, superfaturamento, cobrança por serviços não executados ou executados com qualidade inferior à contratada e aditivos contratuais desvirtuados são mecanismos muito empregados para forçar o Estado, frequentemente com a colaboração escusa de seus agentes, a pagar por contas indevidas.

Para enfrentar esse problema, marcante desde a época das então 13 Colônias, diversos estatutos foram criados nos Estados Unidos, culminando com a edição do FCA em 1863, na já independente (1776) e ainda não unificada nação, processo que se concluiu apenas em 1865, quatro anos após o início da Guerra de Secessão, a qual deixou marcas profundas e representou gastos enormes para a União, vários deles inflados por fraudes expressivas. Naquele contexto, a lei tinha por objeto central fazer cessar o desvio de recursos públicos, responsabilizando os infratores e fazendo-os devolver o montante desviado, um esforço indispensável em tempos de paz, mais ainda em tempo de guerra.

Já naquela época o Congresso anteviu que a descoberta de expedientes fraudulentos, como, aliás, de qualquer prática corrupta, seria extremamente difícil e custosa para o Estado. Com efeito, tais acertos costumam ser feitos na

¹²⁴² KALUBANGA, Matthew; KAKWEZI, Patrick; KAYIISE, Denise. **The Effects of Fraudulent Procurement Practices on Public Procurement Performance**, International Journal of Business and Behavioral Sciences, v.3, n. 1, Jan./2013, p. 17.

clandestinidade e, como regra, não deixam registros. Por isto, a colaboração de alguém de dentro (*insider*) já era vista como fundamental (o que se provou verdadeiro até o presente momento), pois é o instrumento que possibilita acesso a informações valiosas, a baixo custo. Esta a lógica que inspirou um importante instrumento (de *private enforcement*) adotado pelo FCA, as *qui tam actions*, a seguir analisadas.

4.4.1 FCA e *qui tam actions*: noções preliminares

O FCA (31 U.S. Code)¹²⁴³, incorporando longa tradição da Common Law¹²⁴⁴, previu a *qui tam action*¹²⁴⁵ como instrumento que confere a um indivíduo ou pessoa jurídica legitimidade processual ativa para processar quem cause dano ao governo dos Estados Unidos por cobranças indevidas, nominadas fraude (*fraud*) pelo estatuto. Como elucida Doyle:

Qui tam é a ação pela qual um indivíduo processa em nome do governo e participa do produto de qualquer litígio ou acordo bem-sucedido. Embora frequentemente punitivo, geralmente é um processo civil. Ao contrário do antitruste, do RICO e de outros procedimentos punitivos federais, o procurador-geral privado não precisa ter sido vítima da má conduta que deu origem ao litígio¹²⁴⁶.

¹²⁴³ “The FCA, 31 U.S.C. § 3729 et seq., is an anti-fraud statute that prohibits the knowing submission of false or fraudulent claims to the federal government. Specifically, § 3729 imposes liability when (1) a person presents, or causes to be presented, a claim for payment or approval; (2) the claim is false or fraudulent; and (3) the person’s acts are undertaken “knowingly,” i.e., with actual knowledge of the information, or with deliberate ignorance or reckless disregard for the truth or falsity of the claim”. U.S. ex rel. Bledsoe v. Community Health Systems, Inc. United States Court of Appeals, Sixth Circuit. September 10, 2003. F.3d 634.

¹²⁴⁴ Que por muitos séculos aplicou o *enforcement* privado para diversos estatutos regulatórios e até em procedimentos criminais: “Parliament and municipal authorities (as well as private firms and individuals) paid bounties for the apprehension and conviction of offenders; and in the case of offenses punished by fines the fine was divided between the Crown and the enforcer. There were no public prosecutors, and the police were public in name only”. LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Private Enforcement of Law. **Journal of Legal Studies**, v. 4, n. 1, pp. 1-46, Jan./1975, p. 2.

¹²⁴⁵ “A *qui tam action* is one brought under a statute that allows a private person to sue for a penalty on behalf of the government or a public institution. In return, the government or public institution shares a portion of the penalty”. GARNER, Brian A. **Black’s Law Dictionary**. St. Paul: Thomson Reuters, 2009, p. 1368.

¹²⁴⁶ “*Qui tam* is the process whereby an individual sues or prosecutes in the name of the government and shares in the proceeds of any successful litigation or settlement. Although frequently punitive, it is generally a civil procedure. Unlike antitrust, RICO, and other federal punitive damage, private attorney general provisions, the individual need not have been a victim of the misconduct giving rise to the litigation”. DOYLE, Charles. **Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes**. Congressional Research Service. Edição do Kindle, 2009, p.67.

Trate-se de instrumento essencialmente de *enforcement* privado, uma espécie do gênero *Whistleblower* (soprador do apito)¹²⁴⁷, em que é concedida a particulares legitimidade para agir em nome e em benefício do Estado para dar efetividade e execução ao diploma legal.

As *qui tams* são uma modalidade de *private enforcement* e compartilham com outras ações de índole pública movidas por autores privados (*citizen suits plaintiffs*), como as *class actions*, a característica de terem no polo ativo da ação judicial um particular agindo como substituto ou auxiliar do governo, “representando um interesse público através do litígio”¹²⁴⁸.

Tanto as *qui tam* quanto as *citizen suits*¹²⁴⁹ são meios de mobilizar a cidadania para suplementar o poder estatal de aplicação da lei, com a diferença fundamental de que, enquanto nas últimas, todas as penalidades e indenizações recolhidas vão para o caixa do Estado, recolhendo o autor os honorários advocatícios e reembolso de custas; nas *qui tams* parte do valor recuperado pelo governo é pago ao autor a título de recompensa ou prêmio.

Esta distinção reside na compreensão de que nas *citizen suits* o autor litiga em prol de um interesse público, na qualidade de ‘*private attorneys general*’, buscando atacar um dano cometido contra o público em geral; enquanto o autor da *qui tam* vai a juízo em nome do governo dos Estados Unidos para reparar um dano cometido contra a capacidade do Estado de manter a higidez do patrimônio público¹²⁵⁰.

Deste modo, a *qui tam* se baseia em ideologia política, muito difundida, que empodera o cidadão para exercitar sua liberdade pessoal para exercer seus direitos. Assim, é encorajado o *enforcement* privado¹²⁵¹ como uma feição geral do sistema

¹²⁴⁷ “*whistleblowing* é o termo, de origem norte-americana, com que, há longo tempo, é cunhada a actividade daquele que sinaliza um comportamento ilegal ou irregular ocorrido no quadro de uma organização, pública ou privada, com a qual tem ou teve algum vínculo”. BRANDÃO, Nuno. **O Whistleblowing no Ordenamento Jurídico Português**. Revista do Ministério Público, Lisboa, a. 41, n. 161, p. 99-113, jan./mar. 2020, p. 99.

¹²⁴⁸ GILLES, Myriam E. Reinventing Structural Reform Litigation: Deputizing Private Citizens in the Enforcement of Civil Rights. **Columbia Law Review**, v. 100, 2000, p. 1384.

¹²⁴⁹ “*The ‘citizen suit’ is the modern incarnation of the qui tam action*”. LESSIG, Lawrence; SUNSTEIN, Cass R. The President and the Administration. **Columbia Law Review**, v. 94, n. 1, Jan./1994, pp. 1-123, p. 21.

¹²⁵⁰ GILLES, Myriam E. Reinventing Structural Reform Litigation: Deputizing Private Citizens in the Enforcement of Civil Rights. **Columbia Law Review**, v. 100, 2000, p. 1384.

¹²⁵¹ Segundo KAGAN, o sistema jurídico-político dos Estados Unidos é marcado por um “*legalismo adversarial*” (*adversarial legalism*), que é um “método de formulação e implementação de políticas e de resolução de disputas com duas salientes características”: “*formal legal contestation*” e “*litigant*

legal estadunidense, em um modelo que busca maximizar a aderência à lei através do aumento dos agentes encarregados de sua aplicação, envolvendo a própria sociedade na tarefa, o que traz as vantagens adicionais de evitar a captura de agências governamentais e as contingências orçamentárias advindas da ampliação da máquina estatal¹²⁵².

Como mencionado na introdução a este Capítulo, os Estados Unidos adotam o padrão de responsabilizar *ex post facto* os violadores da lei, preferindo um sistema de reguladores difusos ao invés de uma burocracia centralizada, característica do modelo europeu. Neste caminho, aquele país busca “integrar cidadãos privados, entes regulatórios públicos, organizações não governamentais e agentes do mercado privado para regular a lesão social”¹²⁵³.

Esta feição do sistema estadunidense foi herdada do modelo de *common law* recebido na era colonial, mas hoje é decorrência de escolhas conscientes do Congresso e das legislações estaduais e, com indesejada frequência, das limitações funcionais dos órgãos regulatórios públicos.

O modelo, essencialmente baseado em ações de responsabilização promovidas por agentes privados, sofreu certo arrefecimento apenas na era do *New*

activism”. A primeira representa uma forma de pleitear direitos pela via jurisdicional, invocando normas, estatutos e procedimentos jurídicos. A segunda consiste em um estilo de contestação legal, reivindicação, argumentação e produção de evidências dominada não por autoridades estatais, mas pelas próprias partes em disputa, com intermediação de advogados. Juízes supervisionam o processo, deixando o protagonismo aos litigantes. Contudo, como as políticas são definidas na arena judicial, são frequentes críticas de que os magistrados se convertem em criadores de normas, confundindo as linhas de separação entre Legislativo e Judiciário. Leis regulatórias e Direito antidiscriminação são campos frequentemente implementados e executados não preponderantemente por burocracias governamentais, mas com proeminência de ações judiciais iniciadas por organizações de defesa de direitos, conjuntos de pessoas físicas e advogados. KAGAN, ROBERT A. **Adversarial Legalism: The American Way of Law**, Second Edition. Harvard University Press, 2019.

¹²⁵² HODGES, Christopher. **US class actions: Promise and reality**. European University Institute, Department of Law. “European Regulatory Private Law” Project - European Research Council (ERC) Grant. EUI Working Paper LAW 2015/36, p. 3. O autor critica a ideia subjacente ao modelo, de que os indivíduos podem assegurar direitos por conta própria. E pontua que o sistema estadunidense contrasta com o europeu, mais dependente de ações públicas: “*This model can be contrasted with the emerging European model where ombudsmen or other ADR entities and public regulatory agencies function as intermediaries, increasingly funded by business*”.

¹²⁵³ “*The American approach to regulation is also extraordinary in that it entrusts ex post law enforcement not to a centralized state bureaucracy but rather to a diffuse set of regulators. The United States harnesses private citizens, public regulatory bodies, nongovernmental organizations, and private market agents to regulate social harm*”. GLOVER, J. MARIA. The Structural Role of Private Enforcement Mechanism in Public Law. **William and Mary Law Review**, v. 53, n. 4, Mar./2012, p. 1146.

*Deal*¹²⁵⁴, ocasião em que o Congresso confiou preponderantemente a tarefa de implementar e fiscalizar a aplicação dos vastos recursos postos à disposição da reconstrução à burocracia estatal, ampliada significativamente no período, através da criação de 69 agências temáticas¹²⁵⁵.

Contudo, desde a segunda parte do Século XX, o padrão retornou ao estado anterior, tendo o Legislativo¹²⁵⁶ voltado a instituir um novo e vasto leque de medidas de aplicação *ex post facto* de iniciativa privada¹²⁵⁷.

As *qui tam* se inserem neste contexto, fundadas na ideia central de conceder incentivo financeiro¹²⁵⁸ ao particular (*relator*) que disponha de informações contra fraudes praticadas em detrimento do governo dos Estados Unidos.

Enquanto a burocracia do Estado sofre uma grande desvantagem informacional, os particulares são as melhores fontes de informação e dados, pela simples razão de que, frequentemente, são os próprios envolvidos na violação ou suas vítimas¹²⁵⁹.

Com olhos no prêmio, aquele que tem informações de interesse do governo se sentiria tentado a delatar e processar os partícipes e, com isto, o Estado acessaria informações e dados que provavelmente não alcançaria.

Assim, em sua versão original, a *qui tam* foi concebida pelo legislador Congresso dos Estados Unidos como um meio para descobrir e cortar as raízes das

¹²⁵⁴ Conjunto de medidas implementadas no governo de Franklin Delano Roosevelt para fazer frente à *Grande Depressão* que se seguiu à quebra da bolsa de valores em 1929: “Roosevelt criou dezenas de novas agências para implementar seu *New Deal*, embora o programa pudesse ser reduzido a três frentes de ataque: auxílio para os necessitados, recuperação da economia e reforma do sistema que havia produzido a Grande Depressão”. DAVIDSON, James West. **Uma breve história dos Estados Unidos**. L&PM Editores. Edição do Kindle, p. 254-255.

¹²⁵⁵ Um verdadeiro “bowl of alphabet soup” (SAFIRE, William. **Safire's Political Dictionary**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 15).

¹²⁵⁶ As razões para esse recrudescimento não são objeto de consenso entre os cientistas sociais, mas hipótese plausível diz com o intuito do Congresso de obter maior estabilidade na aplicação da lei, o que naturalmente viria com o Judiciário respondendo a ações que reportassem eventuais violações, em contraste com a adjudicação administrativa, sujeita a maiores influências políticas e à mudanças de critérios por trocas de gestões. GLOVER, J. MARIA. The Structural Role of Private Enforcement Mechanism in Public Law. **William and Mary Law Review**, v. 53, n. 4, Mar./2012, p. 1152.

¹²⁵⁷ GLOVER, J. MARIA. The Structural Role of Private Enforcement Mechanism in Public Law. **William and Mary Law Review**, v. 53, n. 4, Mar./2012, p. 1147-1148.

¹²⁵⁸ “Under the US model, financial incentives are necessary to motivate private intermediaries to undertake law enforcement activities”. HODGES, Christopher. **US class actions: Promise and reality**. European University Institute, Department of Law. “European Regulatory Private Law” Project - European Research Council (ERC) Grant. EUI Working Paper LAW 2015/36, p. 35.

¹²⁵⁹ GLOVER, J. MARIA. The Structural Role of Private Enforcement Mechanism in Public Law. **William and Mary Law Review**, v. 53, n. 4, Mar./2012, p. 1154.

fraudes contra o governo, as quais, sem esse instrumento, permaneceriam encobertas¹²⁶⁰⁻¹²⁶¹. São assim, um escudo para proteger o Estado contra ilicitudes¹²⁶².

Os programas de *Wistleblowing* tradicionais¹²⁶³ se fundam no fornecimento de informações a órgãos públicos ou corporativos, por alguém de dentro do grupo, de forma anônima ou aberta, em troca de alguma forma de recompensa. No Brasil, tem-se exemplo de *whistleblower* na Lei 13.964/2019 (pacote anticrime), que alterou a Lei 13.608/2018¹²⁶⁴ e instituiu a figura do informante do bem¹²⁶⁵. A *qui tam* vai um passo além, pois permite que o informante processe em nome do Estado.

Expediente semelhante ao brasileiro é empregado na Nigéria¹²⁶⁶, onde também se advoga a aproximação de regime de *wistleblowing* lá estabelecido a um sistema

¹²⁶⁰ TSCHEPIK, Nathan T. The Executive Judgment Rule: A New Standard of Dismissal for Qui Tam Suits Under the False Claims Act. **The University of Chicago Law Review**, n. 87, Iss. 4, Article 3, 2020, p. 1058.

¹²⁶¹ A ideia das *qui tam actions* se funda em percepção bem apreendida por TOCQUEVILLE: “Os legisladores americanos mostram pouca confiança na honestidade humana, mas sempre supõem ser o homem inteligente. Portanto baseiam-se na maioria das vezes no interesse pessoal para a execução das leis”. TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América: Leis e Costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 90.

¹²⁶² “Legislative history further reveals that Congress views the FCA “[a]s a civil remedy designed to make the Government whole for fraud losses.” U.S. ex rel. Bledsoe v. Community Health Systems, Inc. United States Court of Appeals, Sixth Circuit. September 10, 2003. F.3d 634

¹²⁶³ “Whistleblowing is as an affirmative act by members inside an organization to disclose illegal acts perpetuated by the organization with a goal of bringing about change. A whistleblower is a person who, at his or her own risk and through personal motivation, reveals to the public or someone in authority alleged illegal activities in either a government department or a public or private organization”. RABIAT, Ozigis. ADAPTING NIGERIA'S WHISTLEBLOWER POLICY TO PROCUREMENT FRAUDS: A CUE FROM THE FALSE CLAIMS ACT'S QUI TAM PROVISION. **Public Contract Law Journal**, v. 48, Issue 2, p. 337-353, Winter 2019, p. 340.

¹²⁶⁴ “Art. 4º-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) [...] § 3º Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)”

¹²⁶⁵ “A Lei n. 13.964/2019, por sua vez, ampliou a política de whistleblowing na seara pública, determinando que não apenas os órgãos da administração pública direta, mas também indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) mantenham unidades de ouvidoria ou correição, com o objetivo de assegurar “a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público” (art. 4º-A, caput, da Lei n. 13.608/2018)”. MACHADO, Leonardo Marcondes. O whistleblower (“informante do bem”) na investigação criminal brasileira. **Revista Consultor Jurídico**, 09/06/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-09/academia-policia-whistleblower-informante-bem-investigacao-criminal-brasileira#sdfootnote1anc>. Acesso em: 01/09/2020.

¹²⁶⁶ “However, *qui tam actions*, which reward private prosecutors of penal violations, are not quite developed in Nigeria. The closest parallel Nigeria has is the recent whistleblower policy, which rewards

da *qui tam*, sob compreensão de que isto seria benéfico e incrementaria os severos danos gerados pela corrupção ao país africano¹²⁶⁷.

As *qui tam actions* se orientam pela fórmula *informação = recompensa* e, por isto, são espécie de *whistleblower*, pois também se concede recompensa por informações de interesse persecutório ao *relator*. A diferença, contudo, está na concessão de legitimidade para agir judicialmente em nome do Estado.

Em suma, o sistema de *qui tam* pode ser visto como espécie do gênero *Wistleblowing*, se especializando por conceder ao *Wistleblower* (*relator* ou *private attorney general*)¹²⁶⁸ legitimidade (*standing*) para propor uma ação judicial em seu próprio nome, mas também em nome do governo dos Estados Unidos.

O nome da ação é uma versão curta de expressão latina "*qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur*"¹²⁶⁹ que, traduzida livremente, significa "aquele que traz o seguinte assunto para meu Senhor o Rei e quem também traz este assunto para si mesmo"¹²⁷⁰.

O primeiro registro do instituto vem da Inglaterra, onde declaração do Rei Wihtrud de Kent, do ano de 695, estabelecia que "se um homem livre trabalha em período proibido (como o Sabbath), ele perderá suas presas e aquele que o denunciar receberá metade da multa e os lucros advindos do trabalho"¹²⁷¹.

only whistleblowers whose information has led the government to recover hidden or stolen funds; the whistleblower policy does not empower that person to prosecute any fraud on behalf of the government". RABIAT, Ozigis. ADAPTING NIGERIA'S WHISTLEBLOWER POLICY TO PROCUREMENT FRAUDS: A CUE FROM THE FALSE CLAIMS ACT'S QUI TAM PROVISION. **Public Contract Law Journal**, v. 48, Issue 2, p. 337-353, Winter 2019, p. 346.

¹²⁶⁷ RABIAT, Ozigis. ADAPTING NIGERIA'S WHISTLEBLOWER POLICY TO PROCUREMENT FRAUDS: A CUE FROM THE FALSE CLAIMS ACT'S QUI TAM PROVISION. **Public Contract Law Journal**, v. 48, Issue 2, p. 337-353, Winter 2019, p. 347.

¹²⁶⁸ Termo cunhado pelo Juiz JEROME FRANK em *Associated Industries of New York State, Inc. v. Ickes*, 134 F.2d 694, 704 (2d Cir.1943).

¹²⁶⁹ PETTY, Aaron R. How Qui Tam Actions Could Fight Public Corruption. **University of Michigan Journal of Law Reform**, v. 39, Issue 4, 2006, p. 863.

¹²⁷⁰ "*The name qui tam is the shortened version of an oft abbreviated Latin phrase which roughly translates to 'he who prosecutes for himself as well as for the King.' [...] 'he who brings this following matter for my Lord the King and who as well who brings this following matter for himself.'*" DOYLE, Charles. **Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes**. Congressional Research Service. Edição do Kindle, 2009, p. 67.

¹²⁷¹ "*The earliest cited example of a qui tam provision is the 695 declaration of King Wihtrud of Kent, which stated that 'If a freeman works during the forbidden time [i.e., the Sabbath], he shall forfeit his healfang, and the man who informs against him shall have half the fine, and [the profits arising] from the labour'.*" DOYLE, Charles. **Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes**. Congressional Research Service. Edição do Kindle, 2009, p. 101.

O desenvolvimento da *qui tam* naquele contexto se deveu a necessidade de regular um vasto território com poucos agentes oficiais para aplicar as leis da Coroa¹²⁷². A Solução, então, para garantir a aplicação da lei e, com isto, evitar a perda de sua força dissuasiva, foi empoderar os cidadãos para agir em nome do Rei, nos assuntos que envolvessem interesse direto da Coroa¹²⁷³, em troca de recompensa financeira pelo seu esforço extra.

Na origem, apenas relações privadas, especialmente de natureza comercial, eram objeto das *qui tam*. Com o tempo, o Parlamento ampliou seu espectro, abrangendo a avaliação da performance de oficiais do Estado em compras para a Casa Real, excessos de jurisdição de juízes eclesiásticos, aplicação da lei eclesiástica pelos agentes responsáveis, arrecadação de tributos e a investidura de indivíduos para servir ao Parlamento sem as correspondentes qualificações legais¹²⁷⁴.

Como registra CASTELLA¹²⁷⁵, diversas comunidades têm utilizado o *private enforcement* através dos séculos, habilitando cidadãos a abrir ações contra violações dos padrões de saúde e segurança desde o ano 1388; sendo de se destacar que, até o início do Século XIX, grande parte da persecução penal na Inglaterra se deva por conta de ações privadas.

Na América do Norte, a *qui tam* já era conhecida e utilizada pelas 13 Colônias e foi adotada também nos primeiros tempos da República estadunidense, havendo registros de que a primeira legislação a estabelecê-la em solo americano foi a *Colonial Laws of Massachusetts 8*, de 1686¹²⁷⁶⁻¹²⁷⁷.

¹²⁷² BECK, Randy. **Promoting Executive Accountability Through Qui Tam Legislation**. *Chapman Law Review*. v. 21, Iss. 1. Art. 4, p. 43. Disponível em: <https://digitalcommons.chapman.edu/chapman-law-review/vol21/iss1/4>. Acesso em: 03/09/2020.

¹²⁷³ PETTY, Aaron R. How Qui Tam Actions Could Fight Public Corruption. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 39, Issue 4, 2006, p. 864.

¹²⁷⁴ BECK, Randy. **Promoting Executive Accountability Through Qui Tam Legislation**. *Chapman Law Review*. v. 21, Iss. 1. Art. 4, p. 44. Disponível em: <https://digitalcommons.chapman.edu/chapman-law-review/vol21/iss1/4>. Acesso em: 03/09/2020.

¹²⁷⁵ CASTELLA, Leah. Qui Tam Actions. *State Bar of Texas Environmental Law Journal*, v. 29, n 1, p. 18-31, p. 18.

¹²⁷⁶ DOYLE, Charles. **Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes**. Congressional Research Service. Edição do Kindle, 2009, p. 138.

¹²⁷⁷ Tradição seguida em legislações posteriores do mesmo estado, como aquele que partilhava a multa arrecada daqueles que negligenciam subsidiar o Estado em época de crise: “Em caso de invasão ou de insurreição, se os funcionários comunais negligenciarem fornecer à milícia os objetos e munições necessárias, a comuna pode ser condenada a uma multa de 200 a 500 dólares (1 000 a 2 500 francos). Concebe-se muito bem que, em tal caso, pode acontecer que ninguém tenha o interesse nem o desejo de assumir o papel de acusador. Por isso a lei acrescenta: ‘Todos os cidadãos terão o direito de pedir

Nas colônias, as *qui tam* eram empregadas amplamente para syndicar a atuação de agentes públicos, especialmente aqueles que exerciam funções descentralizadas, como construção e manutenção, administração judiciária e regulação de atividades comerciais. Era comum, também, o emprego das *qui tam* em temas sensíveis à desconfiança pública, como a condução de eleições e a arrecadação tributária¹²⁷⁸.

No plano federal, as duas primeiras legislaturas que se seguiram à aprovação da Constituição dos Estados Unidos adotaram a *qui tam* para possibilitar a avaliação de conformidade de atividades de agentes estatais nas áreas de receita federal, censo, Tesouro, correios, dos encarregados de regular o comércio com as tribos nativas da América¹²⁷⁹, além de permitir verificar a irregularidades na importação de bebidas alcoólicas e violações a proibição de comercializar escravos com nações estrangeiras¹²⁸⁰.

O texto original do FCA foi promulgado em 1863, para debelar forte pressão sobre os cofres públicos, no contexto da Guerra Civil, em que fornecedores de material bélico (incluindo cavalos e comida) apresentavam cobranças indevidas e excessivas (fraudulentas) ao governo¹²⁸¹. A passagem a seguir, extraída de discurso proferido pelo Senador Howard¹²⁸² no processo legislativo que antecedeu a edição do FCA, bem resgata a ideia por trás da iniciativa:

O resultado das cláusulas é apenas oferecer ao delator uma forte “tentação” de trair seu cúmplice, e trazê-lo a julgamento. O projeto de lei oferece, em síntese, uma recompensa ao informante que recorre à Justiça e trai o seu cúmplice, caso ele o seja; mas o projeto não se restringe a essa categoria. [...]. Eu embasei a quarta, quinta, sexta e sétima seções na antiga ideia de oferecer uma tentação e “usar um trapaceiro para capturar um trapaceiro”,

a punição de semelhantes delitos, e a metade da multa pertencerá ao acusador’. Ver a lei de 6 de março de 1810, vol. II, p. 236”. TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**: Leis e Costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 521.

¹²⁷⁸ BECK, Randy. **Promoting Executive Accountability Through Qui Tam Legislation**. *Chapman Law Review*, v. 21, Iss. 1, Art. 4, p. 44-45. Disponível em: <https://digitalcommons.chapman.edu/chapman-law-review/vol21/iss1/4>. Acesso em: 03/09/2020.

¹²⁷⁹ BECK, Randy. **Promoting Executive Accountability Through Qui Tam Legislation**. *Chapman Law Review*, v. 21, Iss. 1, Art. 4, p. 45. Disponível em: <https://digitalcommons.chapman.edu/chapman-law-review/vol21/iss1/4>. Acesso em: 03/09/2020.

¹²⁸⁰ SUNSTEIN, Cass R. What’s Standing after Lujan-Of Citizen Suits, Injuries, and Article III. *Michigan Law Review*, v. 91, n. 2, pp 163-236, Nov./1992, p. 175.

¹²⁸¹ DOYLE, Charles. **Qui Tam**: The False Claims Act and Related Federal Statutes. Congressional Research Service. Edição do Kindle, 2009, p. 219.

¹²⁸² “[...] setting a rogue to catch a rogue, which is the safest and most expeditious way I have ever discovered of bringing rogues to justice”. UNITED STATES. **Congressional Globe**, 37th Cong., 3rd Sess., at 956, 1863.

que é o modo mais seguro e rápido que eu já encontrei de submeter trapaceiros à Justiça¹²⁸³.

Com o tempo, o espectro da lei foi além da fraude contratual, “atingindo, posteriormente, declarações falsas ao governo para reembolso de quantias relativas à prestação de serviços de saúde, declarações falsas realizadas por subcontratantes em relação aos contratantes diretos com a administração pública, dentre outros”¹²⁸⁴.

Na atualidade, além do False Claims Act¹²⁸⁵, há outros três estatutos federais versando sobre *qui tam*: a Lei de Patentes e duas leis de proteção aos direitos indígenas¹²⁸⁶. Mas o FCA, notadamente depois das reformas que sofrera em 1986, se consolidou como um dos principais mecanismos de combate à fraude contra o Estado¹²⁸⁷, aplicando-se hoje em vários campos, como programas ambientais¹²⁸⁸, pesquisa científica, exploração de gás e petróleo e setor financeiro, com destaque para os reembolsos de gastos feitos nos programas de saúde *Medicare* e *Medicaid*¹²⁸⁹ e as compras do setor de defesa, casos mais recorrentes de uso das *qui tam*¹²⁹⁰.

¹²⁸³ SOUZA, Teresa Cristina. **Recuperação de Valores Devidos ao Erário no Direito Norte-Americano: qui tam action e false claims act**. Brasília: Escola da AGU. 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course, volume 1, 2012, p. 297.

¹²⁸⁴ COSTA, Suzana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coordenadores). **Improbidade Administrativa**. Brasília, Ministério da Justiça, Universidade de São Paulo, Série Pensando o Direito, 2010, p. 30.

¹²⁸⁵ “False Claims Act is the only federal qui tam statute with its roots in the eighteenth or nine Tenth century that has generated a large number of cases and which remains important today”. PETTY, Aaron R. How Qui Tam Actions Could Fight Public Corruption. **University of Michigan Journal of Law Reform**, v. 39, Issue 4, 2006, p. 864.

¹²⁸⁶ DOYLE, Charles. **Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes**. Congressional Research Service. Edição do Kindle, p. 193.

¹²⁸⁷ HESCH, Joel D. General Releases in Employment Contracts Cannot Bar Employees from Filing Or Participating in Qui Tam Cases under the False Claims Act. **American Journal of Trial Advocacy**, v. 44, n. 1, pp. 35-66, Fall 2020, p. 35.

¹²⁸⁸ Na seara ambiental, o *Clean Water Act* e o *Clean Air Act* também dão base a ações privadas de enforcement, embora com distinções em relação ao modelo tradicional de *qui tam actions*. Através daquelas normas, “Citizen suits allow private groups to bring action against private parties for failure to comply with, and against the government for failure to enforce, environmental standards”. CASTELLA, Leah. Qui Tam Actions. **State Bar of Texas Environmental Law Journal**, v. 29, n 1, p. 18-31, p. 18.

¹²⁸⁹ Em 2018, o DOJ relatou ter arrecadado U\$ 2.8 bilhões através do FCA, dos quais U\$ 2.5 bilhões vieram da indústria de cuidados de saúde. JENNINGS, Colin; DARDEN, Marisa T.; HOBBS, Ayako. HEALTHCARE WHISTLEBLOWERS - HOW THE GOVERNMENT USES THE FCA'S QUI TAM PROVISIONS TO ROOT OUT CORRUPTION FROM WITHIN. **CLEVELAND METROPOLITAN BAR JOURNAL**, Jan. 2020, p. 36. Disponível em: <https://www.squirepattonboggs.com/en/insights/publications/2020/01/healthcare-whistleblowers-how-the-government-uses-the-fcas-qui-tam-provisions-to-root-out-corruption-from-within>. Acesso em: 14/12/2020.

¹²⁹⁰ ENGSTROM, David Freeman. Private Enforcement's Pathways: Lessons from Qui Tam litigation. **Columbia Law Review**, v. 114, n. 8, Dez./2014, p. 1944.

Na realidade, sendo os Estados Unidos o maior comprador de bens e serviços do mundo, e desde que todo contrato celebrado tem implicações sob a ótica do FCA¹²⁹¹, é fácil notar sua importância naquele cenário¹²⁹².

Mais recentemente, com a polarização política crescente, as *qui tam* têm sido vistas como meio para aplicar leis de cunho liberal, como proteção ao trabalho, consumidor e liberdade de voto¹²⁹³. Noutra vertente, sustenta-se sua utilidade para garantir direitos de privacidade, diante de um contexto institucional insuficiente e das restrições que a Suprema Corte tem estabelecido para as *class actions*¹²⁹⁴.

Além destes marcos explícitos, a Suprema Corte tem duas decisões indicando que qualquer estatuto que preveja pagamento de recompensa a um informante implica a possibilidade de deduzir uma *qui tam action*¹²⁹⁵.

No nível dos estados federados, as *qui tam actions* estão previstas na legislação de 29 deles, além do Distrito de Columbia¹²⁹⁶, totalizado 32 estatutos sobre

¹²⁹¹ BURNS, Jack. Data Mining for Qui Tam False Claims Act Suits: Business Opportunity for the Technology Age, or Doomed Goose Chase? **Tulane Journal of Technology and Intellectual Property**, n. 22, pp. 1-30, 2020, p. 7. O autor ilustra a dimensão das contratações: “*In fact, the government devotes over \$700 billion annually to Medicare spending alone and over \$580 billion annually to Medicaid spending. Similarly, the Department of Defense’s annual budget is over \$686 billion*” (p. 7).

¹²⁹² “Even beyond its frequent invocation, the FCA’s *qui tam* regime is worthy of study. The regime is big and growing fast, producing nearly 3000 lawsuits and roughly \$12 billion in recoveries in the last five Years alone—numbers that rival, and even eclipse, those achieved by private enforcement efforts in other, much-analyzed areas of law such as securities and antitrust over the same period”. ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, pp. 1689-1756, 2013, p. 1693.

¹²⁹³ GILLES, Myriam; FRIEDMAN, Gary. The New Qui Tam: A Model for the Enforcement of Group Rights in a Hostile Era. **Texas Law Review**, v. 98, n. 3, Feb./2020, pp. 489-538.

¹²⁹⁴ ORMEROD, Peter. Privacy Qui Tam. **Notre Dame Law Review**, v. 98, n. 1, Nov./2022, pp. 267-336.

¹²⁹⁵ “[...] twice the Supreme Court has suggested that a statute may imply a *qui tam* option if it entitles a private party to an informer award. See *Vt. Agency of Nat. Res. v. U.S. ex rel. Stevens*, 529 U.S. 765, 777 n.7 (2000); *United States ex rel. Marcus v. Hess*, 317 U.S. 537, 541 n.4 (1943)”. CLOPTON, Zachary D. Redundant Public-Private Enforcement. **Vanderbilt Law Review**, v. 69, n. 2, pp. 285-332, Mar./2016, p. 295.

¹²⁹⁶ Alguns estados norte-americanos têm instituído leis restritivas ao aborto, como a S.B. Nº. 8, do Estado do Texas. Nestas leis, há provisões que concedem a indivíduos a prerrogativa de processar pessoas ou entidades que desempenham qualquer atividade relacionada a aborto. Notável que é ao cidadão, não ao poder público, que se confere a prerrogativa de promover a aplicação da lei, o que é visto como uma tentativa de blindá-la contra o controle de constitucionalidade em cortes federais (ZAMBRANO, Diego A. **Maneuvering Around the Court**: Stanford’s Civil Procedure Expert Diego Zambrano on the Texas Abortion Law. Disponível em: <https://law.stanford.edu/2021/09/08/maneuvering-around-the-court-stanford-civil-procedure-expert-diego-zambrano-on-the-texas-abortion-law/>. Acesso em: 12/05/2022), o que gera preocupações de que até mesmo um motorista de aplicativo que leve a mulher à clínica em que será realizado o procedimento possa ser processado. Estas provisões, no entanto, não se qualificam com *qui tam actions* e se

o tema¹²⁹⁷. Alguns limitam as ações a pedidos de pagamentos fraudulentos, enquanto outros as estendem para o ramo de seguros privados (Illinois e Califórnia) e práticas comerciais específicas (Columbia). O mais proeminente, contudo, é o *Private Attorneys General Act (PAGA)*, promulgado pela Califórnia em 2004, para melhorar a aplicação das leis trabalhistas no estado¹²⁹⁸.

Seja no plano nacional, seja no plano dos estados federados¹²⁹⁹, uma característica comum sobressalta aos diversos planos de *qui tam* estabelecidos: “em cada um desses contextos, os legisladores reconheceram, como política pública, que os cidadãos estão mais bem posicionados para desvendar transgressões”¹³⁰⁰.

distinguem fundamentalmente das diretrizes marcadas no FCA. Como elucida Stephen M. Kohn: “*The Texas law does not share the fundamental principles of the False Claims Act (FCA). First, under the FCA, whistleblowers file suits in the name of the United States government. The Texas law, on the other hand, is purely private. Second, under the FCA, a whistleblower must give the government all of their evidence. In the Texas law, no such procedure exists because the state cannot get involved. Third, under the FCA, the United States government can intervene in the action and take it over, converting it from a semi-private action to a government action. Under the Texas law, such intervention is prohibited. Fourth, the United States under the FCA always remains involved. They can dismiss the suit at any time, they can put restrictions on discovery, and they have to approve settlements. So although the FCA gives some power to an individual to pursue a claim, the ultimate authority resides with the government. Furthermore, the sanctions in a FCA case are only based on the harm suffered by the government. There is no private right of action, a whistleblower cannot obtain any compensation on their own. It is only based on how the government has been harmed. Finally, the constitutionality of the FCA was predicated not on the right of a citizen to become a vigilante, or to take the law into their own hands, which is what the Texas law does. The FCA’s constitutionality was predicated on what is known as an “assignment of interest,” meaning the law understands that all of the rights involved in the case are those of the United States government. The government has simply chosen a particular way to pay people who provide invaluable services to help the government enforce the law. There are numerous guardrails in the FCA that prevent vigilantism and prevent abuses. These include the right of a defendant to obtain attorney’s fees from any whistleblower who abuse, nited States Court of Appeals, Second Circuit. June 3, 2020 961 F.3d 131s the process”.* SCHWELLER, Geoff. **Why Texas’s Anti-Abortion Law is Not a Whistleblower Law.** In: Whistleblower News and Qui Tam Blog. Disponível em: <https://kkc.com/blog/why-texas-anti-abortion-law-is-not-a-whistleblower-law/>. Acesso em: 12/05/2022.

¹²⁹⁷ STATE QUI TAM ENFORCEMENT. 11th National Institute on the Civil False Claims Act and Qui Tam Enforcement.

Chicago, **American Bar Association**. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 13/02/2023.

¹²⁹⁸ GILLES, Myriam; FRIEDMANN, Gary. The New Qui Tam: A Model for the Enforcement of Group Rights in a Hostile Era. **Texas Law Review**, v. 98, 2020, p. 493.

¹²⁹⁹ É possível que uma *false claim* tenha repercussões, simultaneamente, na legislação federal (FCA) e na de um ou mais estados. Neste caso, a ação deve seguir em uma Corte Distrital, a qual, contudo, deverá, inicialmente, aferir se há interesse do governo federal realmente implicado na causa. Como a jurisdição federal é tida por excepcional, antes de qualquer exame relacionado ao mérito, inclusive eventual alegação de carência da ação por incidência na *public disclosure bar*, a Corte federal haverá de decidir sobre sua própria competência. Para ilustrar a situação aqui tratada, veja-se: United States ex rel. Hanks v. United States. United States Court of Appeals, Second Circuit. June 3, 2020. 961 F.3d 131.

¹³⁰⁰ GILLES, Myriam; FRIEDMANN, Gary. The New Qui Tam: A Model for the Enforcement of Group Rights in a Hostile Era. **Texas Law Review**, v. 98, 2020, p. 493.

Para o FCA, a atividade econômica explorada pelo demandado numa *qui tam* não é o fator decisivo para incidência do estatuto, mas sim a ocorrência de algum tipo de fraude que implique em perda de dinheiro por parte do Estado¹³⁰¹.

As décadas iniciais de aplicação da norma, no entanto, trouxeram preocupações quanto a eventual abuso no uso das *qui tam actions*. Na década de 1940, invocava-se a proliferação de ações parasitas, baseadas em informações já conhecidas do governo e entregues quando as agências governamentais já tinham iniciado apurações, como causas a ensejar algum ajuste por parte do Congresso¹³⁰².

Como consequência, o FCA foi emendado em 1943, trazendo a exigência de que a ação se baseasse em fatos desconhecidos do governo. Também, a participação do autor no resultado da causa foi reduzida, de 50% para, no máximo, 25% ou 10% do valor recuperado pelo Estado, limite que variava conforme a ocorrência ou não de intervenção do governo na ação.

As medidas foram eficazes para reduzir o número de *qui tam actions*¹³⁰³, a tal ponto que foi necessário emendar outra vez a lei em 1986, na tentativa de revigorar o instituto¹³⁰⁴, já que as décadas de 1970 e 1980 foram de grandes fraudes contratuais, “com martelos de U\$ 435, assentos de vaso sanitário de U\$ 640 e cafeteiras de U\$

¹³⁰¹ “The FCA applies to all procurements where fraud has taken place against the government, including in the healthcare sector, environmental programs, scientific research, oil and gas and mining, and the financial services industry. It is also applicable to any type of fraud that results in loss of money to the government”. RABIAT, Ozigis. ADAPTING NIGERIA'S WHISTLEBLOWER POLICY TO PROCUREMENT FRAUDS: A CUE FROM THE FALSE CLAIMS ACT'S QUI TAM PROVISION. **Public Contract Law Journal**, v. 48, Issue 2, p. 337-353, Winter 2019, p. 344.

¹³⁰² PETTY, Aaron R. How Qui Tam Actions Could Fight Public Corruption. **University of Michigan Journal of Law Reform**, v. 39, Issue 4, 2006, p. 865.

¹³⁰³ Segundo GILLES, eficazes até demais, pois o número de ações movidas com base no FCA, inclusive as de origem pública, reduziu drasticamente, revelando um erro de avaliação do governo, que acreditou pudesse desvendar as fraudes por conta própria. GILLES, Myriam E. Reinventing Structural Reform Litigation: Deputizing Private Citizens in the Enforcement of Civil Rights. **Columbia Law Review**, v. 100, 2000, p. 1423.

¹³⁰⁴ “The *qui tam* provisions of the FCA have played a significant role in the enforcement of the FCA over the years. The rise of profiteering that was allowed to continue after the 1943 amendments and that culminated in the price gouging that led Congress to reinstate and reinvigorate the *qui tam* provision in 1986 shows that the FCA works much better when there are strong incentives for *qui tam* relators to come forward and work with the government”. KELLY, Todd. SHARING IS CARING: PROTECTING THE ABILITY OF QUI TAM RELATORS AND THE GOVERNMENT TO SHARE INFORMATION UNDER THE FALSE CLAIMS ACT. **George Mason Law Review**, v. 23, n. 5, 2016, p. 1347.

7.622”¹³⁰⁵. Em 1997, estimava-se que U\$ 100 bilhões eram desviados do governo anualmente, o que representava 10% de todo o orçamento federal¹³⁰⁶.

Como resposta às fraudes crescentes, foram estabelecidas reformas para renovar a força das *qui tam*, como aumento das recompensas, estabelecimento da preponderância de evidência como *standart* probatório, a possibilidade de os estados federados serem autores da *qui tam*, barreiras para ações baseadas em informações de domínio público, aumento do prazo de prescrição e “uma explícita causa de legitimidade para agir por pedidos fraudulentos reversos¹³⁰⁷ (falsas declarações formuladas com o intuito de reduzir o valor de obrigação a ser paga aos Estados Unidos), e uma causa de legitimidade ativa por retaliações contra *whistleblowers*”¹³⁰⁸.

Ao revigorar a *qui tam*¹³⁰⁹, o Congresso retornou à ideia original, dos *framers* do instituto, lembrando que o contexto de novas, mais complexas e altamente técnicas formas de fraude exigiam um conhecimento ‘de dentro’ (*insider information*) para serem descobertas. Por isto, o Congresso aprovou novos ‘dentes’ no FCA, como os danos triplos, o aumento das multas e da recompensa financeira do autor privado, a fim de incentivar novas ações¹³¹⁰.

Já em 2009, novas emendas reforçaram as alterações de 1986, sobretudo em pontos em que demandas anteriores provocaram controvérsias judiciais. Dentre as

¹³⁰⁵ TSCHEPIK, Nathan T. The Executive Judgment Rule: A New Standard of Dismissal for Qui Tam Suits Under the False Claims Act. **The University of Chicago Law Review**, n. 87, Iss. 4, Article 3, 2020, p. 1060.

¹³⁰⁶ PACINI, Carl; QIU, Li Hui; SINASON, David. Qui Tam Actions: Fighting Fraud against the Government. **Journal of Financial Crime**, vol. 14, no. 1, pp. 64-78, 2007, p. 64.

¹³⁰⁷ “It is described as a ‘reverse false claims’ provision because the financial obligation that is the subject of the fraud flows in the opposite of the usual direction. Instead of attempting to obtain money or property from the government, the misconduct is designed to avoid providing money or property to the government”. DOYLE, Charles. **Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes**. Congressional Research Service. Edição do Kindle, p.473.

¹³⁰⁸ “an explicit cause of action for reverse false claims (false statements calculated to reduce an obligation to pay the United States), a cause of action for retaliation against whistleblowers”. DOYLE, Charles. **Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes**. Congressional Research Service. Edição do Kindle, p. 281.

¹³⁰⁹ As emendas ao FCA em 1986, que trouxeram renovação da *qui tam* no plano federal, inspiraram diversos estados americanos a editar seus próprios estatutos antifraude, com previsão expressa de qui tam actions. Na mesma linha foram algumas cidades americanas, como Chicago e Nova York. PETTY, Aaron R. How Qui Tam Actions Could Fight Public Corruption. **University of Michigan Journal of Law Reform**, v. 39, Issue 4, 2006, p. 870.

¹³¹⁰ TSCHEPIK, Nathan T. The Executive Judgment Rule: A New Standard of Dismissal for Qui Tam Suits Under the False Claims Act. **The University of Chicago Law Review**, n. 87, Iss. 4, Article 3, 2020, p. 1060.

mudanças, tem-se a ampliação da figura da conspiração, até então vedada para todos os atos cobertos pela Lei, e reforço da cláusula contra *reverse false claims offenses*.

O texto em vigor estabelece as condutas vedadas e a responsabilidade por elas, punindo qualquer pessoa que¹³¹¹:

(A) conscientemente apresenta uma requisição de pagamento falsa ou fraudulenta;

(B) conscientemente faz ou usa um registro falso para basear pedido de pagamento falso ou fraudulento;

(C) conspira para cometer uma violação a qualquer das figuras vedadas [subparágrafos (A), (B), (D), (E), (F) ou (G)];

(D) tem posse, custódia ou controle de propriedade ou dinheiro usado do Governo e, conscientemente, restitui menos do que custodiava ou controlava;

(E) atesta em documento próprio a entrega de bens ao Governo e, com a intenção de fraudar o Governo, faz ou entrega o recibo sem saber perfeitamente que a informação nele contida é verdadeira;

(F) compre conscientemente, ou receba como penhor de uma obrigação ou dívida, bens públicos de um oficial ou funcionário do Governo, ou de um membro das Forças Armadas, o qual não está legalmente autorizado a vender ou dar em penhora tais bens;

(G) conscientemente faz, usa ou faz com que seja feito ou usado, um registro falso ou declaração falsa, para reduzir uma obrigação de pagar ao Governo.

Em suma, o FCA proíbe atos que visem ao locupletamento de qualquer pessoa, física ou jurídica, em detrimento do patrimônio do governo federal, seja recebendo mais do que o devido pelo serviço prestado, entregando prestação em desacordo com o contratado, não restituindo o bem guardado em sua integralidade, adquirindo ilegalmente propriedade pública, reduzindo o valor que tem de pagar ao erário (*reverse false claim*) ou combinando formas de praticar as condutas anteriores (conspiração)¹³¹².

O pedido de pagamento deve ser apresentado ao governo diretamente, através de seus funcionários, ou a agentes e terceiros que estejam encarregados de gerir fundos federais¹³¹³ (como gestores de fundos mantidos com dinheiro público).

¹³¹¹ USA. 31 U.S.C. § 3729.

¹³¹² ENGSTROM, David Freeman. Private Enforcement's Pathways: Lessons from Qui Tam litigation. **Columbia Law Review**, v. 114, n. 8, Dez./2014, p. 1943.

¹³¹³ DOYLE, Charles. **Qui Tam**: The False Claims Act and Related Federal Statutes. Congressional Research Service. Edição do Kindle, p. 402.

Todas as figuras só se configuram mediante dolo. A simples negligência não enseja responsabilidade. É preciso demonstrar que o réu ignorou deliberadamente ou foi excessivamente descuidado com o pedido de pagamento submetido¹³¹⁴.

Os violadores se sujeitam às penas previstas no U.S.C. 31 §3729(a)(1)(3); e §3730(d), quais sejam: pagamento do triplo do dano causado (*treble damages* – mesma sanção prevista no RICO, que pode ser reduzida para o dobro do dano, caso o réu coopere efetivamente antes dos procedimentos administrativos e judiciais terem início), ressarcimento dos custos suportados pelo governo e eventual autor privado com a ação, incluindo honorários advocatícios e custas processuais; e multa de U\$ 5,5 mil a U\$ 11 mil por declaração falsa. Em valores atuais, corrigidos em Jun/2020 pelo DOJ, a multa fica entre U\$ 11,665 a U\$ 23,331 por cada violação. Um único esquema pode implicar em diversas violações ao FCA, fazendo com que as penalidades, frequentemente, fiquem na faixa dos milhões¹³¹⁵.

4.4.2 Ação judicial por violação ao FCA

O U.S.C 31, § 3730, rege a ação judicial para aplicação do FCA. Atribui legitimidade ao Advogado-Geral dos Estados Unidos (*Attorney General*) para ‘diligentemente’ investigar as condutas fraudulentas contra o governo e, caso descubra a prática de uma das figuras do § 3729, promover a ação civil para responsabilização do violador.

A ação é proposta na Corte Distrital (Juízo Federal de primeira instância) do local em que o ilícito foi praticado, em que vive o réu ou onde ele tenha negócios estabelecidos¹³¹⁶.

Em adição, o § 3730 também confere legitimidade ativa para a ação a qualquer pessoa privada, denominada *relator*¹³¹⁷, que moverá a ação em seu nome e em nome

¹³¹⁴ DOYLE, Charles. **Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes**. Congressional Research Service. Edição do Kindle, p. 409.

¹³¹⁵ LIEBERMAN, David W.S. **2020 False Claims Act Penalties**. Disponível em: <https://www.whistleblowerllc.com/2020-false-claims-act-penalties/>. Acesso em: 05/09/2020.

¹³¹⁶ U.S.C. 31§§ 3730(b)(2), 3732(a)

¹³¹⁷ A *qui tam* é uma espécie do gênero *whistleblower*; e o *relator*, comumente, um *whistleblower* que fora ignorado, quando, em primeiro lugar, “soprou o apito” para a autoridade ou organização competente. Neste passo, a *American Bar Association* (ABA) frisa que “*History shows that internal whistleblowers who are ignored or feel slighted are prime candidates to become qui tam relators*”; e recomenda, como estratégia inicial de defesa para as corporações, que prestem atenção e apurem as

do governo dos Estados Unidos. Eis a *qui tam action*, medida de *private enforcement* prevista em caráter concorrente à atribuição pública, dando ao FCA uma feição híbrida de aplicação e execução judicial.

Pela *qui tam*, qualquer pessoa ou empresa (*relator*), pode propor a ação em nome do governo, mas como a ação tem índole pública, “qualquer litígio baseado no *False Claims Act* corre à sombra das prerrogativas do governo”¹³¹⁸.

Caso o mesmo fato repercuta nas esferas estaduais ou locais de governo, o FCA garante também ao estado membro ou governo local legitimidade para processar o causador da fraude, o que pode ser feito em litisconsórcio, na mesma ação movida pelo governo federal¹³¹⁹.

Deste modo, o *enforcement* do estatuto pode ser impulsionado tanto pelo poder público (*Non-qui tam*) como por particulares (*qui tam*). Estas últimas preponderam, como denota o quadro a seguir, que atesta a relação entre o número de ações movidas por autores privados e pelo *Attorney General*¹³²⁰:

Overview of All New Non- <i>Qui Tam</i> vs. <i>Qui Tam</i> Actions By Year		
<i>Year</i>	<i>Non-<i>Qui Tam</i></i>	<i>Qui Tam</i>
2008	160	379
2009	131	433
2010	143	577
2011	125	634
2012	146	655
2013	101	757
2014	100	716
2015	114	640
2016	149	707
2017	145	680
2018	122	645

22 - Elaborado por HOLLAND & KNIGHT

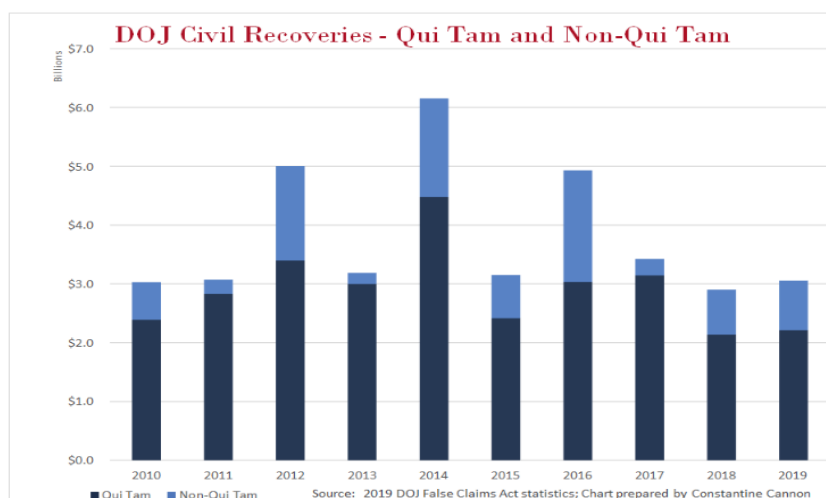
denúncias reportadas por membros internos. AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Seven Steps to Mitigate FCA Litigation Risks.** Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/corporate-counsel/articles/2020/summer2020-qui-tam-actions-managing-risk-in-the-wake-of-covid-19/>. Acesso em: 12/12/2020.

¹³¹⁸ “*but any False Claims Act litigation takes place in the shadow of the government’s prerogatives*”. Doyle, Charles. **Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes.** Congressional Research Service. Edição do Kindle, p. 325.

¹³¹⁹ U.S.C §3732 (b)(c).

¹³²⁰ HOLLAND & KNIGHT. **DOJ Releases 2018 False Claims Act Report and Statistics.** Disponível em: <https://www.hklaw.com/en/insights/publications/2019/01/doj-releases-2018-false-claims-act-report-and-stat>. Acesso em: 06/09/2020.

Além de serem em maior número, as *qui tam* também superam as *Non-qui tam* em valores recuperados^{1321_1322}:



23 - Elaborado por CONSTANTINE / CANNON

Embora de iniciativa particular, boa parte do sucesso das *qui tam* se deve à intervenção do governo na ação, já que, quando isto não acontece, apenas 5% das demandas resultam em alguma recuperação de ativos¹³²³. A colaboração e atuação concomitante têm produzidos melhores resultados.

Conquanto a regra autorize qualquer pessoa a processar em nome do governo, algumas exceções são estabelecidas pelo estatuto ou pelo Judiciário. Nesta linha, são proibidos de intentar a *qui tam* membros atuais ou que já serviram às Forças Armadas e pessoas condenadas criminalmente pela mesma fraude.

A ação também é inviável se uma idêntica já foi proposta¹³²⁴, se uma investigação administrativa está em curso ou se a demanda se basear em informação

¹³²¹ CONSTANTINE / CANNON. **DOJ 2019 Fraud Statistics Tell Story of the Critical Role of Whistleblowers**. Disponível em: <https://constantinecannon.com/2020/01/13/doj-2019-fraud-statistics-critical-role-of-whistleblowers/>. Acesso em: 01/09/2020.

¹³²² Em 2019, foram propostas 633 *qui tam actions* e, no mesmo ano, este tipo de ação implicou num ingresso de US\$ 2.1 Bilhões no tesouro federal. UNITED STATES. Department of Justice. **Justice Department Recovers over \$3 Billion from False Claims Act Cases in Fiscal Year 2019**. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-over-3-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2019>. Acesso em: 13/02/2023.

¹³²³ BURNS, Jack. Data Mining for Qui Tam False Claims Act Suits: Business Opportunity for the Technology Age, or Doomed Goose Chase? **Tulane Journal of Technology and Intellectual Property**, 22, pp. 1-30, 2020, p. 10.

¹³²⁴ Trata-se da *first-to-file bar*, que impede a propositura de uma segunda *qui tam*, baseada nos mesmos fatos, enquanto pendente a causa original. Contudo, se a ação original foi rejeitada, a *first-to-file bar* deixa de ser aplicável, justamente por não haver mais uma ação pendente sobre idênticos fatos,

já pública, especialmente as constantes de procedimentos criminais, cíveis ou administrativos¹³²⁵.

É indispensável que a demanda esteja amparada em prova da(o) (1) submissão intencional de um pedido de pagamento feito ao governo, (2) baseado em falsidade ou fraude e (3) dolo do réu, consistente no conhecimento da fraude e intuito de se locupletar indevidamente¹³²⁶.

Quanto ao elemento volitivo, como se trata de uma ação civil, “não exige como pressuposto de responsabilidade os *standards* próprios do direito penal, que seriam (...) a vontade específica de fraude (*specific intent of fraud*), e, para fins probatórios, provas e indícios ‘além de uma dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*)’¹³²⁷.

Assim, no que diz com a intencionalidade, deve ser demonstrado que o réu (a) tinha conhecimento da natureza fraudulenta do requerimento, (b) agiu em deliberada ignorância quanto à legitimidade do pleito ou (c) que houve descuido inescusável quanto à veracidade ou falsidade do pedido de pagamento (como o médico que delega as cobranças de seus serviços a sua esposa e deixa de conferir a acurácia das informações submetidas ao governo¹³²⁸).

A fraude, segundo julgado em *United States ex rel. Scollick v. Narula*¹³²⁹ pelo Juiz Royce C. Lamberth, da Corte Distrital do Distrito de Columbia, pode se referir à

o que autoriza uma segunda ação sobre os mesmos fatos. Como explicam THERIAULT, TURETZKY e GALLACHER, fazendo referência a voto unânime proferido pelo Juiz ALITO, da Suprema Corte, “*the first-to-file bar does not create a permanent prohibition on any subsequent related action because an action is no longer ‘pending’ upon dismissal. Justice Alito, writing for the unanimous majority, joked that under the interpretation advanced by defendants, both the famous Marbury v. Madison and the trial of Socrates would still be ‘pending’.*” THERIAULT, Emily; TURETZKY, Matthew; GALLACHER, David. **No Unlimited Suspension of the Statute of Limitations Under the False Claims Act**; “First-to-File” Doctrine Does Not Bar Related Suits in Perpetuity. Disponível em: <https://www.governmentcontractslawblog.com/2015/05/articles/false-claims/scotus-no-unlimited-suspension-of-the-statute-of-limitations-under-the-false-claims-act-first-to-file-doctrine-does-not-bar-related-suits-in-perpetuity/>. Acesso em: 10/12/2020.

¹³²⁵ RABIAT, Ozigis. ADAPTING NIGERIA'S WHISTLEBLOWER POLICY TO PROCUREMENT FRAUDS: A CUE FROM THE FALSE CLAIMS ACT'S QUI TAM PROVISION. **Public Contract Law Journal**, v. 48, Issue 2, p. 337-353, Winter 2019, p. 345.

¹³²⁶ 31 U.S.C. 3730(a)(1).

¹³²⁷ ROCHA, Márcio Antônio. A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial qui tam action e dos programas de whistleblower. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.65, abr. 2015. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Marcio_Rocha.html. Acesso em: 15 dez. 2020.

¹³²⁸ LEMONS, Bryan. **AN OVERVIEW OF “QUI TAM” ACTIONS**. Disponível em: https://www.fletc.gov/sites/default/files/imported_files/training/programs/legal-division/downloads-articles-and-faqs/research-by-subject/civil-actions/quitam.pdf. Acesso em: 11/12/2020.

¹³²⁹ Case No. 14-cv-1339 (D.D.C. Nov. 6, 2020).

fase inicial da contratação com o Estado, como na situação em que o contrato só é obtido mediante declarações falsas prestadas ao governo, sem as quais o contratante não teria sido contratado. Nesses casos, embora possa haver execução contratual lícita, sem cobranças fraudulentas, a contratação em si é considerada viciada, caracterizando lesão ao governo, a ensejar a propositura da *qui tam*¹³³⁰.

Há dissídio nas Cortes Distritais e Circuitos de Apelação quanto à equiparação entre fraude e falta de conformidade do contratante com a regulação federal (*FCA Implied False Certification Theory*). Segundo uma corrente, a não conformidade com a lei ou atos de regulação que demarquem a atuação do contratado se identificaria à fraude, dando ensejo a *qui tam* baseada no FCA. De outro norte, Cortes como o 7º Circuito, entendem que a FCA não é o mecanismo adequado para forçar o cumprimento de atos regulatórios do governo. Segundo esta compreensão, as violações regulatórias devem ser tratadas pela agência governamental apropriada, não pelos tribunais¹³³¹.

Em um dos casos mais recentes apreciados pela Suprema Corte, foi adotada por unanimidade de votos a “*FCA Implied False Certification Theory*” (*Universal Health Services v. United States ex rel. Escobar*¹³³²). Ficou estabelecido, nos termos do voto proferido pelo Justice Thomas, que a falta de conformação com normas regulatórias relevantes (como as definidas pela *Food and Drug Administration* - FDA para prestação de serviços ou venda de produtos de saúde) representa fraude contra o governo, mesmo quando a regra violada não esteja estabelecida como pré-condição para o pagamento, nem tenha sido inobservada nessa fase, mas quando da habilitação da contratada para fornecer serviços ou bens ao Estado¹³³³.

¹³³⁰ YODER, Todd. **False Claims Act Whistleblower Wins Key Materiality Victory**. Disponível em: <https://kkc.com/blog/false-claims-act-whistleblower-wins-key-materiality-victory/>. Acesso em: 09/12/2020.

¹³³¹ THERIAULT, Emily. **Seventh Circuit Rejects FCA Implied False Certification Theory**. Disponível em: <https://www.governmentcontractslawblog.com/2015/06/articles/false-claims/seventh-circuit-rejects-fca-implied-false-certification-theory/>. Acesso em: 09/12/2020.

¹³³² 136 S. Ct. 1989 (2016).

¹³³³ KRISTOFCAK, Alexander. FCA V. FDA: THE CASE AGAINST THE PRESUMPTION OF IMMATERIALITY FROM AGENCY INACTION. **NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW**, v. 95, Abr./2020, p. 245. Ainda segundo relata KRISTOFCAK, uma argumentação frequente dos acusados de violar o FCA e que deriva da teoria *FCA Implied False Certification Theory* é a *presumption of immateriality*, segundo a qual não haveria fraude, e responsabilidade do fornecedor, quando o pedido de pagamento é submetido em desconformidade com a regulação, mas a agência reguladora não agiu para obstar a comercialização do produto em desconformidade. Assim, se, por exemplo, um medicamento é aprovado pela FDA sem a necessária inserção no rótulo de advertências que ali

Fraudes muito usuais dizem respeito a pedidos de pagamentos formulados no âmbito dos programas *Medicare* e *Medicaid*¹³³⁴, que cobrem cerca de 95 milhões de cidadãos dos Estados Unidos, a um custo anual de U\$ 900 bilhões. Tais programas são vítimas frequentes de pedidos de pagamentos por serviços não prestados, prestados a pessoas que não existem (*ghost patients*), *kickbacks* (quando o serviço é prestado na via governamental, mas o funcionário responsável recebe alguma recompensa privada, como bônus pago por fornecedor, desconto na locação de equipamentos ou viagens com todos os custos cobertos) e cobrança por procedimentos mais complexos (portanto mais caros), dos que os efetivamente realizados¹³³⁵.

Quando a *qui tam* é proposta, o *relator*, por estar agindo em nome e no interesse do governo federal¹³³⁶, deve, tão logo proposta a demanda, remeter a documentação que baseia a causa ao governo, que terá 60 dias, excepcionalmente prorrogáveis pela Corte, para decidir por sua intervenção na causa¹³³⁷⁻¹³³⁸. Durante este período, o feito deve ser mantido sob sigilo¹³³⁹.

deveriam constar, há uma presunção de falta de materialidade, a embarçar a iniciativa de qualquer particular ou outro ente governamental de questionar referida desconformidade em uma ação baseada no FCA. O acolhimento de tal teoria ainda é controverso e tem dividido os Circuitos de Apelação.

¹³³⁴ “*The majority of recent FCA litigation has targeted the pharmaceutical industry. In 2020, of the \$2.2 billion recovered through the FCA, \$1.8 billion involved healthcare industry fraud. Overall, \$1.6 billion was recovered specifically through qui tam suits*”. DAY, Brittany N. A Modest Proposal: Leveraging Private Enforcement Mechanisms and the Bayh-Dole Act to Reduce Drug Prices in the U.S. Healthcare Industry. **Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy**, v. 17, pp. 185-210, 2022, p. 198.

¹³³⁵ PIETRAGALLO, GORDON, ALFANO, BOSICK e RASPANTI, LLP. Disponível em: <https://www.falseclaimsact.com/common-types-of-fraud/health-care-fraud/>. Acesso em: 10/12/2020.

¹³³⁶ Neste sentido, há alegações de inconstitucionalidade da *qui tam*, pois violaria o artigo II da Constituição, que estabelece que o representante judicial do Estado deve ser indicado pelo Executivo e aprovado pelo Legislativo (*Appointments Clause*). Estas alegações invariavelmente têm sido refutadas, com aplicação do teste fixado pela Suprema Corte em *Morrison v. Olson* (*Morrison Test of Executive Control*), que considera não violada a Constituição quando o governo pode exercer suficiente controle sobre a ação proposta pelo litigante privado. As Cortes têm entendido que o *relator* age como um oficial inferior ou subordinado, que não tem relação duradoura com o Estado, possui autoridade limitada e não está investido na preponderante responsabilidade de aplicar as leis dos Estados Unidos. GILLES, Myriam E. Reinventing Structural Reform Litigation: Deputizing Private Citizens in the Enforcement of Civil Rights. **Columbia Law Review**, v. 100, 2000, p. 1443.

¹³³⁷ 31 U.S.C. § 3730(b)(2), (3), (4).

¹³³⁸ “*The private individual bringing the qui tam suit, known as a relator, must first serve the complaint upon the government, where the complaint then remains under seal for at least sixty days. Id. § 3730(b)(2). During this time period, the government may elect to intervene. Id. If the government does not intervene in the action, the relator may proceed with the action*”. U.S. ex rel. Bledsoe v. Community Health Systems, Inc. United States Court of Appeals, Sixth Circuit. September 10, 2003. F.3d 634.

¹³³⁹ Embora o sigilo seja a regra na fase inicial da ação, enquanto o governo avalia sua intervenção na causa; e possa ser prorrogado quando esta decisão requeira avaliação mais criteriosa, a prorrogação não pode ser indefinida, sob pena de comprometer valores de transparência e *accountability*. USA. **The United States District Court of the Eastern District of Pennsylvania**. United States ex. Rel. Brasher v. Pentec Health, Inc. No. 13-05745, 2018 WL 5003474 (E.D.P.A. Oct. 16, 2018).

O prazo de 60 dias de que dispõe o governo para decidir sobre sua intervenção no processo, acaba durando, na prática, em média 13 meses, o que levanta questionamentos de violação ao *right to access doctrine*, estabelecido na 1ª Emenda da Constituição; violação que têm sido refutada¹³⁴⁰ sob a compreensão de que a restrição à publicidade, neste caso específico, foi estritamente talhada (*narrowly tailored*) para servir a um imperativo interesse governamental¹³⁴¹.

Tendo conhecido da ação, o governo poderá: (a) aderir ao polo ativo, (b) não intervir, (c) intervir e firmar acordo com a parte ré e (d) pedir a rejeição da *qui tam* (*dismiss*), opondo-se ao pedido nela feito¹³⁴².

Nesta fase preliminar, antes de a ação ter seu curso autorizado pelo Judiciário, é dever do *relator* fornecer todo o material probatório de que disponha ao DOJ (*disclosure statement*¹³⁴³), a fim de possibilitar a averiguação quanto à presença de interesse público no caso.

Para amparar esta avaliação, ao governo são dados, ainda, poderes civis de investigação, que podem forçar pessoas a produzir material de prova, inclusive depoimentos¹³⁴⁴.

Somente após tal avaliação inicial, em que o *Attorney General* decide pela intervenção ou não na causa, é que o réu é citado para responder a ação, em 20 dias¹³⁴⁵. Até então, a ação e todos os elementos de prova permanecem sob sigilo.

O Estado pode intervir na causa desde quando notificado, situação em que assume protagonismo da ação, deixando o *relator*, embora ainda no polo ativo, em

¹³⁴⁰ Para ilustrar, o 4º Circuito considerou que “*The court determined that ‘the complex nature of modern fraud investigations, the government’s limited resources, and the unique nature of a qui tam action under the FCA’ were compelling interests that outweighed the public’s right to access the FCA complaint*”. MAHONEY, Joshua Patrick. **Qui Tam Relators, the First Amendment, and the False Claims Act**. University of Chicago Legal Forum: Vol. 2012: Iss. 1, Article 13, p. 300. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol2012/iss1/13>. Acesso em 11/12/2020.

¹³⁴¹ Em *Globe Newspaper Co v. Superior Court for County of Norfolk* (457 US 596, 1982)., a Suprema Corte estabeleceu que os procedimentos judiciais e julgamentos devem ser públicos, como regra, só excepcionável quando a restrição à publicidade for estritamente talhada para atender a um interesse governamental imperativo.

¹³⁴² PACINI, Carl; QIU, Li Hui; SINASON, David. Qui Tam Actions: Fighting Fraud against the Government. **Journal of Financial Crime**, vol. 14, no. 1, pp. 64-78, 2007, p. 73.

¹³⁴³ KELLY, Todd. SHARING IS CARING: PROTECTING THE ABILITY OF QUI TAM RELATORS AND THE GOVERNMENT TO SHARE INFORMATION UNDER THE FALSE CLAIMS ACT. **George Mason Law Review**, v. 23, n. 5, 2016, p. 1328-1329.

¹³⁴⁴ 31 U.S.C. 3733.

¹³⁴⁵ 31 U.S.C. 3730(b)(3).

posição coadjuvante¹³⁴⁶. É possível também que o Estado prefira não intervir de início e, mais adiante, opte por se inserir na demanda, com aparecimento de causa legítima. Se entender que o caso carece de mérito (*lack of merit*), o governo está dispensado de atuar, ficando o relator com a responsabilidade total pela *qui tam*¹³⁴⁷.

De se notar que, mesmo quando a iniciativa da ação é do particular, o Estado mantém grandes poderes sobre o rumo da demanda. Ao governo (AG e DOJ) é garantida substancial autoridade para supervisionar e controlar a causa, inclusive com a possibilidade de assumir o papel primordial na condução da persecução. Ainda, é possível que a participação do *relator* seja limitada, o que ocorre sempre que isto sirva para evitar atrasos ou risco ao procedimento¹³⁴⁸.

Este predomínio estatal se explica pela necessidade de evitar ações oportunistas e ‘parasitárias’, baseadas em evidências fracas, para o que o Congresso estabeleceu um “*dual-plaintiff mechanism*”, que permite ao governo monitorar e controlar a ação do agente privado, a fim de que este exerça um trabalho de qualidade e que a ação não se distancie do interesse público¹³⁴⁹.

Além de se recusar a intervir, é dada ao governo a prerrogativa de, com a devida chancela judicial, rejeitar (*dismiss*) a ação sumariamente, quando careça de mérito.

Quanto à esta prerrogativa do Estado, o FCA não tem diretrizes precisas para orientar a adesão ou rejeição do governo à ação proposta pelo autor privado. Para conceder maior uniformidade, e, especialmente, visando economizar recursos e evitar precedentes indesejados, o Diretor da Seção de Fraude Civil do Setor de Litígios

¹³⁴⁶ 31 U.S.C. 3730(c)(3).

¹³⁴⁷ “Até o fim do período de sigilo, o DOJ deverá decidir se irá assumir o processo judicial como o principal autor, se irá apenas assistir processualmente o *qui tam author* ou se requererá fundamentalmente uma decisão do juiz para arquivamento liminar da ação, caso entenda que ela é evidentemente improcedente”. (...) Caso o DOJ tenha decidido não assumir sozinho o prosseguimento nem assistir processualmente o *qui tam author*, poderá se manifestar no processo a qualquer tempo, inclusive realizando acordo para encerramento do processo, submetendo-se os resultados à homologação do juízo e assegurando-se a participação do autor no resultado financeiro advindo”. ROCHA, Márcio Antônio. **A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial qui tam action e dos programas de whistleblower.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.65, abr. 2015. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Marcio_Rocha.html. Acesso em: 15 dez. 2020.

¹³⁴⁸ 31 U.S.C. 3730(c)(2)(C).

¹³⁴⁹ KIM, Sang Beck. Dangling the Carrot, Sharpening the Stick: How an Amnesty Program and Qui Tam Actions Could Strengthen Korea’s Anti-Corruption Efforts. **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 36, n. 1, p. 235-265, 2016, p. 262.

Comerciais do DOJ, Michael Granston, editou um memorando interno direcionado aos advogados do órgão¹³⁵⁰, mas que acabou sendo incorporado à política de todo o DOJ¹³⁵¹, o qual não passa indene de críticas da doutrina¹³⁵², sob o argumento de enfraquecimento da aplicação do FCA, principal estatuto a proteger o governo contra fraudes e desvios.

No documento, conhecido como *The Granston Memo*, são destacados sete parâmetros que devem nortear a decisão dos advogados do governo para dispensar uma *qui tam*: conter ações sem mérito, prevenir ações parasitas ou oportunistas, prevenir a intervenção em políticas ou programas de governo, controlar a litigiosidade, controlar informações classificadas e preservar a segurança nacional, economizar recursos governamentais e enfrentar graves erros de procedimento¹³⁵³.

As Cortes de Justiça, por sua vez, ao examinar pleitos do governo de rejeição de *qui tam actions*, se mostram divididas¹³⁵⁴ e têm estabelecido seus próprios critérios¹³⁵⁵.

¹³⁵⁰ No primeiro ano após a publicação do memorando, o governo se manifestou pela rejeição de 30 *qui tam actions*, pequena fração das apresentadas no período, mas um aumento significativo em relação ao período anterior. O'NEILL, David. Resolving the Confusion: Granting the Government Unfettered Discretion to Dismiss Qui Tam Actions. **Public Contract Law Journal**, v. 49, n. 2, Winter 2020, p. 406.

¹³⁵¹ UNITED STATES. Department of Justice. **DOJ Dismissal of a Civil Qui Tam Action**, Justice Manual. Sep./ 2018. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-4-4000-commercial-litigation>. Acesso em: 14/02/2023.

¹³⁵² Ressaltando a importância das *qui tam* como ferramenta essencial contra fraudes, pois viabilizaram a recuperação de mais de U\$ 42 bilhões nos últimos 30 anos, SLADE destaca que há uma guinada na postura do DOJ diante dessas ações: “*In the Trump administration, however, practitioners have seen an uptick in government-led dismissals of such actions, with more motions to dismiss filed by the government in the last two years alone than in the previous 32 years*”. [...] *In the ensuing two years, it moved to dismiss 45 qui tam cases - more than in the whole prior 155-year history of the FCA, and almost four percent of the 1,170 qui tam actions filed during this two-year period*”. SLADE, Shelley R. Separating the Wheat from the Chaff Or Undermining Congressional Intent? The U.S.'s Proactive Dismissals of Qui Tam Actions. **Procurement Lawyer**, v. 55, no. 3, p. 3-12, Summer 2020, p. 3 e 6.

¹³⁵³ THOMAS, Roderick L. **Granston Memo: DOJ's New Internal Policy on Dismissing FCA Cases**. Disponível em: <https://www.wiley.law/newsletter-Granston-Memo-DOJs-New-Internal-Policy-on-Dismissing-FCA-Cases>. Acesso em: 14/12/2020.

¹³⁵⁴ “*Currently, circuits are split about how much discretion the government should have when moving to dismiss actions after declining intervention. The Ninth and Tenth Circuits have required the government to provide a valid governmental purpose and a rational relationship between dismissal and the governmental purpose to dismiss the qui tam action before the burden of proof shifts to the relator. The D.C. Circuit gave the government broad discretion to dismiss qui tam actions and did not require the government to offer a governmental interest in moving to dismiss the action*”. O'NEILL, David. Resolving the Confusion: Granting the Government Unfettered Discretion to Dismiss Qui Tam Actions. **Public Contract Law Journal**, v. 49, n. 2, Winter 2020, p. 407.

¹³⁵⁵ O dissídio é bem elucidado por DULANI: “*Ninth and Tenth Circuits: The government can dismiss a qui tam action under the FCA where it identifies ‘a valid government purpose’ and ‘a rational relation between dismissal and accomplishment of that purpose.’ It need not intervene prior to seeking dismissal.*”

Em *United States ex rel Sequoia Orange Co v Baird-Neece Packing Corp*¹³⁵⁶, o Nono Circuito aplicou de forma inovadora o teste da relação racional (*rational relation test*). Por este critério, o governo pode refutar a ação quando demonstrar que isto está justificado em um “interesse governamental legítimo”¹³⁵⁷.

Já em *Swift v United States*¹³⁵⁸, o Circuito D.C. adotou uma regra mais flexível, no sentido de que o poder governamental de dispensar a ação é ilimitado (*unfettered*), significando que o *relator* não tem nenhum recurso ou prerrogativa quando o governo se manifesta contra a ação¹³⁵⁹. Estes dois casos representam visões distintas, e são acolhidos largamente pelas Cortes americanas, representando um verdadeiro “duelo” quanto aos critérios norteadores do poder governamental de *dismiss* na *qui tam*¹³⁶⁰.

Esta visão dicotômica não fica indene de críticas. A compreensão em *Sequoia* é tida por violadora do poder persecutório discricionário do Executivo, pois força-o a explicar suas decisões de não envolvimento. Já a posição de *Swift* é considerada aviltante ao devido processo, que garante ao *relator* uma oitiva justa antes da dispensa da ação, norma feita tábula rasa com a decisão do Circuito D.C., que coloca todo o peso na posição defendida pelo governo.

A última posição, com efeito, esbarra no § 3730 (c)(2)(A), que expressamente garante prévia oitiva do *relator* antes da rejeição liminar da ação. Deste modo, ao

D.C. Circuit: The FCA ‘give[s] the government an unfettered right to dismiss a [qui tam] action.’ Intervention is not required before the government can seek dismissal. Seventh Circuit: The government cannot seek dismissal without first intervening. Any subsequent dismissal must satisfy the standard under Federal Rule of Civil Procedure 41(a), which allows a dismissal only ‘on terms that the court considers proper.’ First Circuit: Courts should grant the government’s dismissal ‘unless the relator can show that, in seeking dismissal, the government is transgressing constitutional limitations or perpetrating a fraud on the court.’ . DULANI, Jeetander T. et. Al. **U.S. Supreme Court to Resolve a Circuit Split Involving Qui Tam Actions**. Disponível em: pillsburylaw.com. Acesso em: 28/08/2022.

¹³⁵⁶ 151 F.3d 1139, 1146 (9th Cir. 1998).

¹³⁵⁷ The first is *United States ex rel Sequoia Orange Co v Baird-Neece Packing Corp*²⁴ (*Sequoia*). Handling the first dismissal action under the 1986 Amendment, the Ninth Circuit adopted the district court’s “rational relation” test. Though the *qui tam* provision is essentially silent as to dismissal, the district court fashioned a test requiring the government to show that dismissal is justified by legitimate government interests. TSCHEPIK, Nathan T. *The Executive Judgment Rule: A New Standard of Dismissal for Qui Tam Suits Under the False Claims Act*. **The University of Chicago Law Review**, n. 87, Iss. 4, Article 3, 2020, p. 1056.

¹³⁵⁸ 196 U.S. 375 (D.C. Cir. 1905).

¹³⁵⁹ Esta visão se baseia na independência do Poder Executivo, de quem seria a histórica prerrogativa de escolher que casos processar em nome do governo; e por razões de política pública, consistentes na necessidade de conter a sanha de litigantes profissionais. HARCHUT, Jennifer. **DOJ BLOWS THE WHISTLE ON PROFESSIONAL WHISTLEBLOWERS: BUT THE CIRCUITS ARE SPLIT ON WHETHER DISMISSALS WILL BE SWIFT**. *Villanova Law Review*, Vol. 65, 2020, p. 421.

¹³⁶⁰ TSCHEPIK, Nathan T. *The Executive Judgment Rule: A New Standard of Dismissal for Qui Tam Suits Under the False Claims Act*. **The University of Chicago Law Review**, n. 87, Iss. 4, Article 3, 2020, p. 1056.

afirmar-se, como em *Swift*, que todo o peso da decisão está nas mãos do Estado, não haveria razão sequer estabelecer o contraditório, diversamente do que restou estabelecido pelo Congresso no FCA¹³⁶¹.

A conciliar a prescrição legal, a necessidade de preservação do contraditório e a possibilidade de controle das decisões públicas, sustenta-se que deveria ser garantido ao *relator* a possibilidade de demonstrar que o governo falhou em seu dever legal de conduzir uma investigação idônea e livre de falhas procedimentais (*The Executive Judgement Rule*)¹³⁶².

O mérito da ação governamental não poderia ser confrontado, mas sim o processo que levou a esta decisão, sindicando-se a insuficiência de escopo investigativo, duração insuficiente e grau de esforço apuratório, por exemplo. Com a demonstração efetiva de falhas procedimentais na ação persecutória do Estado, a Corte deveria garantir a posição do *relator*, e autorizar o seguimento da causa¹³⁶³.

Ainda, o Estado pode celebrar acordo com a outra parte, independentemente de concordância do *relator*, desde que a este seja assegurada oportunidade de prévia oitiva e que a dispensa da ação e solução consensual representem a forma adequada de atender ao interesse público. De outro lado, qualquer acordo ou pedido de desistência deduzido pelo *relator* deve ser submetido à aprovação do DOJ¹³⁶⁴.

¹³⁶¹ A Suprema Corte acolheu, em julho de 2022, pedido para apreciar caso em que a controvérsia é posta: *United States, ex rel. Polansky v. Executive Health Resources, Inc.* O julgamento é aguardado com grande expectativa, pois pode dar novas e mais seguras definições sobre a prerrogativa governamental de dispensar a ação proposta pelo *relator*, bem como acerca dos limites da oposição do Estado contra o acordo entabulado entre o autor privado e o réu. DULANI, Jeetander T. et. al. **U.S. Supreme Court to Resolve a Circuit Split Involving Qui Tam Actions.** Disponível em: pillsburylaw.com. Acesso em: 28/08/2022.

¹³⁶² Em uma visão mais radical, O'NEILL advoga pela emenda do FCA, para garantir um amplo poder ao governo de dispensar a ação, nos termos do que tem entendido o 1º Circuito. Alega que essa providência é necessária, pois, quando o governo não intervém na *qui tam*, dificilmente recupera algum valor, além de, com tal discricionariedade ampla, ter melhores condições de escassos recursos humanos e orçamentários à disposição do DOJ. O'NEILL, David. Resolving the Confusion: Granting the Government Unfettered Discretion to Dismiss Qui Tam Actions. **Public Contract Law Journal**, v. 49, n. 2, Winter 2020, p. 418.

¹³⁶³ TSCHEPIK, Nathan T. The Executive Judgment Rule: A New Standard of Dismissal for Qui Tam Suits Under the False Claims Act. **The University of Chicago Law Review**, n. 87, Iss. 4, Article 3, 2020, p. 1095.

¹³⁶⁴ ENGSTROM, David Freeman. Private Enforcement's Pathways: Lessons from Qui Tam litigation. **Columbia Law Review**, v. 114, n. 8, Dez./2014, p. 1946.

Há, contudo, controvérsia na jurisprudência quanto aos efeitos operados pela oposição estatal ao acordo entabulado entre *relator* e réu. O Quinto Circuito¹³⁶⁵, por exemplo, considerou, em *Searcy v. Philips Electronics North America Corp.*¹³⁶⁶, que o governo mantém um poder absoluto de vetar acordos, mesmo quando tenha manifestado intenção de não intervir na ação. Já o Nono Circuito, em *United States ex rel. Killingsworth v. Northrop Corp.*¹³⁶⁷, estabeleceu que, tendo declinado de intervir na causa nos 60 dias posteriores ao ajuizamento, a oposição do governo ao acordo não é definitiva para o desfecho, competindo ao juiz avaliar as razões da objeção e garantir que o poder público receba a parte que lhe é devida na avença. Esta última posição é defendida na doutrina, por ser a que melhor balanceia os interesses em jogo e preserva a atratividade das *qui tam*, especialmente diante do reconhecimento de que o Estado é incapaz de combater as fraudes sem o concurso dos particulares¹³⁶⁸.

É de se reforçar que o papel proeminente do governo na condução da *qui tam*, que se manifesta na possibilidade de requerer à Corte sua rejeição liminar, efetuar acordo com o réu, ainda que com oposição do *relator*, deixar de intervir na ação ou só intervir em momento mais adiantado do procedimento; está amparado em razões lógicas, porquanto, além da necessidade de evitar ações frívolas, o interesse deduzido na *qui tam* é essencialmente do Estado.

Quanto ao polo passivo da ação deduzida com base no FCA, qualquer pessoa, seja física ou jurídica, agente público ou privado, pode ser ré, bastando que incida nas vedações do § 3729. Governos municipais podem ser processados, mas estados¹³⁶⁹ e tribos indígenas são excepcionados, não podendo ser demandados por esta via.

¹³⁶⁵ O Quinto Circuito - sediado em Nova Orleans e com jurisdição sobre Louisiana, Texas e Mississippi -, aliás, é bastante refratário às *Qui Tams*. Em *Riley v. St. Luke's Episcopal Hospital* [196 F.3d 514, 523 (5th Cir. 1999)], o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da *qui tam*, quando o governo decide nela não intervir. Nessas situações, haveria violação ao artigo II, seção 3, da Constituição, segundo o qual é do Executivo a prerrogativa exclusiva de zelar pela aplicação da lei (*Take Care Clause*). A posição do Quinto Circuito é isolada. As demais Cortes de apelação seguem o caminho oposto, usando do '*Morrison Test of Executive Control*', que considera não violada a Constituição quando o governo pode exercer suficiente controle sobre a ação proposta pelo litigante privado.

¹³⁶⁶ 117 F.3d 154 (5th Cir. 1997).

¹³⁶⁷ 25 F.3d 715 (9th Cir. 1994).

¹³⁶⁸ FORNEY, Gretchen L. **Qui Tam Suits**: Defining the Rights and Roles of the Government and the Relator under the False Claims Act. University of Minnesota Law School. Minnesota Law Review. N. 1400, 1998. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1400>. Acesso em: 11/12/2020.

¹³⁶⁹ A Suprema Corte estabeleceu em *Vermont Agency of Natural Resources v. United States ex rel. Stevens* que *person* não abrange os estados membros.

Nem toda fraude pode ser exposta em uma *qui tam*, pois algumas barreiras (*bars*) à sua propositura são estabelecidas no §3730(e). Por exemplo, não podem ser réus membros do Congresso, do Judiciário Federal, altos membros do executivo e servidores das forças armadas¹³⁷⁰.

Igual modo, para evitar o *over-enforcement* e o locupletamento indevido de agentes privados são fixadas a *first-to-file provision* (a propositura de uma *qui tam* preclui a possibilidade de ajuizamento de outra equivalente, algo semelhante à corrida pela delação instituída na LAC brasileira), uma barreira contra ações baseadas em investigações governamentais em curso, e a mais destacada, a *public disclosure bar*¹³⁷¹.

Por esta última, não se admite ação baseada em informação pública ou já de posse do governo, a menos que o relator seja sua fonte original¹³⁷². A razão é simples: quando a informação é pública, o governo não necessita da *qui tam*.

Uma pequena categoria de pessoas, no entanto, fica de fora da *public disclosure bar*: aqueles que foram informantes do governo, provendo a informação às autoridades antes de sua divulgação. Isto se baseia no fato de que tais pessoas auxiliaram o poder público, fornecendo informação até então desconhecida¹³⁷³. Deste modo, sendo o autor a fonte original da informação conferida ao governo, a *qui tam* é cabível quando a tenha voluntariamente disponibilizado ao Estado e acrescente elementos de materialidade à ação proposta.

Nesta linha, tem-se compreendido que a aplicação da *public disclosure bar* não deve ser restritiva a ponto de representar um confisco de informações, com locupletamento indevido do Estado, pois a ideia do Congresso, ao estabelecer a

¹³⁷⁰ DOYLE, Charles. **Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes**. Congressional Research Service. Edição do Kindle, p. 324-325.

¹³⁷¹ “Not anyone can initiate a *qui tam* suit. The FCA contains several provisions designed to minimize wasteful private enforcement efforts, including: (i) a ‘first-to-file’ provision precluding claims that mirror a previously filed *qui tam* suit;” (ii) a bar on claims related to an already existing government enforcement proceeding; and (iii) a bar on claims that were previously ‘publicly disclosed’ except where the relator is na “original source-‘that is, has direct, firsthand knowledge-of the information underlying the fraud claim.’ Together, these provisions are designed, as the Supreme Court has noted, to achieve ‘the golden mean between adequate incentives for whistle-blowing insiders ... and discouragement of opportunistic plaintiffs who have no significant information to contribute of their own’”. ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, pp. 1689-1756, 2013, p. 1709.

¹³⁷² 31 U.S.C. § 3730(e)(4)(B).

¹³⁷³ SALCIDO, Robert. **The Public Disclosure Bar of the False Claims Act**. Andrews Publications, 2002, p. 7.

barreira, foi premiar quem descobriu e revelou a fraude¹³⁷⁴. Este mesmo princípio de equidade permeia a opção do legislador de manter a recompensa, conquanto limitada, aos revelaram a fraude baseada em informação pública, mas diante de uma inércia governamental injustificada em promover a responsabilização¹³⁷⁵⁻¹³⁷⁶.

Questiona-se quanto à possibilidade de empregados do governo servirem como fonte original para a *qui tam*. Cinco estados a admitem expressamente, desde que os funcionários tenham reportado o caso à Administração previamente¹³⁷⁷. Nesta linha, embora frequentemente o termo *relators* seja empregado como sinônimo de ‘partes privadas’, oficiais do Estado são, em tese, autorizados a apresentar uma *False Claims Act qui tam action*, desde que não se enquadrem em nenhuma das barreiras do FCA.

Já para os servidores federais, a jurisprudência não tem o tema bem definido. O 11º primeiro Circuito já garantiu ao agente federal mesmo tratamento devido a qualquer outro *relator*. De outro lado, os 1º e 9º Circuitos foram em sentido oposto, sob entendimento de que o funcionário público não teria como ter “conhecimento independente” da informação, só obtida em função do cargo desempenhado. Nesta

¹³⁷⁴ “Dessa forma, foi construído um teste em três partes para aferir a presença ou não dessa *jurisdictional bar*: a) primeiro, a corte deve decidir se houve descoberta pública de informações ou transações; b) segundo, a corte deve revisar a demanda para determinar se ela é baseada unicamente nas informações de conhecimento público; c) terceiro, se a demanda é baseada em tais informações, então o *relator* deve ser a fonte originária delas para sobreviver à *jurisdictional bar*.”). COSTA, Suzana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coordenadores). **Improbidade Administrativa**. Brasília, Ministério da Justiça, Universidade de São Paulo, Série Pensando o Direito, 2010, p. 32.

¹³⁷⁵ SALCIDO, Robert. **The Public Disclosure Bar of the False Claims Act**. Andrews Publications, 2002, p. 3.

¹³⁷⁶ Tema intrigante, relacionado à *public disclosure bar*, diz com a mineração de dados em bancos públicos de informações. Desde os anos 1990, com intensificação nas últimas décadas, empresas têm se especializado em pesquisar grandes bancos de dados (*big data*), de acesso público, para identificar padrões que indiquem possíveis comportamentos fraudulentos. Muito comum no ramo da saúde, embora não restrito a ele, há empresas que se dedicam a verificar quem tem prescrito certo tratamento com mais frequência e quem são os seus principais fornecedores, conseguindo, com isto, identificar padrões que podem sinalizar atividade fraudulenta em detrimento do governo, que custeia, pelos programas Madcaire e Medicaid, essas prestações. As Cortes, contudo, têm sido cautelosas em admitir *qui tams* apenas com base nessa mineração de dados, exigindo que, sob pena de ver violada a *public disclosure bar*, os litigantes agreguem às informações mineiradas alguma outra materialidade não pública. Como explicam MEHTA e SHORT: *the bar nonetheless does still preclude relators from pursuing cases unless they can show that they have “materially added” to publicly disclosed information*. MEHTA, Jason; SHORT, Jennifer A. **Big Data Makes Big Cases: How Data Analytics Is Shaping False Claims Act Enforcement**. *Federal Lawyer*, v. 67, n. 4, p. 42–48, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=145379313&lang=pt-br&site=eds-live&scope=site>. Acesso em: 21/01/2021.

¹³⁷⁷ “Five states allow government employees to file *qui tam* actions, so long as they first reported the fraud to the government and the government failed to act in a reasonable time”. PETTY, Aaron R. How *Qui Tam* Actions Could Fight Public Corruption. **University of Michigan Journal of Law Reform**, v. 39, Issue 4, 2006, p. 870.

perspectiva, autorizar que o servidor apresente uma *qui tam* baseada em informações adquiridas em tais circunstâncias seria admitir que o contribuinte pagasse duas vezes pelo mesmo serviço¹³⁷⁸.

Analisando casos julgados por 3 Tribunais Federais e 5 juízes distritais, BEANE¹³⁷⁹ conclui que, de modo geral, os empregados públicos não estão impedidos de mover uma *qui tam action*. A vedação só ocorre quando a informação obtida tiver origem em procedimento criminal, civil, administrativo, legislativo ou de fiscalização de que tenham participado, na qualidade de funcionários estatais, pois aí estaria violada a *public disclosure bar*. Ainda, não poderiam processar diante de informações sob as quais tenham o dever legal de coletá-las, sob pena de dupla remuneração pelo serviço público.

Deste modo, um agente do governo federal poderá se apresentar como relator de uma *qui tam*, conquanto tenha dificuldades de se qualificar como uma ‘fonte original’ da informação publicamente disponível que a lastreia, sendo de se averiguar se da natureza de seus deveres funcionais decorre a obrigação de divulgar a informação aos seus superiores¹³⁸⁰.

Outra barreira legalmente estabelecida é a prévia condenação criminal do relator pelo mesmo fato apresentado na *qui tam*¹³⁸¹. Neste caso, o condenado não é tido por digno de apresentar a ação civil.

Além disso, caso a responsabilidade do réu já tenha sido estabelecida em processo penal, fica-lhe vedado rediscutir os mesmos fatos, caracterizando-se como uma *estoppel clause*, semelhante ao que se verifica no regime da RICO.

¹³⁷⁸ PETTY, Aaron R. How Qui Tam Actions Could Fight Public Corruption. **University of Michigan Journal of Law Reform**, v. 39, Issue 4, 2006, p. 887-888.

¹³⁷⁹ BEANE, Dorothea. Qui Tam Actions: Are Government Employees Proper Qui Tam Plaintiffs. **Journal of Legal Medicine**, v.14, n.2, jul. 1993, p. 279-300.

¹³⁸⁰ “A federal employee may have difficulty qualifying as an “original source” of publicly available information upon which an action is based if the nature of his duties is that he is obligated to disclose the information to his superiors rather than “voluntarily” disclosing it as the definition of “original source” requires, *United States ex rel. Fine v. Chevron, U.S.A., Inc.*, 72 F.3d 740, 742-44 (9th Cir. 1995)(“[T]he fact *Fine* was employed specifically to disclose fraud is sufficient to render his disclosures nonvoluntary”). Doyle, Charles. **Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes**. Congressional Research Service. Edição do Kindle, p. 338.

¹³⁸¹ U.S.C 31 § 3730(d)(3).

O grande incentivo para mover uma *qui tam action* é o prêmio financeiro devido ao autor privado, consistente em percentual a ser pago ao *relator* sobre o montante total recuperado pelo Estado com a ação.

Com efeito, os *whistleblowers* são uma preciosa fonte de ‘*inside information*’ para combater crimes dissimulados, como é da natureza da corrupção¹³⁸². Os dados que os informantes podem prover constituem inestimável *commodity* em que as autoridades regulatórias necessitam investir.

Na essência dos mecanismos de reforço privado da fiscalização e persecução pública está o reconhecimento de que entre o setor regulado (fornecedores do Estado ou fraudadores) e a Administração há uma importante assimetria de informação. Por isto, o objetivo do mecanismo privado, como a *qui tam* e o sustentado no Capítulo 5 desta tese, a *ação civil anticorrupção*, é “encontrar a parte com a informação mais precisa e ao menor custo possível para o público, e, com isto, tentar dissuadir o comportamento fraudulento através do aumento da probabilidade de punição”¹³⁸³.

Assim, o valor desta *commodity* (representado pelo prêmio a ser pago ao informante), precisa ser alto o suficiente para que represente incentivo maior do que as resistências em colaborar com o Estado, traduzidas por valores sociais ou pessoais que pesam contra tal tipo de conduta¹³⁸⁴.

O estímulo financeiro ofertado ao *relator* acaba por reforçar a estrutura estatal de combate a ilícitos, através de uma espécie de contratação *ad hoc* de ‘advogados-gerais privados’, que trazem as informações desconhecidas e, com elas, processam os responsáveis pelo ilícito em nome do Estado, reforçando o já existente aparato público de aplicação da lei.

Além de facilitar a descoberta de infrações a baixo custo, a *qui tam* provoca importante efeito dissuasório, uma vez que os participantes do esquema passam a

¹³⁸² “*Whistleblowers are essential players in the fight against the corporate and government abuses of power that have sustained and exacerbated corruption, as well as dangers to public health and safety*”. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION LEGAL POLICY AND RESEARCH UNIT. **Are whistleblowing laws working?** A global study of whistleblower protection litigation. Government Accountability Project. Primary Authors: Samantha Feinstein; Tom Devine. London: 2021, p. 71.

¹³⁸³ DAY, Brittany N. A Modest Proposal: Leveraging Private Enforcement Mechanisms and the Bayh-Dole Act to Reduce Drug Prices in the U.S. Healthcare Industry. **Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy**, v. 17, pp. 185-210, 2022, p. 199.

¹³⁸⁴ KIM, Sang Beck. Dangling the Carrot, Sharpening the Stick: How an Amnesty Program and Qui Tam Actions Could Strengthen Korea’s Anti-Corruption Efforts. **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 36, n. 1, p. 235-265, 2016, p. 256.

temer que alguém do grupo possa ‘vendê-los’ às autoridades em busca dos incentivos ofertados para tanto¹³⁸⁵.

Trata-se de forma de incrementar o poder de aplicação da lei sem grande custo envolvido, uma vez que não é necessário aumentar a estrutura burocrática de persecução, já que não há criação ou modificação de agências governamentais nem contratação de novos servidores públicos¹³⁸⁶.

No sistema estabelecido pelo FCA, o valor da recompensa é variável em função da adesão ou não do governo ao processo e da “extensão em que a pessoa contribuiu substancialmente para o andamento da ação”¹³⁸⁷.

Nas situações em que o governo não intervenha na ação, sendo a ação procedente ou resolvida por acordo¹³⁸⁸ de que resulte recuperação de ativos estatais, o relator receberá de 25% a 30%¹³⁸⁹ do proveito estatal. Já se o Estado aderir ao

¹³⁸⁵ PETTY, Aaron R. How Qui Tam Actions Could Fight Public Corruption. **University of Michigan Journal of Law Reform**, v. 39, Issue 4, 2006, p. 875.

¹³⁸⁶ “A qui tam, sob uma perspectiva de análise econômica do Direito, pode ser explicada pela compreensão de que o autor privado (*relator*) irá promover a ação sempre que as recompensas esperadas superem os riscos envolvidos no litígio. Nesta ótica, é possível sustentar que a litigância privada, com este agir motivado por lucro, tem um custo-efetividade maior que as pouco incentivadas ou mal estruturadas burocracias estatais que se dedicam à mesma finalidade”. ENGSTROM, David Freeman. Private Enforcement’s Pathways: Lessons from Qui Tam litigation. **Columbia Law Review**, v. 114, n. 8, Dez./2014, p. 1924-1925.

¹³⁸⁷ U.S.C 31 §3730(d)(1).

¹³⁸⁸ O FCA prevê que mesmo que o governo não tenha aderido à causa, mas tenha dado, ao conhecer dela, início a procedimentos administrativos para responsabilizar o réu da *qui tam* (*alternative remedies*), destes resultando recuperação de ativos, ao relator devem ser garantidos os mesmos direitos à recompensa que teria se a ação judicial fosse julgada procedente. U.S. ex rel. Bledsoe v. Community Health Systems, Inc. United States Court of Appeals, Sixth Circuit. September 10, 2003. F.3d 634.

¹³⁸⁹ Na versão original do FCA, o relator ficava com 50% do valor recuperado e o condenado pela fraude ainda pagava indenização e dobro pelo dano causado, mais uma multa de U\$ 2 mil por requisição falsa. KELLY, Todd. SHARING IS CARING: PROTECTING THE ABILITY OF QUI TAM RELATORS AND THE GOVERNMENT TO SHARE INFORMATION UNDER THE FALSE CLAIMS ACT. **George Mason Law Review**, v. 23, n. 5, 2016, p. 1320.

processo, a recompensa ficará entre 15% e 25%¹³⁹⁰, montante que será definido de acordo com a importância da atuação do *relator* para o sucesso da ação¹³⁹¹.

Além da recompensa, o *relator* é indenizado pelos gastos havidos com os custos do processo e honorários de advogado.

Caso a Corte entenda que o processo está baseado primordialmente em informação pública, o prêmio ainda poderá ser pago, tendo em conta a importância da informação trazida e o papel exercido pelo *relator* para que a recuperação de valores públicos fosse, de fato, efetivada. Neste caso, contudo, a recompensa não excederá 10% do montante recuperado¹³⁹².

Se o *relator* for partícipe da fraude¹³⁹³, o prêmio, embora permaneça devido, pode ser diminuído a critério da Corte, dependendo do seu grau de envolvimento (planejamento ou ter dado início à violação). Contudo, a recompensa será afastada quando o *relator* já tiver sido condenado criminalmente pelos mesmos fatos, sem prejuízo do seguimento da ação sob controle do governo¹³⁹⁴.

¹³⁹⁰ Note-se que a *qui tam* pode prover informação que dê azo a uma ação penal. Neste caso, o relator não pode intervir na demanda criminal, nem receber qualquer participação no que nela for arrecadado. Isto aconteceu em *United States v. Wegeler*, 941 F.3d 665 (3d Cir. Oct. 28, 2019). O 3º Circuito de Apelação apreciou uma ação penal, originada de informações colhidas em *qui tam* proposta por ex-empregada contra o ex-empregador, na qual alegava submissão de cobranças indevidas ao governo por serviços educacionais que não haviam sido efetivamente prestados. A Corte entendeu que, segundo a Constituição, nenhum cidadão tem um interesse processual reconhecido de processar outra pessoa criminalmente; e que o FCA só autoriza partes privadas a intervir em ações cíveis em nome do governo. Deste modo, na ação penal, em que foram recolhidas indenizações financeiras decorrentes de evasão fiscal (tema não autorizado para uma *qui tam*), fora negada tanto a intervenção da ex-empregada, quanto qualquer participação nos valores arrecadados na causa penal. False Claims Act/Qui Tam Actions. **Business Torts Reporter**, v. 32, n. 3, p. 66–67, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=141087344&lang=pt-br&site=eds-live&scope=site>. Acesso em: 21/01/2021.

¹³⁹¹ “In order to maintain incentive to cooperate with the Government in False Claims Act cases generally, the maximum recovery is reserved for those cases in which the relators actively and uniquely aid the Government in the case sub judice”. U.S. v. Covington Technologies Co. United States District Court, C.D. California. October 21, 1991.

¹³⁹² 31 U.S.C. 3730(d)(1)(2).

¹³⁹³ Como alerta a doutrina, dificilmente o denunciante tem as “mãos limpas”, é dizer, no mais das vezes conhece da fraude por nela estar envolvido. Neste contexto, seguir com uma *qui tam* envolve grandes riscos, pois além das barreiras que podem impedir ou reduzir o prêmio, não há nenhuma garantia de imunidade ao *relator* por crimes que tenha cometido ou contra ação de indenização que possa vir a responder. VOGEL, Robert L. **11th National Institute on the Civil False Claims Act and Qui Tam Enforcement**. Chicago, American Bar Association, p. K-2.

¹³⁹⁴ 31 U.S.C. 3730(d)(3).

Consoante lição de COSTA e SILVA, a relevância da informação e o papel mais ativo do relator são fundamentais na definição de sua recompensa¹³⁹⁵:

“Esse sistema de incentivos, portanto, baseia-se em duas premissas: a) a informação apresentada deve ser útil e relevante - quanto maior a relevância da informação para a demanda, maior será o percentual concedido ao particular; b) a participação do relator - dependendo das circunstâncias apresentadas, o percentual para o prêmio será maior ou menor. Este critério é extremamente relevante, sobretudo, na presença de múltiplos relatores com informações diferentes e participações diferenciadas para a determinação do percentual que deverá ser dirigido a cada qual (observando-se, contudo, a regra do “first file comes first” considerando múltiplos relatores com informações idênticas)”.

Sob enfoque do montante recuperado com as *qui tams*, a participação do governo na ação promovida pelos particulares é decisiva. Quando ocorre, gera retorno financeiro em 90% dos casos¹³⁹⁶; e tem implicado em recuperação de ativos em montante muito superior ao recuperado em processos conduzidos unicamente pelos autores privados¹³⁹⁷:

¹³⁹⁵ COSTA, Suzana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coordenadores). **Improbidade Administrativa**. Brasília, Ministério da Justiça, Universidade de São Paulo, Série Pensando o Direito, 2010, p. 32.

¹³⁹⁶ “*The top stack shows that intervened cases have generated recoveries a whopping 90% of the time, with declined cases failing to achieve recoveries at the same overwhelming rate. [...] The top stack shows that intervened cases have generated recoveries a whopping 90% of the time, with declined cases failing to achieve recoveries at the same overwhelming rate*”. ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, pp. 1689-1756, 2013, p. 1720 e 1722.

¹³⁹⁷ BERG & ANDROPHY. **Qui Tam Statistics: False Claims Act Statistics Since 1988**. Disponível em: <https://www.bafirm.com/practice-areas/qui-tam-litigation/statistics/>. Acesso em: 22/09/2020.

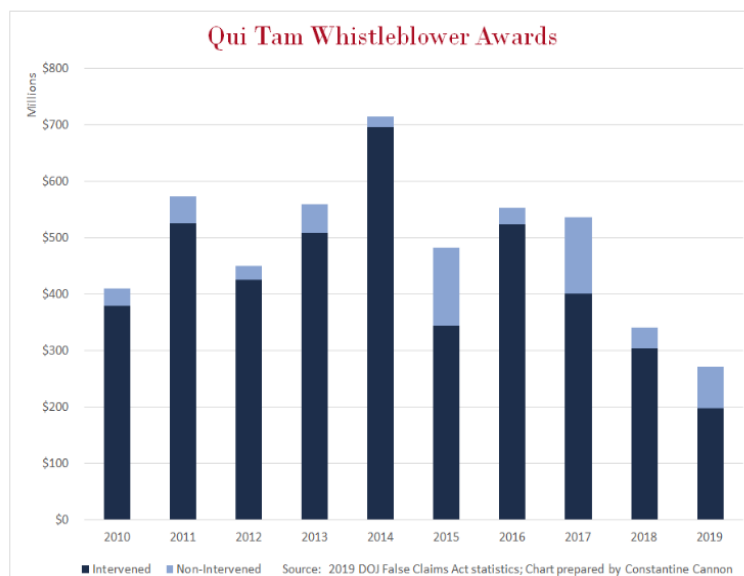
Qui Tam Cases Filed	Total Recovered Where DOJ Intervened	Total Recovered Where DOJ Declined
1988	43	\$2.3 million
1989	88	\$15.1 million
1990	75	\$40 million
1991	84	\$70 million
1992	114	\$134 million
1993	138	\$171 million
1994	219	\$380 million
1995	269	\$245 million
1996	344	\$125 million
1997	547	\$623 million
1998	467	\$435 million
1999	493	\$454 million
2000	364	\$1.2 billion
2001	311	\$1.2 billion
2002	318	\$1.1 billion
2003	335	\$1.4 billion
2004	430	\$557 million
2005	406	\$1.1 billion
2006	384	\$1.4 billion
2007	364	\$1.3 billion
2008	375	\$1 billion
2009	433	\$1.9 billion
2010	574	\$2.3 billion
2011	635	\$2.6 billion
2012	652	\$3.2 billion
2013	753	\$2.8 billion
2014	717	\$4.4 billion
2015	640	\$1.9 billion
2016	708	\$2.9 billion
2017	681	\$2.5 billion
2018	646	\$2 billion
2019	636	\$1.9 billion
TOTALS	13,272	\$41.8 billion

24 - Elaborado por BERG & ANDROPHY

Como consequência da intervenção estatal, as recompensas recolhidas pelos *relators* têm sido muito maiores¹³⁹⁸, de modo que esta intervenção tem se revelado atrativa para os *private Attorney Generals*¹³⁹⁹, como elucida o quadro a seguir¹⁴⁰⁰:

¹³⁹⁹ “It is true that the False Claims Act is most effective when the government is alerted to fraud and works with relators to prosecute the offenders and recover lost funds”. BROWN, Curtis. Who Needs to Know? The Seventh Circuit Accepts Information Sent to Government as Publicly Disclosed in Cause of Action v. Chicago Transit Authority. **Boston College Law Review**, vol. 58, Issue 6, Article 17, 2017, p. 242. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol58/iss6/17>. Acesso em 30/06/2020.

¹⁴⁰⁰ Levantamento realizado por CONSTANTINE / CANNON. **DOJ 2019 Fraud Statistics Tell Story of the Critical Role of Whistleblowers**. Disponível em: <https://constantinecannon.com/2020/01/13/doj-2019-fraud-statistics-critical-role-of-whistleblowers/>. Acesso em: 01/09/2020.



25 - Elaborado por Constantine / Cannon

Outro incentivo, este de caráter não pecuniário, à propositura de *qui tams* é a proteção garantida ao informante pelo FCA, baseada no reconhecimento de que o *relator* frequentemente arrisca tudo quando propõe um *false claim case*¹⁴⁰¹. Os denunciantes¹⁴⁰², sejam empregados, contratantes e agentes que mantenham relações com o violador do estatuto, estão resguardados de retaliações por comunicarem o ilícito às autoridades.

Nesta senda, se o denunciante for sujeito a alguma reprimenda em suas relações trabalhistas por ter colaborado com o Estado, seu empregador ou contratante pode ser condenado a pagar o dobro dos danos causados, além de honorários

¹⁴⁰¹ PETTY, Aaron R. How Qui Tam Actions Could Fight Public Corruption. **University of Michigan Journal of Law Reform**, v. 39, Issue 4, 2006, p. 873.

¹⁴⁰² No Brasil, há diferenças entre a figura do *Whistleblower* e do delator (que celebra colaboração premiada). O primeiro, é visto como alguém externo ao grupo criminoso, mas detentor de informações relevantes, úteis ao Estado. Já o delator incrimina outro participante do grupo criminoso que ele mesmo integra, o fazendo em busca de atenuação de sua situação criminal. Neste sentido: OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. **A URGÊNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO WHISTLEBLOWING NO BRASIL**. Brasília: Senado Federal, Textos para Discussão, nº. 175, Mai/2015, p. 6. Na mesma linha: “o ‘reportante do bem’, em face da normativa generalista brasileira, deve ser entendido como qualquer pessoa que, não estando envolvido na prática ilícita, resolva prestar informações de interesse público a esse respeito”. MACHADO, Leonardo Marcondes. O whistleblower (“informante do bem”) na investigação criminal brasileira. **Revista Consultor Jurídico**, 09/06/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-09/academia-policia-whistleblower-informante-bem-investigacao-criminal-brasileira#sdfootnote1anc>. Acesso em: 01/09/2020. Já no desenho do False Claims Act, esta distinção não é tão relevante. Integrantes do grupo delinvente são admitidos como *relators*, mas o grau de participação na fraude será determinante do seu direito à recompensa e de sua extensão.

advocatícios e custos processuais¹⁴⁰³. Ainda, qualquer medida necessária para cessar ou impedir a ameaça ou danos ao colaborador pode ser decretada pelo Judiciário¹⁴⁰⁴.

Trata-se de uma proteção ampla, pois “o FCA protege o empregado que for demitido, demovido, suspenso, ameaçado, assediado ou de qualquer forma discriminado contra os termos e condições de emprego por seu empregador”¹⁴⁰⁵, por ter de alguma maneira colaborado com a elucidação do esquema via propositura de uma *qui tam*.

Mais recentemente, se passou a debater sobre a possibilidade de, mediante contrato, o empregador limitar a prerrogativa dos empregados de informar as autoridades sobre ilícitos corporativos de que tenham ciência.

Em caso influenciado pelas então novas disposições da *Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010 (Dodd–Frank)*, que reforçou a posição dos *Whistleblowers*, garantindo, entre outras medidas, legitimidade ativa para ações judiciais em Cortes federais contra retaliações por parte dos empregadores, a *Securities and Exchange Commission (SEC)* puniu empresa que fez com que empregados e ex-empregados firmassem termos de confidencialidade obstativos do repasse de informações às autoridades.

No procedimento instaurado, se verificou que a empresa KBR, com atuação global em tecnologia e engenharia, fez os trabalhadores assinar termos se obrigando a obter prévio consentimento da empresa antes de discutir assuntos internos da corporação com “partes externas”.

Embora tais contratos não tenham tido efetiva aplicação em situações concretas, a SEC entendeu que sua mera existência, com a linguagem ambígua que lhe caracterizava, era suficiente para configurar violação aos dispositivos de proteção do informante previstos na Lei *Dodd–Frank*. Com base nesta violação, a agência e a corporação fecharam acordo, em que esta foi penalizada com uma multa de U\$ 130

¹⁴⁰³ DOYLE, Charles. **Qui Tam**: The False Claims Act and Related Federal Statutes. Congressional Research Service. Edição do Kindle, p. 556.

¹⁴⁰⁴ U.S.C 31 §3730(h).

¹⁴⁰⁵ COSTA, Suzana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coordenadores). **Improbidade Administrativa**. Brasília, Ministério da Justiça, Universidade de São Paulo, Série Pensando o Direito, 2010, p. 33.

mil, o que foi considerado um grande avanço na luta por conformidade e transparência corporativas¹⁴⁰⁶.

Outro expediente que tem se tornado usual consiste na adoção pelas empresas que dispensam empregados de uma cláusula geral de liberação contra ações, impedindo os dispensados de litigar contra o ex-empregador. A cláusula é estabelecida no acerto final da relação de trabalho, como uma das condições para recebimento da indenização devida ao trabalhador. Majoritariamente, as Cortes não têm concedido eficácia a tais avenças, entendendo que contrariam a política pública estabelecida no FCA¹⁴⁰⁷. Além disso, tais restrições colidem com *Consolidated and Further Continuing Appropriations Act*, de 2015, que proíbe o governo de celebrar negócios com companhias que impeçam seus empregados de notificar fraudes.

Noutro plano, é importante frisar que a prerrogativa de ajuizar uma *qui tam* está sujeita ao prazo prescricional de 6 anos a contar do fato, ou 3 anos após a descoberta do fato ou de quando era razoável supor que fosse conhecido, mas, em todo caso, sempre limitado ao máximo de 10 anos da data da ocorrência do ilícito¹⁴⁰⁸.

Em relação ao governo, a prescrição se tem por interrompida com o ajuizamento da ação pelo *relator*. Assim, caso a intervenção do governo se dê posteriormente ao prazo geral de 6 anos, mas a ação tenha sido proposta dentro do prazo pelo relator, não se reconhecerá prescrita a possibilidade de intervenção governamental¹⁴⁰⁹.

Quanto ao *standart* probatório exigível na *qui tam*, por ser uma ação de natureza cível, a força da prova exigível é o da preponderância de evidência, consoante 31 U.S.C. 3731(d), o que já foi reafirmado em *United States ex rel. Sikkenga v. Regence Blue Cross Blue Shield*, pelo 10º Circuito em 2006¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁶ PACELLA, Jennifer M. **Silencing Whistleblowers by Contract**. *American Business Law Journal*, v. 55, Issue 2, 261–313, Summer 2018, p. 263.

¹⁴⁰⁷ “The public policy behind allowing to important because it allows the pursue *qui tam* suits unilaterally very government to preserve resources while still recovering funds lost due to fraud”. HESCH, Joel D. General Releases in Employment Contracts Cannot Bar Employees from Filing Or Participating in Qui Tam Cases under the False Claims Act. *American Journal of Trial Advocacy*, v. 44, n. 1, pp. 35-66, Fall 2020, p. 37.

¹⁴⁰⁸ 31 U.S.C. 3731(b).

¹⁴⁰⁹ 31 U.S.C. 3730(b).

¹⁴¹⁰ DOYLE, Charles. **Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes**. Congressional Research Service. Edição do Kindle, p. 642.

O FCA tem tido sua constitucionalidade frequentemente desafiada nas Cortes estadunidenses, normalmente, pelo menos no que diz com decisões dos Circuitos Federais de Apelação nas últimas décadas, recebendo interpretações que reforçam sua aplicação.

Uma indagação importante diz com a necessidade de assegurar aos réus de uma *qui tam* as mesmas garantias de um acusado em ação penal¹⁴¹¹. Este tema vem sendo superado, ante à elementar conclusão de que, sendo a *qui tam* um procedimento de natureza cível, as cláusulas da VI Emenda não se lhe aplicam, pois exclusivas ao processo penal.

Contudo, tendo em vista o caráter punitivo da ação, as Cortes têm sido criteriosas com a avaliação da proporcionalidade da punição infligida, que deve ser correlata à magnitude do dano, em homenagem à VIII Emenda (*excessive fines clause analysis*).

Os críticos das *qui tams* também apontam sua inconstitucionalidade em autorizar pessoas privadas a agir em nome do Estado, já que isto violaria a cláusula de Separação de Poderes. Segundo sustentam, apenas o Poder Executivo teria “autoridade executiva” (*executive authority*) para garantir a correta aplicação das leis, de modo que a atuação particular neste campo lesionaria as prerrogativas do governo. Esta arguição, contudo, vem sendo afastada pela Suprema Corte (desde *Morrison v. Olson*)¹⁴¹², sob a compreensão de que o Executivo, embora não inicie a ação, sobre ela mantém severo controle, sendo o protagonista da causa quando intervém; além de não ser compelido a cumprir nenhum papel ativo quando não o deseje, já que sempre remanesce a opção de não intervir na ação¹⁴¹³⁻¹⁴¹⁴.

¹⁴¹¹ “the right to counsel; to call and confront witnesses; to informed of the nature of the charges against him; to trial in the place where the offense occurred; and to a speedy and public trial before an impartial jury” (Doyle, Charles. **Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes**. Congressional Research Service. Edição do Kindle, p. 743).

¹⁴¹² 487 US 654 (1988).

¹⁴¹³ CAMINKER, Evan. The Constitutionality of Qui Tam Actions. **The Yale Law Journal**, v. 99, n. 2, Nov./1989, p. 358.

¹⁴¹⁴ “the standard in separation of powers cases was whether or not the challenged legislation gives the executive sufficient, but not exclusive, control to ensure that the President is able to perform his [her] constitutionally assigned duties.” HELMER JR., James B.; NEFF JR., Robert Clark. War Stories: A History of the Qui Tam Provisions of the False Claims Act, the 1986 Amendments to the False Claims Act, and Their Application in the United States ex re. *Gravitt v. General Electric Co. Litigation*, **OHIO N.U. Law Review**, v. 18, n. 35, 1991.

Também se diz que a *qui tam* viola a *Appointments Clause*¹⁴¹⁵, prerrogativa em que está investido o Executivo para nomear seus oficiais e representantes. Neste ponto, desde o julgamento de *Morrison v. Olson*, marco jurisprudencial da constitucionalidade das *qui tams*, tem se entendido que além de não violar a *Appointments Clause*, o mecanismo não viola a Separação de Poderes nem o Artigo III da Constituição (em relação ao qual se alegava violação pela generalização de hipóteses passíveis de revisão judicial)¹⁴¹⁶. Conforme compreensão exarada pelo Quinto Circuito, o governo mantém estrito controle sobre a ação, quando intervém. E mesmo quando não o faz, as disposições processuais do FCA deixam a ação sob razoável controle estatal¹⁴¹⁷.

Na verdade, ao invés de ferir a autoridade executiva, as *qui tam actions* são meio que encorajam cidadãos (*private soldiers*) a ajudar o Poder Executivo na sua função de assegurar a aplicação da lei¹⁴¹⁸.

Outra discussão de índole constitucional diz com a legitimidade (*standing*¹⁴¹⁹⁻¹⁴²⁰) do autor privado para defender em juízo um interesse do governo dos Estados

¹⁴¹⁵ “[The President] shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the Supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law: but the Congress may by Law vest the Appointment of such inferior Officers, as they think proper, in the President alone, in the Courts of Law, or in the Heads of Departments.” UNITED STATES. **Constitucion**, Art. II, § 2, cl. 2.

¹⁴¹⁶ UNITED STATES. Supreme Court of the United States. **Morrison v. Olson**, June 29, 1988. 487 U.S. 654.

¹⁴¹⁷ UNITED STATES. **Riley v. St. Luke's Episcopal Hosp.** United States Court of Appeals, Fifth Circuit. May 25, 2001. 252 F.3d 749.

¹⁴¹⁸ “From Congress' perspective, qui tam statutes and the more familiar citizens' suit provisions serve the same purpose: Both are designed to encourage private citizens to help the executive branch deter and redress violations of Federal law”. CAMINKER, Evan. The Constitutionality of Qui Tam Actions. **Yale Law Journal**, 99, n. 2, p. 341-388, Nov./ 1989, p. 344.

¹⁴¹⁹ “Standing requires: (1) a concrete injury to the plaintiff's interest, (2) attributable to the defendant, (3) and amenable to judicial relief”. DOYLE, Charles. Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes . Congressional Research Service. Edição do Kindle, p. 900

¹⁴²⁰ As discussões acerca do *standing* se intensificaram quando a Suprema Corte, em *Lujan v. Defenders of Wildlife* [112 S. Ct. 2130 (1992)], passou a restringir a legitimidade de cidadãos para agir quando invocasse uma falta ou falha de regulação estatal. Como escreveu o Judge SCALIA, relator da decisão, quando se litiga diante de uma lesão sofrida pelo próprio autor, não se levantam maiores questões, mas quando “a plaintiff's asserted injury arises from the government's allegedly unlawful regulation (or lack of regulation) of someone else, much more is needed”. SUNSTEIN foi desde logo um voraz crítico deste julgado, demonstrando que “early English and American practices give no support to the view that the Constitution limits Congress' power to create standing” e que “In Article III, the general principle is that a case cannot exist unless some source of law creates a cause of action” (SUNSTEIN, Cass R. What's Standing after Lujan-Of Citizen Suits, Injuries, and Article III. **Michigan Law Review**, v. 91, n. 2, pp 163-236, Nov./1992, p. 176), o que é conferido pelo FCA em relação às *qui tam actions*. De modo geral, as Cortes têm temperado o julgado em *Lujan*, sendo receptivas às *qui tams*.

Unidos¹⁴²¹. A regra geral, segundo a interpretação da Suprema Corte sobre o Artigo III, § 2º da Constituição, diz que “a admissibilidade da demanda requer a existência de lesão concreta a interesse legalmente protegido, o nexos causal entre a lesão e a conduta do réu e a presença de indícios de prolação de decisão favorável ao autor”¹⁴²².

Nesta perspectiva, o *standing* dos autores privados tem sido sufragado pelas Cortes¹⁴²³, sob compreensão de que é lícito ao Congresso, mediante ato legal expresso, ampliar o rol de legitimados a defender os interesses do governo em juízo¹⁴²⁴, uma vez que é da natureza da função legislativa definir e assegurar o interesse público e os meios de fazê-lo¹⁴²⁵.

Em *Vermont Agency of Natural Resources v. United States ex rel. Stevens*¹⁴²⁶, a Suprema Corte admitiu uma *qui tam* que versava sobre a submissão de pedido de pagamento fraudulento em desfavor da agência pública de proteção ambiental. A Corte reconheceu que o *relator* não tinha sofrido nenhum dano direto, mas, mesmo assim, reconheceu que o Artigo III da Constituição dava legitimidade ao pleito, pois o

¹⁴²¹ O *standing* (interesse ou legitimidade para deduzir em juízo), tem uma razão política essencial no federalismo estadunidense, a de evitar entrechoques diretos entra a União e estados federados que possam violar a lei federal ou a Constituição do país. Como explica TOCQUEVILLE: “Os americanos pensaram ser quase impossível que uma nova lei não lesasse em sua execução algum interesse particular. É nesse interesse particular que os autores da constituição federal se baseiam para atacar a medida legislativa de que a União pode ter a se queixar. É a ele que oferecem um abrigo. Um Estado vende terras a uma companhia; um ano depois, uma nova lei dispõe de outro modo das mesmas terras, violando assim aquele dispositivo da constituição que proíbe mudarem-se os direitos adquiridos em virtude de um contrato. Quando aquele que comprou em virtude da nova lei se apresenta para tomar posse, o possuidor, cujos direitos provêm da antiga lei, aciona-o diante dos tribunais da União e pede que o título do outro seja declarado nulo. Assim, na realidade, a justiça federal se vê às voltas com a soberania do Estado, mas ela só o ataca indiretamente e com base numa aplicação de detalhe. Ela atinge assim a lei em suas conseqüências, não em seu princípio; não a destrói, tira-lhe a força”. TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América: Leis e Costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 167.

¹⁴²² SOUZA, Teresa Cristina. **Recuperação de Valores Devidos ao Erário no Direito Norte-Americano: qui tam action e false claims act**. Brasília: Escola da AGU. 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course, volume 1, 2012, p. 304.

¹⁴²³ SOUZA, Teresa Cristina. **Recuperação de Valores Devidos ao Erário no Direito Norte-Americano: qui tam action e false claims act**. Brasília: Escola da AGU. 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course, volume 1, 2012, p. 305.

¹⁴²⁴ Os *relators* são vistos como alguém que além de defender o próprio interesse em juízo, são investidos pelo Congresso da tarefa de representar o interesse público. CAMINKER, Evan. The Constitutionality of Qui Tam Actions. **The Yale Law Journal**, v. 99, n. 2, Nov./1989, p. 347.

¹⁴²⁵ CAMINKER, Evan. The Constitutionality of Qui Tam Actions. **The Yale Law Journal**, v. 99, n. 2, Nov./1989, p. 348.

¹⁴²⁶ UNITED STATES. Supreme Court. (98-1828) 529 U.S. 765 (2000).

FCA concedia uma parcial delegação ao autor para agir em nome do Estado¹⁴²⁷. Na essência, o caso estabeleceu a *partial assignmente theory*¹⁴²⁸, em que o *relator* não é visto como um cidadão comum, mas um ‘quase empregado’ do governo¹⁴²⁹, o que, nas circunstâncias de uma *qui tam*, o legitima para agir judicialmente em nome do Estado¹⁴³⁰.

Além disso, se assentou a compreensão, hoje predominante, de que o autor privado tem um interesse próprio em jogo, qual seja a recompensa por ele visada, o que, *per se*, traduz um interesse direto na causa¹⁴³¹.

Mais recentemente, como parte de movimento visto como restritivo às *qui tam*, a Suprema Corte definiu que o *relator* deve demonstrar possuir “*inside information*”¹⁴³² para qualificar-se como tal, de modo a sinalizar que apenas pessoas com vínculos junto à organização processada poderiam propor a ação. Afastam-se, portanto, indivíduos que obtenham informações de fraude através da *Freedom of Information Act* (FOIA)¹⁴³³. Esta orientação da Corte Suprema taz preocupações, já que os

¹⁴²⁷ BECK, Randy. Promoting Executive Accountability Through Qui Tam Legislation. **Chapman Law Review**. v. 21, Iss. 1. Art. 4, p. 46. Disponível em: <https://digitalcommons.chapman.edu/chapman-law-review/vol21/iss1/4>. Acesso em: 03/09/2020.

¹⁴²⁸ Em oposição a Teoria da Agência, em que o *relator* seria visto como uma espécie de membro do governo, um agente subordinado ao procurador-geral. Em Vermont, a Suprema Corte, ao acolher a Teoria do *Assignment* em lugar da Teoria da Agência, declarou que a última é incompatível com o texto expresso do FCA, o qual estabelece que o *relator* continua legitimado para a causa mesmo quando o governo a ela se oponha ou decline de intervir, tendo poder, inclusive, para desafiar o pedido de rejeição formulado pelo Estado ou mesmo a oposição que este oponha ao acordo entre particular e réu. GILLES, Myriam; FRIEDMANN, Gary. The New Qui Tam: A Model for the Enforcement of Group Rights in a Hostile Era. **Texas Law Review**, v. 98, 2020, p. 522.

¹⁴²⁹ MAHONEY, Joshua Patrick. **Qui Tam Relators, the First Amendment, and the False Claims Act**. University of Chicago Legal Forum: Vol. 2012: Iss. 1, Article 13, p. 301. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol2012/iss1/13>. Acesso em 11/12/2020.

¹⁴³⁰ Na doutrina se encontram posições mais elásticas, para além de ser o relator um mero preposto estatal, reconhecendo-lhe um pessoal interesse na causa: “*private attorneys general vindicate important societal interests as well as their own private concerns*” - FISS, Owen M. Against Settlement. **The Yale Law Journal**, v. 93, n. 6, p. 1073-1090, May/1964, p. 1080. Não obstante, é pela *partial assignmente theory* que, na prática, embasa a legitimidade ativa desfrutada pelo autor privado.

¹⁴³¹ “*Congress has decided that qui tam plaintiffs’ possession of otherwise publicly unattainable information about false claims practices makes them sufficiently (indeed uniquely) qualified to bring suit and their pecuniary interest in enforcement makes them sufficiently zealous to allow them to litigate (through private attorneys) on behalf of the United States*”. CAMINKER, Evan. The Constitutionality of Qui Tam Actions. **The Yale Law Journal**, v. 99, n. 2, Nov./1989, p. 378.

¹⁴³² UNITED STATES. Supreme Court. **Rockwell Int’l Corp. v. United States**, 549 U.S. 457, 471, 475-76 (2007).

¹⁴³³ UNITED STATES. Supreme Court. **Schindler Elevator Corp. v. United States ex rel. Kirk**, 131 S. Ct. 1885, 1893 (2011).

“outsider cases, defined as a case in which all relators are an outsider as to all defendants, account for one quarter of qui tam actions”¹⁴³⁴.

4.4.3 A importância da *qui tam* para o respeito à ordem jurídica

As *qui tam* têm tido ampla utilização desde a edição do FCA, em 1863. Após um período de excessiva litigiosidade, permeada pela busca do lucro rápido, o instituto foi restringido na década de 1940, quando perdeu grande parte de sua eficácia. Com as emendas de 1986, houve revigoramento das *qui tam*, ao que se seguiu incremento expressivo no número de ações e nos valores ressarcidos ao Estado¹⁴³⁵.

A doutrina destaca o sucesso das *qui tam* como ferramenta de governança, atribuindo-o a duas características primordiais: a facilidade de disseminação de informações de *insiders* sobre fraudes contra o governo; e o poder que a ação tem para suplementar os sobrecarregados recursos estatais de enfrentamento à corrupção¹⁴³⁶.

Mesmo assim, conquanto inegável a importância das *qui tam* para desvendar fraudes que, de outro modo, dificilmente seriam descobertas e esclarecidas¹⁴³⁷, o valor das recompensas pagas aos *relators* é tema de grande atenção nos Estados Unidos.

¹⁴³⁴ ENGSTROM, David Freeman. Harnessing the Private Attorney General: Evidence from Qui Tam Litigation. **Columbia Law Review**, v. 112, n. 6, p. 1244-1325, Oct./2012, p. 1294.

¹⁴³⁵ “The number of qui tam suits has risen dramatically since the amendment, from 32 suits in 1987, to 533 in 1997, to 672 in 2020” (DAY, Brittany N. A Modest Proposal: Leveraging Private Enforcement Mechanisms and the Bayh-Dole Act to Reduce Drug Prices in the U.S. Healthcare Industry. **Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy**, v. 17, pp. 185-210, 2022, p. 198). Outro estudo aponta para o mesmo desfecho: “[...] qui tam litigation has grown rapidly since the FCA’s revival, rising from 30 lawsuits in 1987 to more than 600 per year in 2011 and 2012. Monetary recoveries have grown just as quickly, from negligible amounts at the dawn of the regime to a whopping \$3.4 billion in 2012, a sum that rivals or exceeds private litigation efforts in the antitrust and securities areas.”(ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, pp. 1689-1756, 2013, p. 1708).

¹⁴³⁶ PACINI, Carl; QIU, Li Hui; SINASON, David. Qui Tam Actions: Fighting Fraud against the Government. **Journal of Financial Crime**, vol. 14, no. 1, pp. 64-78, 2007, p. 65.

¹⁴³⁷ “Outra característica marcante da corrupção é ser um fenômeno fugidio, difícil de ser identificado. Isso porque, por ser crime, seu sucesso — medido pela possibilidade de seus autores usufruírem e permanecerem com os recursos obtidos pelo crime e não serem identificados e punidos — depende da manutenção do sigilo entre os parceiros e do esforço para apagar o maior número possível de rastros e provas. Essa é a origem do argumento mais utilizado pelos acusados de corrupção, o mantra da “falta de provas”: claro, foram todas diligente e racionalmente evitadas ou eliminadas ao longo do processo de planejamento e execução do crime”. PINOTTI, Maria Cristina. **Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas**. Portfolio-Penguin. Edição do Kindle, p. 369.

Se por um lado o prêmio financeiro é visto como economicamente eficiente, pois aumenta o poder de enfrentamento de ilícitos a baixo custo, há, de outro lado, questionamentos quanto à eventuais abusos, no sentido de incentivar uma litigância profissional e gananciosa, do tipo ‘caçadora de recompensas’, distanciada de valores éticos e maior seriedade na apresentação de casos ao Judiciário.

Refletindo sobre a necessidade de estabelecer equilíbrio nas recompensas pagas, BECK sustenta que os critérios legislativos devem ser fixados em ordem de evitar abusos, seja baixando os limites máximos de recompensa previstos (hoje de 25% ou 30%), o que faria com que apenas litigantes orientados pelo interesse público apresentassem essas ações; ou estabelecendo um valor limite por pessoa, a fim de evitar que indivíduos se tornem informantes profissionais¹⁴³⁸.

Contudo, a preocupação com os ‘caçadores de recompensa’, embora importante, carece de maior utilidade prática, pois não é crível que determinados indivíduos tenham meios para desvendar múltiplos ilícitos, praticados em tempo e espaços distintos. Aliás, com o estabelecimento da *public disclosure bar*, que veda ações sustentadas em informações já públicas, este receio se esvaziou ainda mais.

Assim, óbices rigorosos à colaboração privada, além de não justificados concretamente, negaria a própria lógica fundante das *qui tam*, qual seja obter informação de quem é *insider* do grupo delinquente; e estaria partindo de uma inferência equivocada, pressupondo que determinados agentes privados seriam detentores de poder persecutório superior ao do próprio Estado, conclusão esta não sustentada por nenhum elemento concreto.

Além disso, e mais importante, não se pode desconsiderar que eventual decréscimo das recompensas devidas aos *relators* representaria estímulo negativo à propositura de novas *qui tam*, a se refletir na diminuição da descoberta de novos ilícitos.

Mesmo que se encampasse a tese dos excessos, a pretensa ‘era dourada’ das *qui tam*, traduzida pela proliferação excessiva de ações, muitas delas frívolas, teria

¹⁴³⁸ “Perhaps Congress could make *qui tam* bounties very low, so that such litigation would only be pursued by public interest firms motivated by considerations other than profit. Perhaps the legislation could place a cap on the amount a person could earn under a *qui tam* statute, preventing individuals from becoming professional informers” (BECK, Randy. **Promoting Executive Accountability Through Qui Tam Legislation.** *Chapman Law Review.* v. 21, Iss. 1. Art. 4, p. 54. Disponível em: <https://digitalcommons.chapman.edu/chapman-law-review/vol21/iss1/4>. Acesso em: 03/09/2020.

visto seu ápice em 2014, quando as recompensas pagas atingiram cifras excepcionais. Desde então, os valores decresceram e vêm se mantendo em certa estabilidade, a indicar que o tratamento do tema pelo DOJ, AG e Judiciário vem sendo eficaz para evitar abusos e estabelecer uso equilibrado do instrumento.

Neste cenário, o valor a ser pago ao informante, ao fim e ao cabo, é compensatório para o Estado, como bem expõe SOUZA¹⁴³⁹:

Embora ocorra a disposição de parcela do patrimônio público, há que se considerar que tal benesse concedida ao denunciante consiste em medida de incentivo para que novas denúncias sejam feitas, proporcionando-se descoberta de fraudes e recuperação de valores em situações que provavelmente não seriam identificadas e combatidas se adotados os mecanismos tradicionais. Desse modo, revela-se acertada a “parceria” firmada entre o Estado e a sociedade civil, de modo que tal circunstância não pode ser ignorada quando se analisa a possibilidade de instituição semelhante ser acolhida pela legislação brasileira.

Não se pode desconsiderar a relação de custo-efetividade da *qui tam*. Trate-se de meio eficaz para expor ilegalidades com investimento expressivamente baixo por parte do Estado, que além de recuperar ativos de outro modo praticamente inalcançáveis¹⁴⁴⁰, o faz sem precisar aumentar a máquina estatal persecutória, investimento permanente, de longo prazo e retorno incerto.

Neste ponto, deve-se recordar que, para causar efeito dissuasório na ilicitude, não é suficiente a previsão, em tese, de penas elevadas. Mais que penas duras, é a probabilidade maior de ser punido que faz diminuir a incidência de ilícitos. A construção de um Estado capaz de descobrir todos os atos de corrupção é algo caro, o que aumenta o custo social da delinquência. O ponto de equilíbrio (*optimal enforcement*) está em estabelecer meios regulatórios que não sejam extremamente

¹⁴³⁹ SOUZA, Teresa Cristina. **Recuperação de Valores Devidos ao Erário no Direito Norte-Americano: qui tam action e false claims act**. Brasília: Escola da AGU. 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course, volume 1, 2012, p. 311.

¹⁴⁴⁰ “Vale dizer, as instituições legais devem ser construídas seguindo uma ótica de custo-benefício até mesmo quando se trata de assunto tão caro à moral do povo como é o caso da corrupção pública, devendo ser evitados instrumentos cujos custos sejam superiores ao valor fixado às suas conseqüências práticas, repensando, dessa forma, as externalidades próprias do sistema jurídico. Nesse esforço, a proposta do modelo norte-americano é trabalhar com a recompensa aos particulares ao invés de cumular gastos na estrutura pública para tentar alcançar informações que muitas vezes se encontram guardadas a sete chaves entre um grupo de pessoas que, em não vendo razão alguma para quebrar o pacto de corrupção, permanecerão silentes, ou informações conhecidas por terceiros, mas que pelo próprio efeito social do free-riding que assola a gestão da coisa pública, deixarão de atuar com diligência para combater a corrupção perpetrada por inexistência de incentivos”. COSTA, Suzana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coordenadores). **Improbidade Administrativa**. Brasília, Ministério da Justiça, Universidade de São Paulo, Série Pensando o Direito, 2010, p. 35-36.

custosos¹⁴⁴¹ nem sacrifiquem direitos, potencialmente ameaçados por um Estado policial.

Neste passo, a *qui tam* desponta como instrumento essencial para balancear a necessidade de aumentar a chance de descoberta de desvios e sua punição efetiva com as contingências orçamentárias, uma vez que é investimento de baixo custo e que não compromete o orçamento público de forma permanente. A *qui tam*, então, sob aspecto prático, tem o efeito de tornar a corrupção mais custosa que sua prevenção¹⁴⁴².

Assim, é uma arma importante para se somar ao arsenal estatal de combate aos desvios de recursos públicos, sobretudo em países já acossados por corrupção alta e orçamento limitado^{1443,1444}.

No caso particular do Brasil, não há ferramenta equivalente¹⁴⁴⁵, conquanto não seja estranha a concessão de legitimidade ativa à sociedade organizada (associações, Lei 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública) e ao cidadão (Lei 4.717/65, Lei

¹⁴⁴¹ “Further, studies have found that harsher penalties do not necessarily lead to higher deterrence, whereas an increase in the certainty of punishment could achieve a higher deterrent effect. It is also important to remember that an increase in the probability of apprehension and conviction raises the cost of law enforcement, which in turn raises the social cost of crimes. Thus, to attain optimal enforcement, the cost of regulatory measures should not be excessive”. KIM, Sang Beck. Dangling the Carrot, Sharpening the Stick: How an Amnesty Program and Qui Tam Actions Could Strengthen Korea’s Anti-Corruption Efforts. **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 36, n. 1, p. 235-265, 2016, p. 248.

¹⁴⁴² PETTY, Aaron R. How Qui Tam Actions Could Fight Public Corruption. **University of Michigan Journal of Law Reform**, v. 39, Issue 4, 2006, p. 876.

¹⁴⁴³ Conceder incentivos para que corporações reportem ilícitos praticados no seu ambiente economiza dinheiro e esforços que, de outro modo, haveriam de ser aplicados em identificar violadores da lei. Neste sentido: KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Optimal Law Enforcement with Self-Reporting of Behavior. **Journal of Political and Economy**, v. 102, n. 3, 1994, p. 583-584.

¹⁴⁴⁴ A limitação orçamentária não é uma característica restrita aos países menos desenvolvidos. Pelo contrário, todas as nações experimentam algum grau de limitação orçamentária, que acaba se refletindo em um *enforcement* não ideal de suas leis. Como escrevem LANDES e POSNER, com os olhos no caso estadunidense, não mais rica do mundo, “public agency could in principle enforce all of the laws entrusted to its administration. But in practice it cannot, given the budget constraint mentioned earlier” (LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Private Enforcement of Law. **Journal of Legal Studies**, v. 4, n. 1, pp. 1-46, Jan./1975, p. 39). Deste modo, sempre será inevitável algum grau de colaboração privada (*private enforcement*) na descoberta e responsabilização por ilícitos. A única divergência é quanto ao grau em que esta colaboração será franqueada.

¹⁴⁴⁵ O Projeto de Lei 76 de 2019, de iniciativa do Deputado Federal Rodrigo Agostinho, propõe aproximar a Ação Popular ao regime das *qui tam actions*, aliando à legitimidade ativa concedida ao cidadão para ações que visem à anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público o pagamento de “retribuição no percentual de 10% (dez por cento) a 20% (vinte por cento), a ser paga pelo réu”. Contudo, após aprovação na Câmara do Deputados, o projeto está paralisado no Senado Federal desde junho de 2021. Mesmo se aprovado, o projeto, que revela iniciativa alvissareira, não conta com instrumentos tão abrangentes a ponto de incentivar um incremento significativo no *private enforcement*, como melhor se explora no Capítulo 5.

da Ação Popular) para agir em nome do Estado, a fim de reparar lesão que contra este haja sido praticada.

Embora o sistema jurídico nacional seja receptivo à colaboração provada, os meios instituídos, ações civis públicas e populares essencialmente, são discretos nos resultados apresentados, o que se deve, em grande medida, à falta de um incentivo financeiro e de medidas de proteção ao autor privado que o estimulem a enfrentar os desgastes de uma ação judicial e das represálias que podem ocorrer.

A necessidade premente de estabelecer um prêmio financeiro para aquele que age em favor da coletividade¹⁴⁴⁶ foi reconhecida pela Lei 13.964/2019 que, alterando a Lei 13.608/2018 e instituir a figura do “informante do bem”, previu o pagamento de até 5% do valor recuperado pelo Estado em decorrência das informações prestadas pelo *Whistleblower*.

Com este passo, o Estado sinalizou claramente que buscou trazer mais ainda para ‘o seu lado’, a lhe alcançar ajuda no desvendamento de desvios, pessoas não necessariamente envoltas na cadeia ilícita e que dispõem de informações valiosas, agindo incentivadas a relatar os malfeitos às autoridades não só para atenuar as sanções a que estejam sujeitas, como se dá com a colaboração premiada, acordo de leniência e de não persecução civil, examinados no Capítulo 3. Para além disso, são indivíduos que tem potencial de somar esforços à rede pública de aplicação da lei, necessitando, porém, para deixar a inércia típica dos que têm muito a perder, de um estímulo pecuniário e medidas protetivas aptas a compensar os riscos e desgastes trazidos pela colaboração com o poder público.

Portanto, já comprovada a utilidade e economicidade da *qui tam* pelo Direito estadunidense; demonstrado que ao ordenamento jurídico brasileiro não estranha a atribuição de legitimação a particulares para defender interesses do Estado nem a oferta de recompensa a quem colabore com as autoridades; e em face da dinâmica veloz da corrupção e das reconhecidas limitações operacionais dos órgãos de controle

¹⁴⁴⁶ “Portanto, se não houver a determinação de uma gratificação financeira, futura legislação *whistleblowing* no Brasil correrá o risco de se tornar mais uma lei de baixa efetividade social. A necessidade de construção de uma legislação com previsões financeiras, dessa maneira, é imperiosa para que a lei *whistleblowing* no País gere todo o impacto social que ela sabidamente é hábil a gerar”. OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. **A URGÊNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO WHISTLEBLOWING NO BRASIL**. Brasília: Senado Federal, Textos para Discussão, nº. 175, Mai/2015, p. 16.

nacionais¹⁴⁴⁷; é chegado o momento de se dar um passo a mais, para ampliar as possibilidades colaborativas de particulares com o poder público no descobrimento de atos ilícitos, mediante a instituição de instrumento semelhante à *qui tam* na legislação brasileira.

4.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO 4

Do exame feito sobre o FCPA, RICO e FCA, constata-se que pessoas privadas assumem um papel fundamental na aplicação da lei e na persecução de atos de corrupção nos Estados Unidos.

Dos 3 diplomas, ressalta o papel proeminente do *relator* ou *private attorney general*, estabelecido no FCA: se o Estado não tiver tomado a iniciativa de punir fraudes praticadas contra o governo, é conferido a pessoas privadas o poder de fazê-lo, processando em nome e em favor do Estado, através das *qui tam actions*, das quais retirarão recompensa financeira em caso de sucesso.

No RICO também é importante o papel emprestado aos agentes privados, o qual, embora limitado ao plano de responsabilização civil, lhes confere o direito de processar aqueles que incidirem nas violações previstas no diploma, atraídos pela possibilidade de se ressarcirem dos prejuízos sofridos em decorrência da atividade criminosa e, ainda, ganhar uma boa compensação financeira adicional (*treble damages*).

O FCPA, a seu turno, embora não legitime processualmente entes privados para perscrutar as violações nele previstas, se vale essencialmente da colaboração privada para desvendar os ilícitos cometidos, através de programa de *whistleblower* instituído pela SEC e das múltiplas possibilidades de acordo existentes para encerrar investigações nesse tema, tão frequentes que sequer há uma jurisprudência sólida

¹⁴⁴⁷ “A começar pelos órgãos policiais, passando pelo Ministério Público, avançando pelos Tribunais de Contas e culminando com o Poder Judiciário, isso sem olvidar os mecanismos de controle interno afetos a cada estrutura de poder, todos apresentam deficiências orgânicas. Mesmo aquelas unidades que apresentam estrutura mais avançada no âmbito da Federação brasileira não se mostram aptas a superar o volume de casos a serem resolvidos, o que procrastina a sua resolução e, por vezes, os relega ao esquecimento. Não bastasse isso, os instrumentos de investigação, não obstante honrosas exceções, não têm acompanhado o aprimoramento das práticas ilícitas, a cada dia mais refinadas. Nem todos os órgãos dispõem de ferramentas e tecnologia adequadas ao seu objetivo”. GARCIA, Emerson. **Repressão à Corrupção no Brasil: entre realidade e utopia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 10.

formada sobre norma, já que os casos não chegam a ser resolvidos pelo Judiciário (*settlement culture*).

Este quadro demonstra, em primeiro lugar, um reconhecimento das limitações estatais para descobrir a vasta gama de ilícitos cometidos. A isto se segue a constatação de que não adiantaria, e sequer o orçamento do país mais rico do planeta suportaria, ampliar exponencialmente a estrutura burocrática de aplicação da lei, pois há informações que só membros ou pessoas que orbitam em torno do grupo criminoso possuem.

Como decorrência lógica, vem a noção de que muito mais eficiente é incentivar a colaboração privada com o Estado, ofertando uma recompensa financeira ou a atenuação das punições eventualmente aplicáveis, do que investir em novas agências e funcionários, o que implicaria gasto perene, de retorno incerto e com impactos sensíveis nas liberdades civis.

A escolha feita pelo sistema jurídico estadunidense já desde o Século XIX tem se mostrado positiva, já que tem levado à punição de vários violadores de normas anticorrupção, sem acréscimo significativo da estrutura estatal, recuperando grandes somas desviadas do Estado.

Com isto, tem-se por constatado que o Direito estadunidense tem boas ferramentas legais para atacar o fenômeno da corrupção, dentre esas quais se destacam as *qui tam actions*, instrumento efetivo para descoberta de atos de corrupção e para recuperação de valores desviados do Estado, experiência que pode inspirar avanços na ordem jurídica brasileira.

Com isto, tem-se por provada a quarta hipótese levantada nesta tese.

A experiência estadunidense não pode ser desprezada pelo Brasil, país assolado por índices altíssimos de corrupção e com recursos escassos para ampliar sua estrutura de persecução. É esta a reflexão que se propõe no capítulo seguinte.

Capítulo 5

AÇÃO CIVIL ANTICORRUPÇÃO: PROPOSTA DE APERFEIÇOAMENTO

5.1 NECESSIDADE DE AVANÇAR

No Capítulo 1, se examinou a principiologia constitucional que configura o Brasil como Estado Democrático de Direito, assentado em valores republicanos. É-lhe atribuído um papel transformador e progressista, que só pode ser alcançado com respeito a principiologia corolária ao Estado republicano, sobretudo aqueles insertos no art. 37 da Constituição Federal, sem o que não se alcança o emprego adequado do orçamento público, tornando compromissos sociais e liberdades individuais promessas vazias.

O capítulo 2 teve por foco destacar o fenômeno da corrupção, possíveis causas e seus efeitos danosos, com foco centrado no quanto a corrupção tem custado ao Brasil em termos econômicos e sociais, o que emperra o atingimento dos objetivos constitucionais de transformação.

Já no Capítulo 3, as principais ferramentas legais de enfrentamento à corrupção previstas no ordenamento nacional foram analisadas, constatando-se que, embora muito já se tenha avançado, é preciso ir além.

O Capítulo 4 se debruçou na experiência estadunidense de enfrentamento à ilicitude em geral e à corrupção em especial, tarefa em que se vale do concurso de agentes privados para reforçar o respeito à ordem jurídica. Dali resulta a conclusão de que é possível ao Brasil aperfeiçoar seus instrumentos legais anticorrupção com a incorporação de mecanismo inspirado nas *qui tam action*.

Neste Capítulo 5, lança-se a proposta de introdução de ferramenta influenciada pela disciplina e resultados das *qui tam*, conquanto adaptado às realidades nacionais, a *ação civil anticorrupção*. Neste caminho, passa-se a tratar de seus possíveis contornos, vantagens, riscos e adaptações sistêmicas que envolvem tal iniciativa.

5.2 RAZÕES QUE FUNDAMENTAM A AÇÃO CIVIL ANTICORRUPÇÃO

De modo geral, pode-se afirmar que as ações do *microsistema anticorrupção*, especificamente a de improbidade, sobre a qual há mais dados, são importantes meios de combate à corrupção. Embora a tramitação do processo seja longa (no caso da AIA, mais de 4 anos até o primeiro julgamento)¹⁴⁴⁸, pesquisas indicam que a grande parte termina com a condenação dos acusados. Como demonstra levantamento realizado no âmbito do CNJ, cerca de metade das demandas são julgadas procedentes ou parcialmente procedentes¹⁴⁴⁹:

Tabela 15: Distribuição de frequência e porcentagem dos resultados por Tribunal

Objeto	Tribunal						Total
	STJ	TJMT	TJPA	TJRN	TJSP	TRF4	
Improcedente	7 (21,88)	11 (64,71)	2 (66,67)	7 (46,67)	5 (29,41)	30 (65,22)	62 (47,69)
Improcedente, Exclusão de Litisconsorte	0 (0)	0 (0)	0 (0)	2 (13,33)	0 (0)	1 (2,17)	3 (2,31)
Parcialmente Procedente	13 (40,63)	2 (11,76)	0 (0)	5 (33,33)	6 (35,29)	7 (15,22)	33 (25,38)
Parcialmente Procedente, Exclusão de Litisconsorte	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	1 (5,88)	0 (0)	1 (0,77)
Procedente	12 (37,5)	4 (23,53)	1 (33,33)	1 (6,67)	4 (23,53)	8 (17,39)	30 (23,08)
Procedente, Improcedente	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	1 (5,88)	0 (0)	1 (0,77)
Total	32 (100)	17 (100)	3 (100)	15 (100)	17 (100)	46 (100)	130 (100)

Figure 26 - elaborado pelo CNJ

Também o estudo coordenado por COSTA e SILVA corrobora esta conclusão, apontando que 63,8% das ações por improbidade terminam com julgamento de procedência ou parcial procedência¹⁴⁵⁰. Não obstante, os valores recuperados são poucos e, como apontam os pesquisadores, o principal problema no enfrentamento dos atos de improbidade é a dificuldade na obtenção de informações quanto à sua ocorrência.

A LAC, por seu turno, como registrado no Capítulo 3, desperdiçou a chance de incorporar mecanismos de incentivo e proteção ao denunciante, o que, além de

¹⁴⁴⁸ O que coloca o enfrentamento à improbidade administrativa como um dos Macrodesafios do Poder Judiciário, a ser vencido pela *Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026*. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **RESOLUÇÃO nº 325**, DE 29 DE JUNHO DE 2020.

¹⁴⁴⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Lei de improbidade administrativa**: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 47.

¹⁴⁵⁰ COSTA, Suzana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coordenadores). **Improbidade Administrativa**. Brasília, Ministério da Justiça, Universidade de São Paulo, Série Pensando o Direito, 2010, p. 100.

reduzir sua eficácia, pode implicar em efeito colateral indesejável: que os detentores de informações sobre atos de corrupção que impliquem a Administração nacional não tragam a esta suas denúncias, preferindo leva-las para outras jurisdições, por exemplo, ao Governo dos Estados Unidos, através da *Securities and Exchange Commission (SEC)*, que garante até 30% de recompensa ao *whistleblower* e anonimato total ao denunciante estrangeiro¹⁴⁵¹. Neste caso, o Brasil poderia deixar de reaver, em favor de outra jurisdição, senão todo, pelo menos parte considerável do montante desviado, sem contar a perda de autoridade para processar litígios que o afetem diretamente.

A Transparência Internacional – Brasil também demonstra que, embora exista boa legislação anticorrupção e estejam em curso ações bem-sucedidas no combate à corrupção no Brasil, “ainda é necessária maior atuação na identificação e responsabilização de ilícitos por parte do Estado”¹⁴⁵².

O processo de punição de atos corruptos é longo e complexo. Como detalha DA ROS¹⁴⁵³, envolve os seguintes estágios:



A grande dificuldade reside justamente na fase 3 (exposição/detecção). Não adianta, por exemplo, ter uma legislação vanguardista, ou um sistema judiciário de ponta, se os casos não são desvendados. É essencial ter um eficiente sistema de

¹⁴⁵¹ “As it stands, a whistleblower with knowledge of corruption in violation of Law 12846/13 may well choose to file a complaint with the SEC instead of coming forward in Brazil without any protection or anonymity. As set out above, assuming that the conduct violates the U.S. Foreign Corrupt Practices Act or other U.S. securities laws, the whistleblower would be entitled to an award of up to 30% of the SEC’s recovery in the matter. Further, while retaliation protection does not apply to whistleblowers outside of the U.S., the SEC allows complaints to be filed anonymously, and protects the identities of its whistleblowers once the award is announced. In other words, the Brazilian whistleblower could maintain his anonymity in Brazil while reaping a bounty for reporting fraud in the U.S., even though that same fraud occurred in and also violates the laws of Brazil. This leads to a rather undesirable situation in that it does not make Brazil’s taxpayers nor the Brazilian government whole”. JACOBSON, Loren; SILHAN, Caitlyn. **Qui Tam and Whistleblower Laws in Latin America**. Inter-American Bar Association. 50th Annual Conference. San Juan, Puerto Rico, June 24-29, 2014, p. 14. Disponível em: <https://aldia.microjuris.com/wp-content/uploads/2014/06/ljacobsonwhistleblowerlaws.pdf>. Acesso em: 28/08/2022.

¹⁴⁵² TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – Brasil. **Integridade e Empresas no Brasil**. Org. Claudia Sanen e Guilherme Donegá. 2018. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/25:bica-integridade-e-empresas-no-brasil?stream=1>. Acesso em: 15/12/2020.

¹⁴⁵³ DA ROS, Luciano. **Mayors in the Dock**: Judicial Responses to Local Corruption in Brazil. Tese apresentada para obtenção do grau de Doutor em Ciência Política na Universidade de Illinois. Chigado: 2014, p. 32.

descoberta dos ilícitos, que pode ocorrer por exposição – quando *whistleblowers*, membros do esquema, órgãos do terceiro setor ou imprensa¹⁴⁵⁴ denunciam os casos -; ou detecção, quando a descoberta ocorre diretamente através dos órgãos estatais de controle¹⁴⁵⁵.

Para que isto seja alcançado, consoante tratado no Capítulo anterior, dentro da moldura do *Estado administrativo moderno* é fundamental integrar formas privadas de regulação ao aparato burocrático, não como algo acessório, orbital, mas como ferramenta permanente e essencial de um modelo de detecção e responsabilização por atos ilícitos¹⁴⁵⁶.

Portanto, para que se tenha um sistema eficiente¹⁴⁵⁷ de enfrentamento à corrupção, é essencial envolver agentes privados na exposição dos esquemas. Além disso, como demonstra o debate político e doutrinário de longa data travado nos Estados Unidos, a persecução dos ilícitos também precisa envolver agentes privados, em colaboração com o Estado, para ampliar o leque de informações disponíveis, reduzir custos com estruturas burocráticas, ter mecanismo de redundância para falhas ou capturas que possam afetar o sistema público e minimizar os riscos de um Estado policial.

A *ação civil anticorrupção* cumpre este papel, seguindo o modelo estadunidense de atribuir iniciativa processual a particulares para ações de defesa do

¹⁴⁵⁴ BALÁN, Manuel. Competition by Denunciation: The Political Dynamics of Corruption Scandals in Argentina and Chile. **Comparative Politics**, v. 43, 2010, p. 459-476.

¹⁴⁵⁵ DA ROS, Luciano. **Mayors in the Dock**: Judicial Responses to Local Corruption in Brazil. Tese apresentada para obtenção do grau de Doutor em Ciência Política na Universidade de Illinois. Chigado: 2014, p. 34.

¹⁴⁵⁶ GLOVER, J. MARIA. The Structural Role of Private Enforcement Mechanism in Public Law. **William and Mary Law Review**, v. 53, n. 4, Mar./2012, pp. 1137-1218.

¹⁴⁵⁷ “A busca de eficiência no enfrentamento da improbidade é uma necessidade incontestável. A complexidade do fato configurador de improbidade administrativa, em muitos casos, só pode ser adequadamente averiguada e desnudada a partir da cooperação de sujeitos integrantes da estrutura que se dedicou à prática ilícita” (DINO, Nicolao. **A colaboração premiada na improbidade administrativa**: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 533). Na mesma linha, Machado afirma que “(...) a atuação estatal reclama mais eficiência na apuração e punição dos atos de improbidade administrativa, bem como de ressarcimento ao erário. Fábio Medina Osório (2015, p. 62-63, 65) fala em crise de gestão do aparato estatal, criticando o desgoverno, o descalabro administrativo, favorecimento de todo tipo, irregularidades disseminadas, ilegalidades culturalmente aceitas, apontando que a crise de nosso sistema punitivo revela, ademais, uma significativa parcela de crise mais ampla, a do Estado brasileiro” (MACHADO, Pedro Antônio de Oliveira. **Acordo de leniência e a lei de improbidade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 162).

erário, que naquele contexto, representa cerca de 80% das causas ajuizadas¹⁴⁵⁸, o que atesta a importância essencial da esfera privada para o funcionamento do sistema anticorrupção daquele país¹⁴⁵⁹.

Em contraste, o Brasil tem seguido uma lógica paternalista de proteção à moralidade e probidade na esfera estatal, pois concentra em poucos agentes a legitimidade para processar as violações. Este proceder demanda releitura e instituição de novo paradigma¹⁴⁶⁰ ampliativo do acesso à Justiça¹⁴⁶¹, pois além de ineficiente, a feição atual do ordenamento nacional destoa da chamada terceira fase do Estado Democrático de Direito, em que a participação do cidadão não pode ficar restrita à meras delegações formais do poder público, já que se fundamenta na “atuação do particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública, (...) diminuindo barreiras entre Estado e Sociedade”¹⁴⁶².

Além disso, a mudança é um impositivo intimamente ligado ao princípio republicano, que “envolve a ideia de que os cidadãos devem participar ativamente na gestão da *res publica*”¹⁴⁶³ e projeta no indivíduo a noção de que os assuntos públicos

¹⁴⁵⁸ MAHONEY, Joshua Patrick. Qui Tam Relators, the First Amendment, and the False Claims Act. **University of Chicago Legal Forum**, v. 2012: Iss. 1, Article 13, p. 299. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol2012/iss1/13>. Acesso em 11/12/2020.

¹⁴⁵⁹ Pontue-se que não apenas no campo anticorrupção os Estados Unidos têm se valido da participação cidadã para aumentar o potencial de aplicação da Lei. Pelo contrário, desde a década de 1970, “*Congress has increasingly come to rely upon private law enforcement as a means of attaining public objectives*”. E neste percurso, a esfera ambiental é a que mais tem recorrido ao envolvimento de agentes privados, pois “*Virtually all federal environmental statutes contain a citizen suit provision that typically, allows ‘any person’ to sue private parties for noncompliance with statutory provisions or with standards and regulations issued under the statute*”. GREVE, Michael S. Private Enforcement of Environmental Law. **Tulane Law Review**, V. 65, n. 2, pp. 339-394, 1990-1991, p. 339-340.

¹⁴⁶⁰ “*Mitigar la corrupción requiere un cambio paradigmático y estructural en las formas tradicionales en las que opera el gobierno y cómo este se relaciona con sus ciudadanos*”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Corrupción y derechos humanos**: Estándares interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019, p. 24.

¹⁴⁶¹ “Permitir a propositura, por indivíduos, de ações em defesa de interesses públicos ou coletivos é, por si só, uma grande reforma. Mesmo que subsistam, por uma ou outra razão, as barreiras à legitimação de grupos ou classes, trata-se de um importante primeiro passo permitir que um ‘procurador-geral privado’ ou ‘demandantes ideológicos’ suplementem a ação do governo”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: 1988, Sérgio Antônio Fabris Editor, p. 21.

¹⁴⁶² JACOBSEN, Gilson. **Evolução do Estado e do Direito Administrativo**: breve panorama do direito administrativo à luz da evolução do Estado e dos novos direitos. *In Curso Modular de Direito Administrativo*. Org. VAZ, Paulo Afonso Brum; TEIXEIRA, Ricardo do Valle Pereira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 35.

¹⁴⁶³ SARMENTO, Daniel. O Princípio Republicano nos 30 Anos da Constituição de 88: por uma República Inclusiva. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 296 - 318, Set.- Dez./2018, p. 314.

lhes sejam importantes, sem que fiquem limitadas a suas atividades e negócios privados.

O modelo atual, além de custoso e ineficaz, “impede que os membros da sociedade participem da tutela da probidade” e “afasta da apreciação jurisdicional atos de improbidade de ciência privada”¹⁴⁶⁴ não levados ao conhecimento das autoridades, o que torna essencial ampliar a legitimidade para a propositura de ações cíveis anticorrupção, como a ação por improbidade e a de responsabilização pela LAC, permitindo seu ajuizamento por associações civis, órgãos não governamentais, empresas e pessoas físicas, para o que se torna fundamental a oferta de recompensa e proteção¹⁴⁶⁵ aos que se disponham a colaborar com o Estado.

Trata-se de providência com potencial, também, de incrementar a qualidade institucional e o nível de democracia do país, que aumenta na medida em que maiores forem os meios de controle e transparência disponíveis em âmbito institucional, social e coletivo, pois controle e transparência são remédios para erradicar a ignorância sobre o que acontece e o que é devido aos indivíduos e à sociedade: “*hay mayor corrupción cuando una sociedad no conoce con plenitud sus derechos y no los defiende*”¹⁴⁶⁶.

A ampliação de meios de acesso à justiça, em prol do Estado e do próprio indivíduo direta ou indiretamente lesado por atos de corrupção, além de ser eficaz contra a esta¹⁴⁶⁷, é compromisso indeclinável do Brasil, firmado no âmbito da

¹⁴⁶⁴ COSTA, Suzana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coordenadores). **Improbidade Administrativa**. Brasília, Ministério da Justiça, Universidade de São Paulo, Série Pensando o Direito, 2010, p. 179-181.

¹⁴⁶⁵ “*En efecto, la CIDH observa que la corrupción genera un impacto diferenciado respecto de quienes denuncian actos de corrupción, quienes generalmente son víctimas de amenazas, hostigamientos y en algunos casos graves violaciones, como el derecho a la vida. Es por ello que determinar las obligaciones de los Estados de protegerles eficazmente frente a las amenazas que surgen de sus denuncias y testimonios, constituye una medida crucial en las estrategias de lucha contra la corrupción*”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos**. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019, p. 12.

¹⁴⁶⁶ BRITOS, Armando Rafael Aquino. **La corrupción como fenómeno y la afectación al sistema político**. In *Combate a la corrupción: reflexiones y experiencias multilaterales*. Colección Buen Gobierno, Derechos Humanos y Combate a la Corrupción. ALVAREZ, Adriana de Santiago; TRUJILLO, Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera (Organizadores). Guanajuato, 2020, p. 22.

¹⁴⁶⁷ “(...) access to justice guarantee public participation and keep corruption in check”. Transparency International. **CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2021**. Berlim, 2022. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2021>. Acesso em: 12/10/2022.

Organização dos Estados Americanos¹⁴⁶⁸, compromisso ainda não honrado em plenitude e que será fortalecido com a proposta ora apresentada.

A essência da *ação civil anticorrupção*, aqui tratada, é, justamente, ampliar o envolvimento e a colaboração de pessoas privadas com a persecução estatal de atos corruptos, abrindo canal alternativo¹⁴⁶⁹ e indispensável para ingresso de informações de outro modo quase inatingíveis¹⁴⁷⁰. Trata-se de transformar o modelo de *enforcement* nacional, de uma moldura eminentemente pública para um sistema híbrido, em que particulares colaboram com o Estado no fortalecimento do respeito à ordem jurídica.

¹⁴⁶⁸ “*En consecuencia, considerando el fenómeno de la corrupción en relación con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en este informe la Comisión Interamericana ha establecido una serie de principios fundamentales que permiten desarrollar estas políticas públicas anticorrupción con una perspectiva de derechos humanos. Estos principios son: la centralidad de las víctimas de la corrupción y la necesidad de medidas adecuadas de reparación; el fortalecimiento del Estado de Derecho y de la institucionalidad democrática; las garantías de igualdad y no discriminación; la participación e inclusión social; mecanismos de reclamo y acceso a la justicia, la producción y acceso a la información; la transparencia y rendición de cuentas; y la inclusión de las perspectivas de género y diversidad. Todos estos principios deben estar presentes en toda estrategia de lucha contra la corrupción que pretenda ser integral, efectiva y eficaz*”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos**. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019, p. 13.

¹⁴⁶⁹ Para além da ação popular e da ação civil pública, que, por falta de maiores incentivos, não têm estimulado suficientemente que pessoas físicas e associações superem os riscos e custos de uma ação judicial para defender os interesses da coletividade em juízo. Aliás, no que tange a ação popular, de se lembrar que ela é “mera ação de ressarcimento movida pelo cidadão. Não é uma lei de incentivo à participação da sociedade, tampouco é uma lei que tenha o escopo de punir civilmente o fraudador do erário público”, o que faz dela “um ‘quase nada’, pois, ao final, o fraudador apenas devolve o que não lhe pertence e paga honorários e custas, não por ser um fraudador, mas por ter recebido uma sentença desfavorável”. ROCHA, Márcio Antônio. A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial *qui tam action* e dos programas de *whistleblower*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.65, abr. 2015. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Marcio_Rocha.html. Acesso em: 15 dez. 2020.

¹⁴⁷⁰ Portugal igualmente já documenta a dificuldade de desvendar atos de corrupção. Neste sentido, Cunha, Serra e Costa advertem que: “Pese o facto das estatísticas criminais registarem, todos os anos, novas investigações por suspeita de corrupção em Portugal, a quantificação de crimes de corrupção é quase irrisória, uma vez que, raramente, são participados às autoridades”. A exemplo do que ora se sustenta nesta tese, também na realidade lusitana se vê no cidadão e na sociedade o caminho para a superação perene da corrupção sistêmica: “Num quadro de prevenção geral, importa enfatizar o papel da sociedade, sendo premente investir numa formação transversal e promover o conhecimento do fenómeno da corrupção, em especial, os seus malefícios. É, assim, fundamental que a sociedade participe ativamente na luta contra a corrupção, controlando os gastos públicos, monitorizando as ações governamentais e exigindo a otimização dos recursos públicos. Embora o envolvimento e a sensibilização dos cidadãos seja a principal medida de combate à corrupção, a luta contra a corrupção deve ser prosseguida em muitas frentes”. **MEDIDAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO EM PORTUGAL**. CUNHA, Ricardo Alexandre Souza da; SERRA, Sara Alexandra da Eira; COSTA, Maria Manoela Oliveira. Algarve: Book of Proceedings – Tourism and Management Studies International Conference Algarve, vol.2. 2012, p. 698-700.

De se reforçar que, além de canal novo¹⁴⁷¹ e farto de ingresso de informações, a *ação civil anticorrupção* é mecanismo que favorece a democracia e que traz elemento indispensável para o combate à ilicitude, a participação cidadã¹⁴⁷², com envolvimento propositivo e proativo de pessoas privadas nos assuntos públicos, partindo da compreensão de que o governo já deixou de ser a referência central da organização política para ser apenas um de seus elementos¹⁴⁷³.

Com efeito, a literatura especializada expõe um grande déficit institucional nas democracias latino-americanas, atribuível em grande parte às deficiências de operação dos mecanismos de *accountability* horizontal previstos em seus ordenamentos¹⁴⁷⁴.

Neste contexto, assumem grande relevância mecanismos de *accountability* vertical, caracterizados por serem manejados por um agente social externo ao aparato do Estado, normalmente o eleitorado, mas não apenas ele¹⁴⁷⁵, podendo ser exercida também pela ação da imprensa independente, ONGs, associações civis e movimentos sociais. Uma vertente muito importante deste tipo de controle é a *accountability* social, definida por PERUZZOTTI e SMULOVITZ, como:

un mecanismo no electoral, pero vertical, de control de autoridades políticas que descansa en las acciones de un múltiple conjunto de asociaciones de ciudadanos y de movimientos y sobre los medios, acción que tiene como objetivo el exponer los errores gubernamentales, trayendo nuevas cuestiones

¹⁴⁷¹ Como leciona Nascimento, “quanto menor o exercício da *accountability* maiores os níveis de corrupção” (NASCIMENTO, Melillo Diniz. **O controle da corrupção no Brasil**. In Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei 12.846/2013. Coord. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 68). Nesta linha, a ampliação das fontes de controle, com a atração do cidadão para esse espectro, seria, por si só, um grande avanço, pois envolveria mais um agente na função de *watch dog*, aumentando o risco – e o custo – de praticar corrupção.

¹⁴⁷² A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção “*plantea un enfoque amplio respecto de la responsabilidad de prevención y erradicación de en los casos de corrupción, que se extiende más allá de los Estados, mediante el apoyo y la participación de organizaciones, personas y comunidades*”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Corrupción y derechos humanos**: Estándares interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019, p. 25.

¹⁴⁷³ ZAMUDIO, José Jafet Noriega. **La reforma constitucional anticorrupción en México**: a un lustro aproximado de su difusión y vigencia. In *Combate a la corrupción: reflexiones y experiencias multilaterales*. Colección Buen Gobierno, Derechos Humanos y Combate a la Corrupción. ALVAREZ, Adriana de Santiago; TRUJILLO, Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera (Organizadores). Guanajuato, 2020, p. 122.

¹⁴⁷⁴ PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. **Controlando la Política**. Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias Latinoamericanas. Buenos Aires: Editorial Temas, 2002, p. 23.

¹⁴⁷⁵ Uma vez que eleições periódicas, embora indispensáveis para a qualificação de um regime como democrático, não são suficientes para promover controle suficiente sobre atos políticos e administrativos. FEARON, James D. **Electoral accountability and control of politicians**: Selecting good types versus sanctioning poor performance. In *Democracy, Accountability and Representation*. PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 81-82.

a la agenda pública, o de activar el funcionamiento de agencias horizontales. Emplea herramientas institucionales y no institucionales. La activación de demandas legales o reclamos ante agencias de control es un ejemplo de recursos institucionales; las movilizaciones sociales y exposés ilustran algo de los no institucionales, [cuya efectividad] se basa en sanciones simbólicas¹⁴⁷⁶.

Destaca-se da definição acima a importância de envolver a cidadania no controle estatal, seja por ações judiciais, seja pela provocação de instituições formais de controle, com o intuito de complementar o trabalho destas, haja vista sua falibilidade frequente, especialmente em democracias em consolidação.

Estes parâmetros coincidem com os escopos da *ação civil anticorrupção*, adiante detalhados, indicando que o instrumento ora proposto vai na corrente do aperfeiçoamento dos mecanismos constitucionais de sindicabilidade da ação estatal, com potenciais ganhos na promoção dos valores republicanos e no fortalecimento do Estado de Direito. Nesta linha, recorda O'DONNELL que:

Especialmente em países donde, como en América Latina, la accountability vertical electoral funciona de manera bastante deficiente, la versión societal de la accountability vertical pasa a ser extremadamente importante para el funcionamiento y, eventualmente, incluso para la supervivencia de un régimen democrático. Este concepto mejora y elabora provechosamente mis observaciones originales sobre la importancia de las interrelaciones entre las dimensiones horizontales y verticales de la accountability. Por un lado, una sociedad alerta y razonablemente bien organizada, y medios que no se inhiben de señalar casos de transgresión y corrupción, proporcionan información crucial, apoyos, e incentivos políticos para las dificultosas batallas que las agencias de accountability horizontal pueden tener que emprender contra poderosos transgresores o corruptos¹⁴⁷⁷.

Isto não foi olvidado na fundação do constitucionalismo nacional. O envolvimento da sociedade no controle da Administração – *accountability* vertical - é preocupação que ocupa o Constituinte de longa data. A ação popular foi o primeiro instrumento instituído para tutela do patrimônio público no Brasil, ainda sob o influxo da Constituição de 1934. Na Carta de 1988, essa preocupação foi revigorada, com a visão de que o cidadão não participa da sociedade e do Estado apenas por ocasião do escrutínio eleitoral, mas é parte integrante do esquema de controle, em sentido amplo, da Administração, que se vale de membros da sociedade para verificar a correção dos atos do poder público¹⁴⁷⁸. A través dela, o Constituinte proclamou sua

¹⁴⁷⁶ PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. **Controlando la Política**. Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias Latinoamericanas. Buenos Aires: Editorial Temas, 2002, p. 32.

¹⁴⁷⁷ O'DONNELL, Guillermo. Accountability Horizontal. La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política. **Revista ISONOMÍA**, No. 14, Abril/2001, p. 22.

¹⁴⁷⁸ NIMER, Beatriz Lameira Carrico. **Ação Popular como instrumento de defesa da moralidade administrativa**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016, dissertação de mestrado. Disponível

intenção de chamar a coletividade para ajudar a controlar a gestão pública¹⁴⁷⁹, colocando na mão dos membros da sociedade um mecanismo de garantia, de correção, destinado a fazer com que a Administração nunca se descuide de perseguir as finalidades públicas que pesam sobre si¹⁴⁸⁰.

No entanto, o conjunto *ação popular + ação civil pública* (a Lei 7.347/85 é outro instrumento de envolvimento da sociedade civil no controle da Administração), tem se mostrado insuficiente para mobilizar os atores privados.

Neste ponto, é de ser ressaltada iniciativa consolidada no Projeto de Lei 76 de 2019, de iniciativa do Deputado Federal Rodrigo Agostinho, que propõe aproximar a Ação Popular ao regime das *qui tam actions*, aliando à legitimidade ativa concedida ao cidadão para ações que visem à anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público o pagamento de “retribuição no percentual de 10% (dez por cento) a 20% (vinte por cento), a ser paga pelo réu”.

O projeto amplia o foco da ação popular, para, além da proteção ao erário, acometer-lhe a defesa da moralidade administrativa e meio ambiente, porém segue restringindo a legitimidade para agir ao cidadão, excluindo as pessoas jurídicas e órgãos não governamentais, que têm papel importante na fiscalização de atos públicos.

Além disso, o PL tenta ser analítico nas condutas sujeitas à ação popular (art. 2º), o que sugere intenção de ampliar a aplicação do estatuto, mas pode, por aplicação de noções de tipicidade, acabar levando à interpretação que exclua condutas puníveis pela LIA ou pela LAC de seu alcance.

A retribuição devida ao autor é fixada entre 10% e 20%, tendo como base de apuração “o valor da condenação por perdas e danos, nos termos do art. 11 desta Lei,

em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-20062016-175724/pt-br.php>. Acesso em: 21/08/2021.

¹⁴⁷⁹ “Em suma, os novos institutos da democracia direta redimensionam o princípio constitucional da soberania popular, permitindo-nos falar de uma democracia participativa. Pena que tais institutos ainda sejam de reduzido número e com baixo teor de eficacidae, a patentear o abismo que se rasga entre as promessas de arejamento político da Carta em vigor e os efeitos práticos que ela pode deflagrar por si mesma. Não assim quanto ao regramento dispensado ao controle social do poder, anote-se, cujos mecanismos são mais numerosos e dotados de maior teor de operacionalidade. A liberdade e a cidadania à frente da soberania”. AYRES BRITO, Carlos. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, p. 114-122, jul-set /1992, p. 122.

¹⁴⁸⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Ação Civil Pública e Ação Popular. **BDA - Boletim de Direito Administrativo**, Jul./1996, p. 449.

das custas e despesas processuais e das multas impostas, bem como qualquer valor que venha a ser ressarcido aos cofres públicos em razão da nulidade ou da anulação do ato lesivo” (art. 7º-A, I); estatuinto que se leve em conta para apurar o percentual da retribuição o dano apurado e o montante do prejuízo evitado (art. 7º-A, II).

É interessante o estímulo para ações de cunho preventivo, bem como a imposição de que seja o autor a fonte primária das informações, excluindo de indenização ações movidas com base em informações colhidas em processo administrativo ou judicial precedente ou divulgados em audiência pública (arts. 7º-A, § 1º, I e 7º-B).

Contudo, preocupa a inclusão de multas impostas ao condenado na base de cálculo da recompensa devida ao autor. Como leciona ENGSTROM¹⁴⁸¹, não é comum aos regimes de *private enforcement* prodigalidade na inclusão de multas no cálculo do prêmio devido, já que isto eleva os incentivos do legitimado, distanciando a medida do nível social ótimo de aplicação da lei, trazendo riscos de *over-enforcement* e de acordos colusivos.

No art. 7-A, § 2º consta limitação ao pagamento da retribuição, ao se estabelecer que só será paga quando a “base de cálculo for igual ou superior a 120 (cento e vinte) salários mínimos”, o que desincentiva a fiscalização de danos economicamente menores, mas que podem ter impacto social relevante.

Igualmente, não há maior disciplina da participação do ente público lesado no processo, em especial acerca de poderes para supervisionar o rumo da ação, ponto crucial nas *qui tam actions*, pois é o que mantém o controle público sobre ação de natureza igualmente pública e leva aos melhores resultados em recuperação de ativos desviados; nem se regula a possibilidade de soluções consensuais, tema imprescindível na atualidade e que não passa despercebido na LIA e na LAC.

Não obstante, embora as ressalvas acima e, sobretudo, o menor detalhamento e falta de vinculação expressa ao microssistema anticorrupção, na linha do aqui sustentado, a ideia subjacente ao PL 76/2019 é louvável, pois reconhece a necessidade de maior envolvimento cívico no controle de atos estatais.

¹⁴⁸¹ ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, pp. 1689-1756, 2013, p. 1698.

Até a presente quadra, o fato é que o Brasil não tem conseguido, por falta de incentivos¹⁴⁸², envolver efetivamente a sociedade na proteção da probidade, circunstância que, além de significar a desperdício da oportunidade de consolidar o envolvimento cívico, tem deixado de considerar importante fonte de informações sobre atos corruptos¹⁴⁸³, já que deixa de se valer do “conhecimento advindo da capilaridade dos cidadãos na vida cotidiana das empresas, das obras públicas, dos serviços públicos”¹⁴⁸⁴ para combater ilícitos que praticados e mantidos na clandestinidade¹⁴⁸⁵.

Os dogmas da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, vistos a partir de uma concepção clássica do Direito Administrativo, têm contribuído para gerar sensação de desconfiança em relação ao particular e uma postura adversarial entre Administração e administrado.

Como bem elucida Palma¹⁴⁸⁶, o sistema de *enforcement* brasileiro foi todo baseado na técnica de comando e controle, segundo a qual à Administração compete estabelecer as regras de conduta e ao particular sua observância estrita, que, em não ocorrendo, implica na imposição de sanções.

¹⁴⁸² Para GLOVER, ao escolher o meio certo de efetivação da lei, o Legislador precisa aferir se o regulador, público ou privado, dispõe de acesso às informações necessárias e, em caso afirmativo, se ele está adequadamente incentivado a operacionalizar estas informações na forma de *enforcement*. GLOVER, J. MARIA. The Structural Role of Private Enforcement Mechanism in Public Law. **William and Mary Law Review**, v. 53, n. 4, Mar./2012, p. 1180.

¹⁴⁸³ A *accountability* social, promovida por ações legais iniciadas por cidadãos, aumenta a “*disponibilidad de fuentes de información alternativas que Robert Dahl correctamente enumera como una de las características centrales de una democracia política, o poliarquía*”. O’DONNELL, Guillermo. Accountability Horizontal. La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política. **Revista ISONOMÍA**, No. 14, Abril/2001, p. 26.

¹⁴⁸⁴ ROCHA, Márcio Antônio. A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial qui tam action e dos programas de whistleblower. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.65, abr. 2015. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Marcio_Rocha.html. Acesso em: 15/12/2020.

¹⁴⁸⁵ O envolvimento cidadão na temática anticorrupção é crucial e tem sido percebido no plano internacional, como denota o Plano Nacional de Integridade e Luta Contra a Corrupção 2018 – 2021 do Peru, que envolve entidades privadas, empresas, organizações sociais e diversos setores da sociedade em modelos de prevenção e controle de desvios na atividade pública. PERU. Decreto Supremo n° 044-2018-pcm. Disponível em: <https://www.mef.gob.pe/es/normatividad-externa/17838-decreto-supremo-n-044-2018-pcm/file>. Acesso em: 22/08/2022.

¹⁴⁸⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **O autorrelato e o papel do particular na apuração de ilícitos**. In: *Justiça Consensual: Acordos penais, cíveis e administrativos*. Coordenadores Daniel Resende Salgado, Luis Felipe Schneider Kirscher e Ronaldo Pinheiro Queiros. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 935-955.

Mas o sistema é ineficaz, pois além das dificuldades para desvendar as violações¹⁴⁸⁷, as punições, quando ocorrem, são intensamente judicializadas, com sérios prejuízos para a autoridade administrativa e para o efeito dissuasório de novos ilícitos.

Neste passo, a grande corrupção, formação de cartéis, *insider trading* e outras ilegalidades complexas e lucrativas “difícilmente serão identificados pela autoridade pública senão pelo recebimento de ‘dicas’ (‘tips’)”¹⁴⁸⁸.

Indivíduos pertencentes (*insiders*) ou muito próximos ao grupo delinquente dispõem de informações muitas vezes inacessíveis aos órgãos de controle¹⁴⁸⁹; ou que só são descobertas muito tempo depois do início da lesão, tornando sua reparação pouco factível. É de se ter em mente que “a corrupção torna-se possível pela manipulação das regras e das leis, e actua de forma invisível, bem sucedida graças aos habituais de pactos de silêncio, entre corruptor e corrompido”¹⁴⁹⁰.

¹⁴⁸⁷ “[...] o Estado ‘sozinho’ não possui aptidão para enfrentar eficazmente a corrupção. Primeiramente, porque, muitas vezes, os próprios gestores estatais estão envolvidos nas práticas corruptivas, tornando ilusório acreditar que o governo atuaria, de fato, em desproveito de seus interesses. Secundariamente – mas não menos importante –, em razão da inviabilidade de se combater, por uma só via, um fenômeno tão disperso e abstruso como é a corrupção”. PORTO, Thiago Heitor da Fontoura; WERLE, Caroline Cristiane. A efetivação do princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos como forma de coibição da corrupção pública mediante o controle social. **Barbarói**, n. 4, p. 137-154. 2015/ 2, p. 152.

¹⁴⁸⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **O autorrelato e o papel do particular na apuração de ilícitos**. In: *Justiça Consensual: Acordos penais, cíveis e administrativos*. Coordenadores Daniel Resende Salgado, Luis Felipe Schneider Kirscher e Ronaldo Pinheiro Queiros. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 937-938.

¹⁴⁸⁹ Sobretudo no que diz respeito a casos de *grand corruption*, há uma considerável ‘cifra negra’ (esquemas nunca descobertos) que impede dimensionar com precisão a incidência da corrupção e torna não resolvida parcela significativa e economicamente expressiva os atos ilícitos praticados. Como destaca LEVCOVITZ, “A distribuição dos julgados por modalidades de corrupção surpreende pela baixa incidência daquelas em que predomina o favoritismo com base em conexões pessoais (como Tráfico de Influência – 1%, Advocacia Administrativa – 0% e Violação de Sigilo Funcional – 0%) em detrimento daquelas em que a presença da troca monetária seria mais ostensiva (Corrupção Ativa – 8%, Corrupção Passiva – 6%, Concussão e Inserção de Dados Falsos – 4%), ou seja: daqueles casos possíveis de associação ao suborno (*bribery*). Tal característica indica provável forte disfunção do sistema, com uma proporção maior de cifra negra nos primeiros casos em comparação aos segundos. Aventa-se uma correlação entre o primeiro grupo de crimes e a *grand corruption*, e o segundo com a *petty corruption*, e ainda com réus privilegiados ou comuns, respectivamente penais” (LEVCOVITZ, Silvio. **A corrupção e a atuação da Justiça Federal no Brasil 1991 – 2014**. Tese de doutorado apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas: 2020, p. 110). Para esses casos de favoritismo e *grand corruption*, a ação civil anticorrupção se apresenta com perspectiva animadora.

¹⁴⁹⁰ MORGADO, Maria. **Corrupção** - estrutura e significado. Lisboa: Comunicação apresentada no Congresso da Justiça, Ago/2003. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiTmKG5nNXtAhUED7kGHdqyAvQQFjAAegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fasficpj.pt%2Fimages%2Farquivo%2F2003%2Fmorgado.pdf&usq=AOvVaw3lh-MHYtSMMSIqz3K3lI0h>. Acesso em: 17/12/2020.

Neste contexto, que é agravado por uma grande assimetria de informações entre Poder Público e particular, agravada pelo avanço tecnológico disruptivo, se faz essencial a superação de dogmas clássicos do Direito Administrativo e uma “reforma do *enforcement* público brasileiro pela mais efetiva colaboração particular”¹⁴⁹¹.

Esta realidade foi há muito tempo captada pelo pragmatismo estadunidense¹⁴⁹², como demonstram as *qui tam actions*, que se valem de oferta de incentivo financeiro ao agente privado colaborador para estimulá-lo a desvendar e levar à responsabilização judicial esquemas de corrupção e seus participantes, sem que isto implique em aumento de despesa estatal, pois o incentivo é custeado pelo valor recuperado pela própria ação¹⁴⁹³, o qual dificilmente existiria sem a colaboração privada.

Pode-se pensar que há um dever cívico, inerente a cada membro da sociedade, de denunciar atos ilícitos de que tenha ciência, o que faria despicienda, ou até moralmente reprovável, a oferta de benefício financeiro ao cidadão que estaria, na essência, simplesmente cumprindo uma obrigação.

No entanto, não se pode olvidar que, ao se dedicar a atividades de controle social, o cidadão renuncia a parte de seu tempo, que deixa de ser empregado em trabalho e lazer. Além disso, ao denunciar atos de corrupção, expõe-se a elevado risco, seja de retaliações de ordem criminosa, seja através dos custos envolvidos com defesa em processos ou perda de sua atividade laboral. Deste modo, aquele que denuncia se beneficia da ação tanto quanto seus concidadãos, por livrar a sociedade de uma chaga; mas paga um preço maior por isso do que o suportado por aqueles que simplesmente esperam que o Estado ou outra pessoa faça alguma coisa,

¹⁴⁹¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **O autorrelato e o papel do particular na apuração de ilícitos.** In: *Justiça Consensual: Acordos penais, cíveis e administrativos*. Coordenadores Daniel Resende Salgado, Luis Felipe Schneider Kirscher e Ronaldo Pinheiro Queiros. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 938.

¹⁴⁹² “*Private individuals are often much better situated, motivated, and even equipped to detect and redress wrongdoing*”. SLADE, Shelley R. Separating the Wheat from the Chaff Or Undermining Congressional Intent? The U.S.'s Proactive Dismissals of Qui Tam Actions. **Procurement Lawyer**, v. 55, no. 3, p. 3-12, Summer 2020, p. 3.

¹⁴⁹³ “*The most important benefit of a qui tam provision is the large recoveries available to private plaintiffs through statutorily mandated percentages of large, fixed penalties allocated for the qui tam relator. The U.S. FCA experience shows that this is highly effective in attracting knowledgeable insiders willing to serve as whistleblowers. As noted earlier, plaintiffs take a substantial risk when bringing whistleblower cases. U.S. Senator Grassley once said ‘[w]histleblowers frequently risk everything when bringing false claim cases’.*” KIM, Sang Beck. Dangling the Carrot, Sharpening the Stick: How an Amnesty Program and Qui Tam Actions Could Strengthen Korea’s Anti-Corruption Efforts. **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 36, n. 1, p. 235-265, 2016, p. 261.

problema particularmente presente na sociedade brasileira, de baixa coesão social e com tendência acentuada a delegar a fiscalização de atos governamentais às próprias instituições estatais¹⁴⁹⁴.

Por isto, o incentivo financeiro e a proteção ao denunciante se tornam fundamentais para reforçar o aspecto cívico e tornar os ganhos da ação mais atrativos do que a inércia. É essencial que o “governo reconheça o problema do incentivo e, entendendo que isto envolve uma relação típica diretor x agente, assuma o papel de diretor e construa um mecanismo que motive o agente a dedicar seu próprio tempo ao controle social”¹⁴⁹⁵.

Não há mais sentido em dividir o Direito em dois reinos, um privado, restrito aos interesses individuais; outro público, sob domínio exclusivo do Estado. Os particulares atuam constantemente em colaboração com o Estado para atingimento dos fins públicos, ajudando, inclusive, a incrementar a prestação de contas por parte de oficiais públicos e mesmo na aplicação da lei. Em realidade, “*Private participation in governance is neither marginal nor restricted to the implementation of rules and regulations*”, já estando comprovado que “*private actors are also regulatory resources capable of contributing to the efficacy and legitimacy of administration*”¹⁴⁹⁶.

A oferta de recompensa tem a virtude de criar um segundo incentivo, este de caráter negativo para os que planejam atos ilícitos. A possibilidade de que membros do grupo delinquente ou pessoas próximas tenham uma porta aberta, e atrativa, ao sistema judicial para reportar a ocorrência desses atos cria efeito dissuasório de tais condutas, pois há o temor constante e fundado de que alguém possa as relatar às autoridades¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹⁴ BUGARIN, Maurício S.; VIEIRA, Laércio M. Benefit Sharing: An Incentive Mechanism for Social Control of Government Expenditure. **Quarterly Review of Economics and Finance**, v. 48, n. 4, 2008, p. 682.

¹⁴⁹⁵ “*The government recognizes the incentive problem and, realizing that it involves a typical principal-agent situation, takes the role of a principal to construct a mechanism that motivates the agent to devote himself to social control*”. BUGARIN, Maurício S.; VIEIRA, Laércio M. Benefit Sharing: An Incentive Mechanism for Social Control of Government Expenditure. **Quarterly Review of Economics and Finance**, v. 48, n. 4, 2008, p. 682.

¹⁴⁹⁶ FREEMAN, Jody. The Private Role in the Public Governance. **New York University Law Review**, v. 75, n. 3, pp. 543-675, Jun./2000, p. 546 e 549.

¹⁴⁹⁷ É o “vírus da instabilidade nas relações entre potenciais infratores” (MARRARA, Thiago. Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega. **Consultor Jurídico**, 15.11.2013. Disponível em: www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega. Acesso em: 02/05/2020), que “permite à Administração Pública desestabilizar a harmonia das relações entre os membros das organizações criminosas, ao inserir nesse meio a constante suspeita de que a

Mais ainda, a possibilidade de que o silêncio seja quebrado também influencia o agir da própria autoridade pública que cogite de ação corrupta, pois passa a conviver com temor concreto de descoberta da prática ilícita. Neste contexto, a *ação civil anticorrupção* é importante incentivo para solver a clássica questão “quem vigia o vigia?”, servindo como estímulo para “manter os zeladores honestos”¹⁴⁹⁸.

A oferta de incentivos para colaborar com o Estado não é estranha ao direito nacional. Isto indica que, o povo, por seus representantes, não é refratário a tal mecanismo, preferindo oferecer benefícios em troca de informações do que suportar grandes índices de corrupção. Neste contexto, não cabem invocações sobre ser imoral pagar para obter informações. Sendo a moralidade um conceito aberto, há de se ter cuidado de evitar que, sob sua invocação, busque-se impor uma particular visão de mundo ao tecido social. Por isto adverte BANDEIRA DE MELLO, que uma postura será “ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa (...) quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado”¹⁴⁹⁹.

Ao contrário de ser imoral, a oferta de incentivos ao colaborador estatal pode estimular o “engajamento cívico na tutela do erário e da moralidade administrativa”¹⁵⁰⁰.

A importância da colaboração privada com o Estado já pôde ser comprovada por recentes casos de corrupção nacional, cujas investigações dependeram sensivelmente de colaborações premiadas e acordos de leniência, que, inclusive, implicam na oferta de benefícios aos próprios autores dos ilícitos.

A *ação civil anticorrupção* vem robustecer este campo, abrindo nova via¹⁵⁰¹ para a colaboração privada com o poder público¹⁵⁰², a fim de franquear acesso a

qualquer tempo um dos infratores pode ‘trair’ o esquema delitivo” (FARIA, Luzardo. ACORDO DE LENIÊNCIA E NEGOCIAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA: REFLEXÕES A PARTIR DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, v. 13/2020, p. 197 – 219, Abr.-Jun./ 2020).

¹⁴⁹⁸ HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*, v. 162, Dez./1968, p. 1245-1246.

¹⁴⁹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 120.

¹⁵⁰⁰ BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção? São Paulo: *REVISTA DIREITO GV*, v. 13, n. 2, p. 390-427, Mai.-Ago/2017, p. 408.

¹⁵⁰¹ ABREU, Cristina de. *A ECONOMIA DA CORRUPÇÃO – A ANÁLISE ECONÓMICA DA CORRUPÇÃO NAS SOCIEDADES DESENVOLVIDAS CONTEMPORÂNEAS*. Porto: Fronteira do Caos Editores, 2011, p. 20.

¹⁵⁰² Tendência constatada no plano internacional, no campo da recuperação de ativos ilicitamente apropriados e alocados em países estrangeiros. Conforme demonstra relatório produzido pela

informações quase inalcançáveis de outro modo, o que se torna possível com baixo investimento estatal e grande potencial de retorno de valores desviados¹⁵⁰³, âmbito em que se faz urgente o incremento dos resultados verificados, pois, segundo dados do cadastro nacional de condenados por improbidade, mantido pelo CNJ, de um total de R\$ 1.9 bilhão de valores devidos ao Estado, apenas R\$ 2.7 milhões efetivamente foram recuperados¹⁵⁰⁴.

Note-se: a ação reforça os instrumentos de controle e, com isso, aumenta a probabilidade de que o violador seja flagrado, o que eleva o risco da atividade ilícita e potencialmente leva a diminuição de atos ilegais, tudo isso sem aumento nos custos de investigar e apreender os violadores, pois o custeio do controle adicional sairá do valor a ser restituído ao Estado¹⁵⁰⁵. Deste modo, a *ação civil anticorrupção* se adequa aos critérios de eficiência e de ponto ótimo de aplicação da lei, sustentado por BECKER¹⁵⁰⁶.

Trata-se de um mecanismo que pode influir no mercado ilegal da corrupção, afetando os custos marginais de sua produção, para gerar um novo equilíbrio: como

International Transparency, é crescente o número de países que se valem de financiamento privado para manejar ações civis, no lugar dos alongados procedimentos criminais, para, na jurisdição estrangeira, buscar o ressarcimento de valores subtraídos ilicitamente. Não só o financiamento das ações é relevante, mas também a expertise agregada pelo parceiro privado e a ampliação do acesso à informação. Interessante notar que neste tipo de litigância, a forma de remuneração da parte privada é semelhante a aqui defendida: “*If the case is won, the litigation funder is reimbursed and remunerated from the recovered damages or confiscated assets (...) The calculation of the funder’s payment is generally based on a percentage of the amount recovered or a multiple of the capital provided (Saulnier et al. 2021). In most agreements, a typical contingency fee ranges between 20% and 50% of the recovered damages, with a threshold of 3 to 4 times the capital advanced by the funder*” (p. 9). O sucesso deste tipo de parceria tem sido animador, levando a uma taxa de êxito próxima a 90%, contra de 5% a 10% quando o Estado litiga sem tal assistência em jurisdição estrangeira. BRIMBEUF, Sara. **The role of private actors in asset recovery**. International Transparency – Anti-Corruption Ressource Centre. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/the-role-of-private-actors-in-asset-recovery-the-growing-use-of-private-litigation-funding>. Acesso em: 28/10/2022.

¹⁵⁰³ Nos últimos anos, a média arrecadada anualmente pelo governo dos Estados Unidos tem sido superior a U\$ 3 bilhões. MEHTA, Jason; SHORT, Jennifer A. **Big Data Makes Big Cases**: How Data Analytics Is Shaping False Claims Act Enforcement. *Federal Lawyer*, v. 67, n. 4, p. 42–48, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=145379313&lang=pt-br&site=eds-live&scope=site>. Acesso em: 21/01/2021.

¹⁵⁰⁴ SADEK, Maria Tereza Aina. Combate à corrupção: novos tempos. **Revista da CGU**, n. 20, ago.-dez./2019, p. 1282.

¹⁵⁰⁵ Com baixo investimento e simplicidade procedimental, se evita de incidir no erro advertido por KLITGAARD: “Quando, por exemplo, se gasta tanto dinheiro no ataque à corrupção e se criam tanta papelada e burocracia que os custos e as perdas em eficiência contrabalançam os benefícios da redução da corrupção, esses esforços acabam se tornando contraproducentes”. KLITGAARD, Robert. A cooperação internacional contra a corrupção. **Revista Finanças e Desenvolvimento**, Mar./1998, p. 4.

¹⁵⁰⁶ BECKER, Gary S. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1976, Parte 3, Cap. 4.

o risco de ser descoberto tende a aumentar, o preço da corrupção tenderá a subir, o que inevitavelmente implicará em menos transações corruptas¹⁵⁰⁷.

De se reforçar que tal desestímulo aos corruptos - a *ação civil anticorrupção* – não implica em aumento da máquina pública nem compromete o orçamento a longo prazo¹⁵⁰⁸, principais óbices ao desenho de políticas anticorrupção, que é sempre desafiado pela tarefa de equacionar as dificuldades para conseguir informações com a busca por alocação racional de recursos¹⁵⁰⁹.

O incentivo financeiro ofertado ao autor privado da *ação civil anticorrupção* é suportado exclusivamente pelo ressarcimento devido ao poder público, o qual dificilmente ocorreria sem tal colaboração¹⁵¹⁰.

Esta, aliás, a razão que tem inspirado, nos Estados Unidos, o florescimento de programas de *qui tam actions* por todo o país, como denota o *Private Attorneys General Act (PAGA)* da Califórnia, que partiu do reconhecimento de que severas carências de pessoal nas agências públicas de aplicação da lei permitiam que muitas

¹⁵⁰⁷ “Para reduzir a corrupção é muito importante descobrir o que está sendo “comprado” em troca de suborno. Subornos e propinas têm dois lados –um que paga e outro que aceita ou exige o pagamento. Incentivos econômicos operam nas duas pontas desse negócio; consequentemente, reformas podem ter como alvo qualquer uma delas ou ambas. [...] reformas anticorrupção precisam reduzir os incentivos econômicos para o pagamento e aceitação de subornos, senão o problema não será resolvido. Mudança institucional e a reforma de políticas são condição necessária para o progresso. ROSE-ACKERMAN, Susan. Susan Rose-Ackerman e a corrupção como troca econômica. **Folha de São Paulo**, 07/08/2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/08/1799288-susan-rose-ackerman-e-a-corrupcao-como-troca-economica.shtml?origin=folha>. Acesso em: 11/08/2021.

¹⁵⁰⁸ Para ilustrar, note-se que na proposta orçamentária da Califórnia de 2016 sustentava que o programa estabelecido para aumentar a conformidade para com as leis trabalhistas do estado (*Private Attorneys General Act - PAGA*), que inclui tipo especial de *qui tam*, seria totalmente pago, até com possibilidade de superavit, através das indenizações recolhidas pelas ações propostas pelos cidadãos em nome do Estado. GILLES, Myriam; FRIEDMANN, Gary. The New Qui Tam: A Model for the Enforcement of Group Rights in a Hostile Era. **Texas Law Review**, v. 98, 2020, p. 539.

¹⁵⁰⁹ BANFIEL, Edward C. Corruption as a Feature of Governmental Organization. **The Journal of Law and Economics**, v. 18, n. 3, pp. 587-605, Dec./1975, p. 189. Aliás, o desafio é tão intenso que BANFIELD pontua que “*It is evident that the costs of eliminating, or controlling, corruption may on occasion be greater than the gains from doing so*”; o que leva a dilemas extremos como “*what level of corruption is optimal for it-that is, the level at which the marginal cost of anticorruption measures equals the gain from them*” (BANFIEL, Edward C. Corruption as a Feature of Governmental Organization. **The Journal of Law and Economics**, v. 18, n. 3, pp. 587-605, Dec./1975, p. 189).

¹⁵¹⁰ Agentes privados devem ser acolhidos como reguladores, ou seja, instrumentos não estatais de aplicação da lei, sempre que participem de “um mercado ou outro ambiente estruturado que dê a eles acesso à informação de primeira mão sobre malfeitos”. GLOVER, J. MARIA. The Structural Role of Private Enforcement Mechanism in Public Law. **William and Mary Law Review**, v. 53, n. 4, Mar./2012, p. 1181.

leis trabalhistas fossem violadas e que os empregadores desrespeitassem essas leis impunemente¹⁵¹¹.

Rememore-se que, para impedir a corrupção não é suficiente a previsão, em tese, de penas elevadas¹⁵¹². Mais que penas duras, é a probabilidade real de ser punido que tem o condão de diminuir a incidência de ilícitos. De outro lado, um Estado aparelhado a ponto de descobrir amplamente a corrupção custa muito caro, o que aumenta o custo social da delinquência. O ponto de equilíbrio (*optimal enforcement*) pode ser alcançado com a *ação civil anticorrupção*, a qual, assim como a *qui tam*, harmoniza a necessidade de aumentar a chance de descoberta de atos corruptos e de promover sua punição efetiva com os rígidos limites orçamentários brasileiros.

Portanto, a proposta em questão tem o efeito de tornar a corrupção pública mais custosa que sua prevenção.

A *ação civil anticorrupção* representa um acréscimo – um ‘*fail-safe mechanism*’¹⁵¹³ - aos instrumentos já existentes de colaboração privada com o Estado, com a peculiaridade de que é atribuída legitimidade processual ativa ao privado colaborador e uma recompensa financeira¹⁵¹⁴ por seu esforço e exposição, que será deduzida justamente do valor recuperado pelo poder público.

Além disto tudo, a incorporação da *ação civil anticorrupção* ao ordenamento nacional se alinha, como já ventilado, a compromissos firmados pelo país no plano internacional, estabelecendo, a respeito, a *Convenção de Palermo* (Decreto 5.015/2004), que “cada Estado Parte [...] adotará medidas eficazes de ordem legislativa, administrativa ou outra para promover a integridade e prevenir, detectar e punir a corrupção dos agentes públicos” (art. 9º); além de prever que os Estados

¹⁵¹¹ GILLES, Myriam; FRIEDMANN, Gary. The New Qui Tam: A Model for the Enforcement of Group Rights in a Hostile Era. **Texas Law Review**, v. 98, 2020, p. 494.

¹⁵¹² “As estratégias de enfrentamento à corrupção baseadas unicamente na “*rule of law*”, mediante o endurecimento das leis punitivas e de fortalecimento dos órgãos de repressão tem-se demonstrado de pouca efetividade”. BOMFIM, Gilberto; BLANCHET, Luiz Alberto. O “NUDGE” DA LEI ANTICORRUPÇÃO (12.846/13) PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 20, n. 02. p. 51-70, abr./jun. 2021, p. 54.

¹⁵¹³ Um backup para situações em que o *enforcement* público não atinja os níveis mínimos de desempenho (ROACH, Kent; TREBILCOCK, Michael J. Private Enforcement of Competition Laws. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 34, n. 3, pp. 461-508, Fall 1996, p. 473).

¹⁵¹⁴ Situação que já não estranha ao ordenamento brasileiro, como atesta a Lei 13.608/2018, que prevê o pagamento de até 5% do valor desviado da Administração por crimes contra ela cometidos (art. 4º-C, § 3º).

devem encorajar os participantes de atos de atos ilícitos a colaborar com as autoridades para a aplicação da lei (art. 26).

Na mesma esteira, o art. 13 do Decreto 5.687/2009, que promulga a *Convenção de Mérida*, ao estabelecer:

Artigo 13 - Participação da sociedade

1. Cada Estado Parte adotará medidas adequadas, no limite de suas possibilidades e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito à existência, às causas e à gravidade da corrupção, assim como a ameaça que esta representa.

Em realidade, o dispositivo em questão estabelece uma “comunidade na prevenção e luta contra a corrupção” com “participação da sociedade civil, das organizações governamentais e das organizações”¹⁵¹⁵.

Na mesma linha, o art. 35 é explícito, ao reclamar que os Estados signatários instituem um direito privado de ação diante de atos de corrupção¹⁵¹⁶.

Artigo 35 - Indenização por danos e prejuízos

Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em conformidade com os princípios de sua legislação interna, para garantir que as entidades ou pessoas prejudicadas como consequência de um ato de corrupção tenham direito a iniciar uma ação legal contra os responsáveis desses danos e prejuízos a fim de obter indenização.

Os mesmos imperativos são reforçados pela *Convenção Interamericana contra a Corrupção* (Caracas, em 29 de março de 1996), internalizada pelo Decreto 4.410/1992¹⁵¹⁷, que dispõe sobre a obrigação dos signatários de instituir “Mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais nos esforços para prevenir a corrupção” (Artigo III, 11).

¹⁵¹⁵ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. O Brasil e o combate internacional à corrupção. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 181, Jan./Mar.2009, p. 192.

¹⁵¹⁶ MARK, Gideon. Private FCPA Enforcement. **American Business Law Journal**, v. 49, n. 3, pp. 419-505, Sep./2012, p. 492.

¹⁵¹⁷ “A Convenção da OEA representa um grande avanço, na esfera internacional, para o combate da corrupção. Foi responsável por abrir caminho para a celebração de um tratado anticorrupção de vocação universal, no âmbito da Organização das Nações Unidas”. c p. 11.

Aliás, a Organização dos Estados Americanos (OEA) propõe um estatuto modelo, denominada “*Protecting Freedom of Expression Against Corruption*”, claramente inspirado no FCA estadunidense, em cujo artigo 28 (*Citizens Enforcement Act*) é prevista a possibilidade de qualquer pessoa propor uma ação para expor e confrontar a corrupção praticada contra o Tesouro, prevendo recompensa ao autor de 25% sobre o montante recuperado na causa¹⁵¹⁸.

Consabido que a maior parte dos Estados Americanos tem tradição de *Civil Law*, a recomendação da OEA importa em reconhecimento de que o fato de as *qui tam actions* terem matriz na *Common Law* não é impeditivo para sua adoção em contexto diverso do de sua criação. Na mesma esteira, como já asseverado no Capítulo 4, a doutrina não vê a diferença de tradições jurídicas como barreira. O que é de fato importante é que não haja mera transposição do instituto, mas que adoção se faça com as devidas adaptações ao contexto fático a ser objeto de intervenção¹⁵¹⁹.

Com efeito, diante dos compromissos em questão, sobretudo no que tange à convenção de Mérida, fica evidente que no Brasil “a corrupção tem de ser punida, mas, antes de tudo, prevenida com medidas eficazes a serem implementadas pelos Estados-Partes, em razão dos prejuízos e danos irreversíveis”¹⁵²⁰ que causa.

Em suma, são vários os argumentos que inspiram a instituição da ação ora em discussão, e, no particular dos compromissos assumidos pelo país no plano internacional, “aplica-se o *pacta sunt servanda*, princípio fundamental do direito dos

¹⁵¹⁸ “Article 28: *Citizens Enforcement Act*.. Any party may file an action to challenge corruption exposed by a protected disclosure under this Law, in the court of jurisdiction over the matters in the disclosure. The court may order injunctive relief, actual and punitive damages, and treble damages for repayment of the national Treasury in an action against fraud in a government contract, in which case the party filing the action shall receive 25% of the recovery. Additionally, the Office of Ombudsman shall receive 25% of the recovery, reserved for direct service to protected witnesses. With the consent of both parties, any action under this Article may be pursued through Alternative Disputes Resolution under the procedures available for the Ombudsman in Article 12 and to a person in Article 27. Filing a suit under this Article is activity protected by this Law”. ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **3. TEXT OF MODEL LAW: PROTECTING FREEDOM OF EXPRESSION AGAINST CORRUPTION**. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/english/model_law_whistle.htm. Acesso em: 28/08/2022.

¹⁵¹⁹ Nesta linha, JACOBSON e SILHAN também concebem a possibilidade de adoção de institutos assemelhados à *qui tam* em países latino-americanos, destacando que o fundamental é dar ao autor da ação as proteções típicas oferecidas aos *whistleblowers* em geral, porém reforçadas, já que, no caso particular da América Latina, a atuação da criminalidade organizada aumenta os riscos suportados pelos denunciantes. JACOBSON, Loren; SILHAN, Caitlyn. **Qui Tam and Whistleblower Laws in Latin America**. Inter-American Bar Association. 50th Annual Conference. San Juan, Puerto Rico, June 24-29, 2014. Disponível em: <https://aldia.microjuris.com/wp-content/uploads/2014/06/ljacobsonwhistleblowerlaws.pdf>. Acesso em: 28/08/2022.

¹⁵²⁰ NOTARI, Marcio Bonini. AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS RATIFICADAS PELO BRASIL NO COMBATE A CORRUPÇÃO. **Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica**, v.1, n. 1, p. 60-77 Jan./Jun. 2017, p. 63.

tratados internacionais”¹⁵²¹, não havendo margem para tergiversação nem desperdício de oportunidades, como a ora apresentada, para qualificar o ordenamento nacional na direção das obrigações assumidas.

Importa, todavia, destacar que os objetivos da *ação civil anticorrupção*, por supletivos e complementares da ação estatal, devem se circunscrever a promover o ressarcimento do dano causado ao erário e à reversão do proveito ilícito auferido pelos praticantes da corrupção, deixando a tarefa sancionatória, que impescinde da relação da supremacia do Estado em relação ao particular, para as agências competentes, que se alimentarão das informações trazidas pelo agente privado.

Ou seja, o foco da *ação civil anticorrupção* é o desfazimento dos efeitos patrimoniais causados pela corrupção - campo em que as ações privadas costumam ser mais bem sucedidas do que as iniciativas exclusivamente públicas¹⁵²² -, no que, mais uma vez, a presente proposta se alinha ao previsto na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção¹⁵²³.

5.3 RISCOS ENVOLVIDOS NA AÇÃO CIVIL ANTICORRUPÇÃO

Embora se trate de instrumento com grande potencial de desvendamento de ilícitos e de recuperação de ativos desviados do Estado, não se pode ignorar que há riscos inerentes à introdução de uma ferramenta baseada em *private enforcement*, sobretudo em ambiente pouco habituado a isto. Tais perigos, no entanto, antes de obstaculizar sua instituição, dadas as vantagens inerentes à *Ação Civil Anticorrupção*, devem ser tratados preventivamente, para evitar a perda de eficácia da medida.

Na introdução ao Capítulo 4, foram aventados os perigos mais frequentes atribuídos às medidas de *private enforcement*, competindo agora analisá-los com mais vagar, tendo em vista o mecanismo proposto nesta tese. Neste passo, parte-se da experiência estadunidense em tratar os já identificados.

¹⁵²¹ PETERKE, Sven; LOPES, Sílvia Regina Pontes. Crime organizado e legislação brasileira à luz da Convenção de Palermo: algumas observações Críticas. **Verba Juris**, a. 7, n. 7, jan./dez. 2008, p. 407.

¹⁵²² ROACH, Kent; TREBILCOCK, Michael J. Private Enforcement of Competition Laws. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 34, n. 3, pp. 461-508, Fall 1996, p. 480.

¹⁵²³ “Artigo 51 - Disposição geral: A restituição de ativos de acordo com o presente Capítulo é um princípio fundamental da presente Convenção e os Estados Partes se prestarão à mais ampla cooperação e assistência entre si a esse respeito”.

Inicialmente, tendo verificado uma difusão de ações frívolas, baseadas sobretudo em informações de domínio público, como notícias de jornais, as quais visavam apenas ao lucro fácil, o legislador estabeleceu a *public disclosure bar*, vedando a propositura deste tipo de *qui tam*. A *ação civil anticorrupção* deve seguir a mesma trilha, pois não há por que remunerar o particular quando apresente dados que já são de domínio público. O que se quer da sociedade são informações novas, dificilmente acessíveis aos órgãos de controle do Estado.

Igual modo, não se devem admitir, como regra geral, que funcionários públicos proponham a ação quando o conhecimento sobre o ilícito tenha sido obtido em razão do exercício da função. Isto representaria remunerar o agente público duas vezes pela mesma tarefa.

Outra preocupação invocada contra as medidas de aplicação privada da lei diz com o fato de os juízes, que não têm expertise política, acabarem sendo estimulados a tomar decisões de cunho político; e que a fragmentação e falta de hierarquia da estrutura judiciária tende a produzir decisões contraditórias. Estas preocupações, conquanto importantes no contexto em que formuladas (julgamentos proferidos em *class actions*) não encontram repercussão na *Ação Civil Anticorrupção*. Conforme a proposta contida nesta tese, o escopo de tais ações se circunscreve, verificado ato de improbidade ou lesivo, à reparação dos danos patrimoniais infligidos ao erário, sem aplicação de sanções em sentido estrito. Nesta trilha, não há espaço para formulação de políticas públicas ou exercício de opções políticas por parte de juízes. Igual modo, tratando-se de reparar lesões específicas e individualizadas, não se corre o risco de decisões conflitantes, como ocorre nas *class actions* e demais ações coletivas que se voltam para políticas públicas¹⁵²⁴.

Diz-se também que o *enforcement* privado enfraquece a capacidade administrativa de articular um esquema coerente de regulação. Esta preocupação também não se justifica em relação à *Ação Civil Anticorrupção*, pois, diante de um ato de improbidade ou lesivo, não há muita margem de articulação para o Estado, sempre

¹⁵²⁴ Situação que tem estimulado o uso do *multidistrict litigation* (MDL – 28 US Code, § 1407,) mecanismo que concentra a instrução de várias ações coletivas semelhantes em um único juízo. “[...] the MDL process allows consolidation and coordination of multiple-related lawsuits, at least as to pre-trial matters”. GLOVER, J. Maria. **Mass Litigation Governance in the Post-Class Action Era: The Problems and Promise of Non-removable State Actions in Multi-district Litigation**. Georgetown University Law Center, 2014, p. 3.

obrigado a agir para reparar a lesão e punir os responsáveis. Qualquer tergiversação nesta seara será ilícita. Deste modo, a iniciativa privada só complementa ou supre a omissão estatal, servindo como *fail-safe mechanism*.

Com relação ao potencial de afetar a discricionariedade persecutória estatal, dá-se o mesmo. O que pode ocorrer é que o Estado precise optar por um momento mais adequado para promover sua ação. Por isto, é essencial manter o controle da ação nas mãos do poder público, seja através do Ministério Público, seja através do ente lesado, já que os bens jurídicos envolvidos são eminentemente públicos¹⁵²⁵. O particular tem um papel a cumprir, importantíssimo, aliás, mas a proeminência deve ser estatal, inclusive para se opor à demanda que seja contrária ao interesse público.

Previsões que imponham o dever de notificar o Estado sobre a propositura da ação, garantindo sua possibilidade de a ela aderir ou rejeitá-la, cumprem a função de assegurar a discricionariedade persecutória inerente ao melhor momento para a persecução, bom como asseguram a possibilidade de o poder público refutar a causa contrária ao interesse público primário. Em realidade, o problema não está nas medidas de aplicação privada da lei, mas na ausência de ferramentas processuais que não as harmonizem com as iniciativas públicas¹⁵²⁶.

A doutrina estadunidense também se preocupa com a possibilidade de o *enforcement* privado desestimular e a cooperação com os reguladores, já que não haveria por que procurá-los se é possível agir por conta própria. Mesmo naquele contexto é uma objeção é frágil. A cooperação com o regulador não deixa de existir, apenas se transfere para a órbita judicial, sob supervisão do ente público que desejar intervir na demanda. Além disso, a colaboração com o regulador não é excluída, mas incentivada no regime das *qui tam*, pois se garante o prêmio de quem seja a fonte original da informação prestada ao poder público. Finalmente, em circunstâncias de

¹⁵²⁵ Nos Estados Unidos foi essa a formulação adotada, diante da constatação de que sempre há alguma potencial ineficiência decorrente da ação concomitante do poder público e do indivíduo. Mas, com a colocação da preponderância da iniciativa nas mãos do Estado, se atenuam as ineficiências e se potencializam as chances de recuperação de ativos. Nas palavras do Congressista BERMAN, registrada nos anais da discussão da reforma do FCA em 1986: “*a certain amount of overlap and inefficiency is expected with the dual participation of both the government and the qui tam plaintiff on the same side, but it is an anticipated part of the trade-off to bring to bear an increased amount of legal resources on behalf of the government's interest*” (132 Cong. Rec. H9382, daily ed., Oct. 7, 1986).

¹⁵²⁶ “*Most of the weaknesses of private enforcement can be addressed by procedural features such as sanctions for strategic behaviour and allowing public officials to intervene or even terminate private enforcement which disrupts prosecutorial policies*”. ROACH, Kent; TREBILCOCK, Michael J. Private Enforcement of Competition Laws. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 34, n. 3, pp. 461-508, Fall/1996, p. 489.

captura do regulador, é até salutar tal deslocamento da colaboração para a órbita judicial, caminho alternativo ao que esteja eventualmente bloqueado. No caso específico aqui examinado ocorre o mesmo.

Ainda, há receio quanto a potencial enfraquecimento do poder de supervisão da implementação de políticas pelo Legislativo e Executivo. Outra vez, este obstáculo não se faz presente. A política pública aqui é compulsória, por força constitucional e legal: reparar a lesão causada. Com o auxílio privado, se está dando aos Poderes em questão a possibilidade de tomar ciência sobre ato que, de outra forma, muito provavelmente nunca seria descoberto.

Diz-se, além disso, nos Estados Unidos que as medidas privadas de aplicação da lei carecem de legitimação democrática e meios de prestação de contas, pois as decisões são tomadas em âmbito judiciário, por representantes não eleitos e não sujeitos à reprovação popular. Esta também é uma crítica que se volta à atuação judicial em políticas públicas, pela via das *class actions* e que não encontra eco na seara de reparação ao erário por atos de improbidade ou lesivos.

Não obstante, não se pode desconsiderar potencial uso político da *ação civil anticorrupção*, fenômeno que se verifica em outras modalidades de ação coletiva, como a popular, a civil pública e até mesmo na agora exclusivamente sancionadora ação de improbidade. Para evitar tais ocorrências, é essencial que, mais uma vez, os órgãos de Estado possam exercer preponderância sobre os rumos da ação; e que o Judiciário disponha de mecanismos idôneos para pronta rejeição de ações desvirtuadas.

Com efeito, na doutrina estadunidense ainda se encontram muitas opiniões cétricas quanto à capacidade que agentes privados têm de avaliar e dimensionar o interesse público, sendo vistos, com frequência, como meros caçadores de recompensa, sem compromisso com valores públicos¹⁵²⁷. Conquanto revele uma generalização sem suporte empírico, este problema não pode ser desconsiderado. Por tal razão, é fundamental que, sem prescindir do necessário e relevante envolvimento de particulares, o controle da *ação civil anticorrupção* fique o máximo possível à disposição dos entes públicos legitimados para perquirir as violações à Lei

¹⁵²⁷ GREVE, Michael S. Private Enforcement of Environmental Law. **Tulane Law Review**, v. 65, n. 2, pp. 339-394, 1990-1991, p. 344.

de Improbidade e à Lei Anticorrupção, dada a natureza pública dos bens jurídicos por elas protegidos.

Em suma, não se pode esquecer que os modelos de aplicação pública da lei têm suas vantagens, como acesso a vastos bancos de dados, pessoal especializado, destinação a atender ao interesse público, etc; mas também há de se lembrar que esses modelos comportam algumas fraquezas, as quais podem ser contrabalançadas ou minimizadas com os meios privados de *enforcement*. A grande virtude está em combinar os dois esquemas e conseguir alcançar o “*correct balance between public and private enforcement*”¹⁵²⁸.

5.4 OBJETO DA AÇÃO CIVIL ANTICORRUPÇÃO

Como mencionado, o objeto central da ação é a reparação dos efeitos patrimoniais do dano causado ao erário. Não entram em seu escopo a imposição de penalidades previstas na LIA ou na LAC aos agentes que praticaram o ato que se configure como de improbidade ou lesivo. Isto depende de ação exclusivamente estatal, tal qual delineado naquelas leis.

O foco da *ação civil anticorrupção* é a reparação dos efeitos financeiros do ilícito, com vistas no pronto restabelecimento da ordem violada e no resgate da confiança do cidadão no Estado de Direito, ao ver que este se realiza¹⁵²⁹. Adicionalmente, presta-se a reunir elementos de prova que poderão, a tempo e modo, ser empregados pelos agentes estatais legitimados para infligir ao violador as penas do *microssistema anticorrupção*.

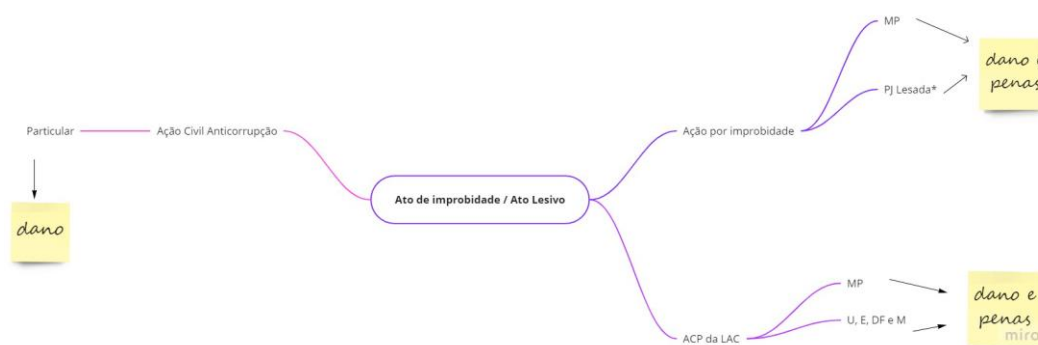
Note-se, a *ação civil anticorrupção* não se destina a alterar o regime punitivo do microssistema, mas tão somente ampliar a descoberta de atos de corrupção e ensejar o pronto restabelecimento do *status quo* patrimonial anterior à sua prática. Sua função maior é sinalizar que “as normas legais não estão na dependência exclusiva de atitudes de agente públicos ou de caprichos do processo

¹⁵²⁸ ROACH, Kent; TREBILCOCK, Michael J. Private Enforcement of Competition Laws. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 34, n. 3, pp. 461-508, Fall/1996, p. 484.

¹⁵²⁹ ROXIN, Claus. **FINES DE LA PENA Y REPARACION DEL DAÑO**. In *DE LOS DELITOS Y DE LAS VICTIMAS*. Org. Julio B. J. Maier. Buenos Aires: AdHOc, 1992, p. 149.

orçamentário”¹⁵³⁰, de modo que eventuais transgressões serão perseguidas mesmo se estes falharem ou deliberadamente se omitirem. Segue, assim, a mesma tendência que caracteriza as *qui tam actions*, que se voltam contra os efeitos patrimoniais da corrupção.

Deste modo, a *ação civil anticorrupção* surge como um meio adicional a ser congregado com o regramento anticorrupção já existente, sem propugnar alterar o regime anticorrupção estabelecido, com a exceção de que amplia o rol de legitimados para buscar o ressarcimento do dano ao erário e a devolução do proveito ilícito decorrentes de ato de improbidade ou lesivo, o que faz concedendo legitimidade ativa para que pessoas não estatais promovam a ação reparatória em nome do Estado e em seu favor, em troca de uma recompensa financeira.



Portanto, a *ação civil anticorrupção* é uma ferramenta processual, de caráter ressarcitório e não punitivo, proposta por uma pessoa privada em nome e em favor do Estado, com o objetivo de recuperar danos ao erário ou o proveito ilícito obtido através da prática de um ato de improbidade administrativa ou lesivo; e que fornece ao autor uma recompensa pecuniária deduzida do montante recuperado pelo poder público na ação, além de medidas protetivas.

5.5 CONTORNOS DA AÇÃO CIVIL ANTICORRUPÇÃO

É de se reforçar que é insuficiente simplesmente abrir a porta para que cidadãos proponham ações em nome do governo sem a oferta de alguma

¹⁵³⁰ COFFEE, John. C. Jr. Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working. **Maryland Law Review**, v. 42, Issue 2, Article 3, pp. 215-288, 1983, p. 227.

contrapartida e de medidas protetivas ao colaborador privado, como já demonstram os tímidos resultados apresentados pelas ações civis públicas e pela ação popular na reparação do patrimônio público¹⁵³¹.

No setor público, o cenário para denunciar a corrupção é desfavorável. Os canais são insuficientes e não gozam de credibilidade. Além disso, há grande risco de o denunciante ser visto como um ‘criador de problemas’ e se tornar o processado, por se imiscuir em questões tidas por ‘privadas’ e quebrar a confiança organizacional, que prefere ignorar denúncias a ter que investigar pessoas próximas, muitas vezes do círculo íntimo¹⁵³². Na iniciativa privada não é muito diferente. A cultura do *compliance* e do estímulo ao *whistleblower* ainda é incipiente¹⁵³³.

Deste modo, a oferta de alguma recompensa financeira, acompanhada de medidas de proteção ao denunciante, a seguir abordadas, cumpre papel indispensável para incentivar o indivíduo a romper a inércia e se expor aos riscos financeiros e pessoais que advirão da iniciativa de reportar ilicitudes.

Neste contexto, a *ação civil anticorrupção* poderia ser assim delineada em Lei:

Art. 1º A pessoa que dispuser de informações sobre ato qualificado como de improbidade administrativa, previsto nos artigos 9º a 11, da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992; ou lesivo, conforme art. 5º, da Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013, poderá ajuizar, em seu próprio nome, mas em benefício da entidade pública lesada, ação civil anticorrupção, para promoção do ressarcimento do dano patrimonial causado ao erário e/ou devolução de valores que representem proveito do ato de corrupção.

§ 1º. A ação seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) e deverá ser baseada em documentos e informações inéditos, assim entendidos os que não sejam

¹⁵³¹ O que é reconhecido e combatido por organizações não governamentais que se debruçam sobre a corrupção, como espelha o projeto denominado “*Novas medidas contra a corrupção*”, encabeçado pela instituição *Unidos Contra a Corrupção*, pela *Transparência Internacional – Brasil* e pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. No ponto, a *Medida 9*, prevê um resgate da ação popular, para incentivar mais cidadãos a assumir os riscos de movê-la, mediante oferta de recompensa e proteção ao autor da ação popular, ao que se soma a Medida 8 - *proteção do reportante de suspeita de irregularidades (“whistleblower”)*, que busca incentivar denúncias com medidas protetivas e de incentivo financeiro ao denunciante. UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO; TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – BRASIL; FGV DIREITO. **NOVAS MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO**. Disponível em: <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/tibr-downloads/pdf/sumario-novasmedidas-bloco2.pdf>. Acesso em: 16/12/2020.

¹⁵³² SODRÉ, Rachel Juliene Menezes. Sobre corruptos, corrompidos e culpados: relatos de servidores públicos sobre práticas de corrupção. **Revista de Contabilidade e Organizações**, n. 31, 2017, p. 21-30.

¹⁵³³ Note-se que uma das principais carências apontadas em relação à LAC, fator que pode comprometer sua adequada eficácia, é a ausência de incentivos para que denúncias sejam reportadas (INTERNATIONAL TRANSPARENCY. **Exporting Corruption**. Progress Report 2020: Assessing Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention, p.23. Lead author: Gillian Dell. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Acesso em 10/11/2020.), o que seria superado com a instituição da ação penal anticorrupção.

versados em ação prévia com mesmo objeto, nem integrarem bancos de dados ou procedimentos investigativos do órgão ou ente lesado ou instância de controle, admitindo-se a demanda, no último caso, quando o Estado não tenha promovido a responsabilização devida em tempo razoável.

§ 2º Entende-se como fonte original de informação pública a pessoa que, antes do ajuizamento da ação civil anticorrupção, informou voluntariamente ao Estado a ocorrência dos ilícitos e apresentou os elementos de prova disponíveis ao tempo da revelação. Nesta situação, a ação civil anticorrupção é cabível.

§ 3º Quando o autor for pessoa jurídica, deverá comprovar que tomou medidas para responsabilização de empregados, contratados, dirigentes ou administradores envolvidos no ato de corrupção.

§ 4º A ação será proposta no local em que ocorrida a lesão patrimonial ao erário ou no domicílio do autor.

§ 5º Responderá pela ação civil anticorrupção a pessoa física ou jurídica, agente público ou não, que tenha praticado o ato de improbidade administrativa, previsto nos artigos 9º a 11, da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992; ou lesivo, conforme art. 5º, da Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013.

§ 6º O sucessor hereditário da pessoa física ou empresarial da pessoa jurídica (art. 4º da Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013) que tenha praticado o ato responde pela lesão causada e pelo proveito indevido obtido pelo agente, na forma da lei.

Como já ressaltado, ao ordenamento nacional não estranha a concessão de legitimidade ativa a agentes privados para atuar em favor do interesse estatal. A LAP (art. 1º) estatui que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio” público. Na mesma linha, a LACP, ao tutelar o patrimônio público (art. 1º, VIII), concede legitimidade ativa para que associações (art. 5º, V), entes privados, possam propor a ação em defesa de interesses patrimoniais do Estado.

Assim, a *ação civil anticorrupção* não inova em tema de atribuição de legitimidade ativa a particulares para defender o interesse público, apenas amplia tal prerrogativa na seara anticorrupção, em reforço ao arcabouço normativo vigente, com vistas a incrementar a recuperação de ativos desviados do Estado.

Além disso, o envolvimento de atores privados no processo de verificação da conformidade das autoridades aos ditames legais representa importante meio para

superação, em caráter perene, da corrupção endêmica¹⁵³⁴, o que representa, ainda, reforço dos valores democrático e republicano que inspiram o Estado brasileiro.

Já quanto à natureza da pessoa colaboradora, se física ou jurídica¹⁵³⁵, parece não necessário distingui-las no plano da norma, na esteira do que ocorre no regime do FCA. Contudo, de modo a evitar que pessoas jurídicas possam servir de mero escudo a pessoas físicas, quando estas, reais detentoras da informação veiculada na ação, não quisessem se expor pessoalmente, valendo-se, para isto, da personalidade empresarial; toma-se o cuidado de prever uma condição de procedibilidade (§ 3º), no sentido de requerer que a empresa promova a responsabilização das pessoas físicas envolvidas no ato, com o intuito adicional de evitar a impunidade destas.

Claro que, em uma tal hipótese, a recompensa financeira verteria para o ente empresarial, o que poderia ser, de *per se*, um desestímulo ao uso dissimulado da empresa como autora da ação. No entanto, não se pode olvidar de empresas familiares, em que a recompensa, embora formalmente ingressasse na conta do empreendimento, na prática verteria em benefício de seus controladores.

Ainda, os deveres empresariais de conformidade, ajuste de condutas futuras e colaboração plena são valores consagrados no microsistema (art. 16 da LAC), sendo natural sua incorporação na *ação civil anticorrupção*.

Quanto à possibilidade de funcionários públicos apresentarem uma *ação civil anticorrupção*, deve-se rememorar que, nos Estados Unidos, não há banimento dessa possibilidade, de modo que seria possível ao servidor estatal apresentar uma *qui tam* desde que não se enquadre em nenhuma barreira.

Contudo, tem sido difícil ao funcionário público, especialmente os federais, qualificar sua informação como independente do cargo exercido, o que suscita a justa indagação de que, admitida a *qui tam*, o contribuinte estaria pagando duas vezes pelo mesmo serviço. Ainda, o dever de informar aos superiores quanto ao ato de corrupção seria uma das obrigações decorrentes do cargo ocupado, de modo que a admissão da *qui tam*, neste cenário, torna-se muito difícil.

¹⁵³⁴ STAFFEN, Márcio Ricardo. Burocratizar para não Corromper: o impacto de atores transnacionais nas medidas anticorrupção da estratégia nacional de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. **Seqüência**, Florianópolis, n. 85, p. 204-226, ago. 2020, p. 222.

¹⁵³⁵ O False Claims Act se vale da expressão “uma pessoa” (31 U.S. Code § 3730 (b)(1) “A person may bring a civil action for a violation of section 3729 for the person and for the United States Government”).

Diante destas dificuldades, que certamente podem ser transpostas para o cenário nacional, parece mais adequado seguir o exemplo estadunidense e não regravar o tema em lei, deixando para as Cortes de Justiça o acerto de eventuais controvérsias nesse campo.

O objeto da ação também restaria bem delineado: recuperar valores desviados da Administração por atos de improbidade e lesivos ou que constituam proveito da corrupção (acréscimo patrimonial ilícito).

Além disso, é essencial que o ato se amolde aos ditames da LIA ou da LAC, a fim de bem delimitar o que se compreenda seja a conduta que ensejará responsabilização, garantindo-se, desta forma, a necessária tipicidade da ação vedada, corolário do direito de defesa do acusado. Outras violações não comportariam o manejo da *ação civil anticorrupção*, embora possam repercutir em diferentes instâncias, como a controladora ou disciplinar.

Importante registrar mais uma vez que a imposição de sanções, ou seja, consequências de caráter punitivo, como as multas previstas na LIA e na LAC, não podem estar sob a tutela da *ação civil anticorrupção*, porquanto o poder sancionatório reclama viés estritamente institucional e a posição de supremacia estatal sobre o particular.

Portanto, a imposição de penalidades (suspensão de direitos políticos, proibição de contratar com o poder público, multa punitiva, perda de cargo, publicação de decisão condenatória, interdição de empreendimento e dissolução compulsória da personalidade jurídica), que não tenham mero caráter de reparação das consequências patrimoniais do ilícito, não podem estar albergadas nas finalidades da *ação civil anticorrupção* e devem continuar a ser buscadas, pelo MP, advocacia pública, CGU e demais órgãos estatais com atribuições de controle, via ação de improbidade administrativa, ação judicial por ato lesivo à LAC ou administrativamente, através do PAR.

No que diz com a sugestão do uso do rito do procedimento comum do CPC para a *ação civil anticorrupção*, se deve à recente alteração legal (Lei 14.230/2021) que o incorporou para a ação de improbidade, denotando a visão mais recente do legislador sobre a pertinência e suficiência deste procedimento para sindicatizar atos do microsistema; além de considerar que os operadores do Direito já estão com ele

familiarizados e que o regramento processual oferece meios adequados à tutela do patrimônio público.

Em relação ao requisito do ineditismo das informações que baseiam a *ação civil anticorrupção*, também haure inspiração no *False Claims Act*¹⁵³⁶ e propugna afastar lides frívolas, que apenas persigam proveito pecuniário, sem agregar ao combate à corrupção, porquanto reprodutoras de anterior ação idêntica ou fundamentadas em informações já de domínio público, que integrem bancos de dados ou procedimentos já instaurados pela entidade ou órgão lesado ou pelas instâncias de controle, como MP, Tribunais de Contas, CGU etc.

Sendo pública a informação, não há razão alguma para que o governo recompense o particular, sob pena de vilipêndio ao princípio da moralidade. Contudo, se o autor privado é a fonte original da informação pública, pois foi quem a disponibilizara a algum ente da Administração; e caso esta não tenha procedido à apuração devida, em tempo adequado às peculiaridades do caso, não há motivo para negar ao autor privado a possibilidade de ajuizar a *ação civil anticorrupção*.

No ponto, de se recordar que o FCA admite até o processo baseado em dados já públicos, de que não seja o *relator* a fonte original, quando estas sejam de essencial importância e o autor tenha desempenhado papel decisivo para recuperação de valores públicos, situação em que a recompensa pode ser paga, mas não excederá 10% do montante recuperado¹⁵³⁷.

Na mesma esteira, a publicidade prévia da informação reportada na *ação civil anticorrupção* também não deve ser barreira intransponível, ainda que o autor não seja a fonte original, mas deverá impactar no montante a ser pago a título de recompensa, na forma sugerida no art. 3º infra.

Ainda no tema da informação já disponível ao Estado, cumpre frisar que a admissão da *ação civil anticorrupção* seria muito útil para aplacar a omissão estatal em não apurar o ato de corrupção já levado ao seu conhecimento, reforçando o primado da transparência, da eficiência e o intuito de ampla *accountability* que permeia o microssistema anticorrupção.

¹⁵³⁶ *Public Disclosure Bar*, prevista no 31 U.S.C. § 3730(e)(4).

¹⁵³⁷ 31 U.S.C. § 3730(d)(1)(2).

Portanto, sendo o autor privado a fonte original da informação (Art. 1º, § 2º)¹⁵³⁸, salutar que a via da *ação civil anticorrupção* não seja obstada, pois reforça o controle sobre a atividade administrativa e repressiva do Estado.

Quanto ao juízo competente para conhecer do processo, diversamente do que se dá nas *qui tam*, que se processam no domicílio do réu¹⁵³⁹, o sistema nacional deve ofertar a opção entre o do local do dano causado ao erário (art. 2º da LACP e art. 17, § 4º-A da LIA) e o domicílio do autor, para facilitar o acesso à Justiça.

Já o § 4º se atém a quem deve responder pela *ação civil anticorrupção*. E uma vez que o escopo da ação são atos de improbidade administrativa ou atos lesivos, o demandado deverá ser o sujeito ativo daquelas condutas, quais sejam:

- a) Agente público que praticou improbidade administrativa;
- b) Agente privado equiparado a público por manejar verbas repassadas por convênio ou outro ajuste público;
- c) Terceiro que induziu ou concorreu para a prática da improbidade;
- d) sociedades empresárias ou simples que pratique alguma das condutas do art. 5º da LAC;
- e) Sucessores na forma da lei, seja por morte da pessoa física ou extinção, fusão ou incorporação da pessoa jurídica.

A responsabilidade dos sucessores já é consagrada no microsistema anticorrupção (art. 8º e 8º-A da LIA e 4º, § 1º da LAC), sendo sua previsão expressa na proposta em exame decorrência lógica deste sistema.

A respeito da intervenção da Administração na ação, é a atitude mais recomendável; afinal, os valores versados na *ação civil anticorrupção* são fruto de

¹⁵³⁸ Cujá redação segue a ideia proclamada do 31 U.S.C. § 3732 (e)(4)(B): “For purposes of this paragraph, “original source” means an individual who either (i) prior to a public disclosure under subsection (e)(4)(a), has voluntarily disclosed to the Government the information on which allegations or transactions in a claim are based, or (2) who has [3] knowledge that is independent of and materially adds to the publicly disclosed allegations or transactions, and who has voluntarily provided the information to the Government before filing an action under this section”.

¹⁵³⁹ 31 U.S.C. § 3732 (a): “Any action under section 3730 may be brought in any judicial district in which the defendant or, in the case of multiple defendants, any one defendant can be found, resides, transacts business, or in which any act proscribed by section 3729 occurred. A summons as required by the Federal Rules of Civil Procedure shall be issued by the appropriate district court and served at any place within or outside the United States”.

desvio contra ela cometido e serão, se procedente a demanda, objeto de ressarcimento ao lesado.

Além disso, a experiência dos Estados Unidos com as *qui tam* demonstra que a intervenção estatal na ação movida pelo particular aumenta as chances de sucesso e os valores recuperados. Com isto em mente, a Lei poderia prever:

Art. 2º proposta a ação, a pessoa jurídica lesada será cientificada do ajuizamento, podendo, no prazo de 30 dias úteis:

I – Requerer a assunção do polo ativo da ação e será considerada o autor principal, assumindo a condução da causa, caso em que o autor privado será assistente litisconsorcial da pessoa lesada;

II – Pleitear seu ingresso na ação como assistente litisconsorcial do autor privado;

III – Manifestar oposição à ação, por já dispor das informações nela tratadas, diante do comprometimento que a demanda possa trazer para investigações em curso ou para o atendimento do interesse público, com a devida comprovação e justificação.

§ 1º O Ministério Público também será notificado, para, no mesmo prazo do caput, requerer a:

I - Assunção do polo ativo, caso em que o autor privado será considerado assistente litisconsorcial;

II - Intervenção na qualidade de fiscal da lei; ou

III - Rejeição liminar da ação, na forma do inciso III, do caput.

§ 2º Em decisão fundamentada, o juiz admitirá a ação, atribuindo as posições processuais pertinentes a cada interveniente; ou rejeitará liminarmente a demanda a que faltar o requisito do ineditismo, que puder comprometer investigações em andamento ou que for manifestamente contrária ao interesse público.

§ 3º O processo ficará sob sigilo até que seja proferida a decisão a que se refere o parágrafo anterior.

É facultado ao ente lesado assumir a condução da ação, quando desde logo restar evidenciada sua consistência. Neste caso, recairá sobre tal ente o ônus probatório principal, deixando o autor original em posição coadjuvante, embora garantida sua participação no processo, na forma prevista no Título III, Capítulo I, do CPC.

Caso, contudo, o ente lesado não vislumbre de plano relevância na causa, ou entenda não ter meios para impulsionar a atividade instrutória, pode requerer simplesmente seu ingresso como assistente litisconsorcial¹⁵⁴⁰, ficando com o particular os maiores ônus probatórios.

¹⁵⁴⁰ O ente lesado deve ser assistente litisconsorcial (art. 124 do CPC), pois a relação jurídica debatida influi em direito seu, qual seja a pretensão reparação do dano ao erário ou de devolução do proveito ilicitamente auferido.

No entanto, se o lesado constatar que a ação versa sobre fatos já conhecidos, que tenham reflexo em apuração anticorrupção em curso ou que não vai ao encontro do interesse público, por pode requerer ao juízo a rejeição liminar da ação. Deverá, todavia, provar suas alegações, de modo a permitir ao Judiciário avaliação segura, a fim de que seja possível harmonizar o interesse público envolvido e as prerrogativas asseguradas ao autor da *ação civil anticorrupção*.

A intervenção do Ministério Público, a seu turno, decorre de sua função constitucional para tutela da moralidade e do interesse público, bem como do desenho estabelecido pelo *microssistema anticorrupção*. A LIA, a LAC e a LACP lhe conferem protagonismo na tutela do patrimônio público, de modo que sua participação na *ação civil anticorrupção* é decorrência lógica.

O papel que exercerá poderá variar, a exemplo do previsto para a pessoa lesada, com a diferença de que o MP, caso não opte por assumir a causa, intervirá como *custus legis*¹⁵⁴¹.

A necessidade de um juízo deliberatório, a seu turno, decorre da sistemática prevista na LIA, que o prevê (embora não mais antecedido de defesa preliminar, deste a edição da Lei 14.230/2021); e constitui cautela contra ações frívolas e contra eventuais tentativas de acobertar os fatos expostos pelo autor privado. Como lembra a doutrina estadunidense, é crucial dotar os juízes de grande poder “*to manage litigation or dismiss socially costly cases via dispositive motions before substantial litigation has begun*”¹⁵⁴².

Já o sigilo, cumpre a função de resguardo de eventuais investigações em curso, que poderiam ser comprometidas com a publicidade dos fatos trazidos pelo autor privado.

O incentivo financeiro é o motor que irá impulsionar a propositura de ações, a fim de demover o receio de represálias e os obstáculos inerentes ao litígio, bem como a estimular o autor a revelar fatos e provas de que disponha e que sejam valiosos para o Estado.

¹⁵⁴¹ Aqui reside uma diferença importante no desenho da *ação civil anticorrupção* em relação ao seu modelo de inspiração, as *qui tam actions*, haja vista que, para o instituto nacional, há necessidade de prever a intervenção do MP e da advocacia pública; ao passo que, nos Estados Unidos, estas funções, pelo menos no escopo das *qui tam*, estão condensadas no DOJ.

¹⁵⁴² ENGSTROM, David Freeman. Harnessing the Private Attorney General: Evidence from Qui Tam Litigation. **Columbia Law Review**, v. 112, n. 6, p. 1244-1325, Oct./2012, p. 1255.

Para este, é atrativo oferecer a recompensa, pois amplia sua capacidade de descoberta de ilícitos sem investimentos permanentes em pessoal e estrutura material, que comprometeriam o orçamento a longo prazo.

Além disso, tratando-se de ocorrências de corrupção, é muito difícil a descoberta dos esquemas sem a colaboração de um *insider*, como mostra a experiência estadunidense, vista no Capítulo 4; bem como a nacional, abordada nos capítulos 2 e 3 desta tese. Nesta perspectiva, a recompensa poderia ser assim regradada em lei:

Art. 3º Julgada procedente a ação civil anticorrupção, o autor privado receberá recompensa, a ser deduzida do valor recuperado pela entidade lesada através da demanda, que será calculada da seguinte forma:

I – Caso o autor privado tenha sido o demandante principal, perceberá de 20% a 30% do valor a ser restituído à entidade lesada;

II – Caso tenha assistido o MP e/ou a entidade lesada no polo ativo da causa, o autor privado perceberá de 10% a 20% do valor a ser restituído à entidade lesada.

§ 1º. A recompensa terá por base apenas os valores decorrentes das condenações atinentes ao ressarcimento do dano causado ao erário e devolução do proveito econômico indevidamente obtido pelo(s) condenado(s).

§ 2º A fixação do montante da recompensa deverá levar em conta a eficácia da atuação do autor privado, o intervalo de tempo decorrido entre a prática dos fatos ilícitos e a propositura da ação, a importância das informações apresentadas pelo autor privado, seu grau de atuação na produção probatória e a colaboração processual com os demais integrantes do polo ativo.

§ 3º Em qualquer caso, se o autor privado planejou ou idealizou os atos tratados na ação por ele proposta, o juiz poderá negar ou reduzir a indenização devida, considerando, na primeira hipótese, a necessidade de não premiar condutas premeditadas para angariar recompensa financeira em desfavor do Estado; e, na segunda, as circunstâncias do caso, especialmente o arrependimento efetivo do autor.

§ 4º Quando a ação for proposta com base em informação já em poder do Estado, mas não utilizada em prazo razoável para responsabilizar os infratores, a recompensa fica limitada a 10% do valor recuperado.

A inspiração aqui é o modelo de recompensa instituído pelo *False Claims Act*: quanto maior responsabilidade atribuída ao autor privado, quanto maior seu papel na apresentação dos fatos e na atividade probatória e quanto mais importantes forem os elementos revelados, maior necessidade haverá de recompensar seu esforço.

Note-se que os percentuais ora sugeridos se distinguem do que consta no FCA¹⁵⁴³. Isto se deve ao intuito de conceder maior maleabilidade ao julgador para

¹⁵⁴³ De 15% a 25% se o governo intervém na *qui tam* e de 25% a 30% caso não o faça, com a ressalva de que, se a ação se basear em informação já disponível ao governo, a recompensa não deve superar 10% do valor recuperado. U.S.C § 3730 (d).

distinguir os diferentes graus de colaboração do autor privado e, com isto, atribuir a recompensa mais condizente o possível com a importância da contribuição do particular. Os montantes propostos, inclusive, permitem distinguir os casos de informação já pública, mas não utilizada pelo Estado em tempo razoável, que vem admitida no art. 1º, § 1º, supra.

Como visto, a recompensa deve incidir apenas sobre a lesão causada ao erário e sobre o que for recuperado a título de perdimento de vantagem indevida. Essas são as consequências necessárias do ato de improbidade e dos atos lesivos da LAC. Não se constituem em penas, na acepção estrita do termo. Deste modo, sendo a ação do autor privado primordialmente voltada ao desfazimento dos efeitos da corrupção, a premiação por ele merecida deve estar limitada por este critério.

Valores decorrentes de multa ou indenização por dano extrapatrimonial, que sequer são objeto da *ação civil anticorrupção*, não devem integrar a base de cálculo da recompensa, pois desbordam da noção de desfazimento dos efeitos financeiros do ato de corrupção e têm por essência punir o causador do ilícito de um lado e, de outro, atenuar as consequências negativas da lesão aos interesses estatais intangíveis.

Além disso, é importante evitar qualquer espécie de locupletamento indevido através da *ação civil anticorrupção*. Por esta razão, caso o autor privado tenha tido um papel fundamental na idealização do esquema, ou fique demonstrado que este foi planejado com vistas a uma futura recompensa na via judicial, é necessário prever instrumentos que permitam ao Judiciário coibir tais iniciativas.

De se consignar que, diferentemente do que ocorre no FCA¹⁵⁴⁴, a proscrição da prerrogativa de ajuizar a *ação civil anticorrupção* por pessoa previamente condenada criminalmente pelo mesmo fato não guarda coerência com o sistema estabelecido no ordenamento nacional, especialmente do quanto decorre da Lei 12.850/2013 no trato da colaboração premiada.

Naquele diploma, não é vedada a colaboração nem os respectivos benefícios por parte de quem participa do esquema delatado. Pelo contrário, a norma incentiva o delinquente a colaborar com o Estado, ofertando-lhe redução ou substituição de pena e, até mesmo, o perdão judicial. Ainda, é possível que sequer haja denúncia

¹⁵⁴⁴ U.S.C 31 § 3730(d)(3).

contra o colaborador, quando este não seja líder do grupo e seja o primeiro a revelar fatos desconhecidos do poder público (art. 4º, § 4º).

Nesta linha, se ao Direito Penal, *ultima ratio*, não repugna a concessão de benefícios ao delinquente colaborador, não há razão para que no campo cível de repressão à corrupção exista uma tal barreira à colaboração do condenado criminalmente pelo fato reportado na *ação civil anticorrupção*.

O que não se pode admitir, no entanto, é que o condenado, assim como qualquer pessoa, se valha da ação penal anticorrupção para fins espúrios e premeditados, o que já é objeto de preocupação da parte final do parágrafo 3º do art. 3º, supra, parecendo estar o tema suficientemente delineado nestes termos.

É essencial, por outro enfoque, o estabelecimento de salvaguarda contra a propositura de ações temerárias. Esta preocupação é evidente no microsistema anticorrupção, como espelham o art. 17, §§ 6-B e 11, da LIA, que preveem a rejeição liminar e a improcedência sumária da ação de improbidade manifestamente infundada; e os arts. 17 da LACP e 13 da LAP, que impõem sanções processuais contra autores que manejam demandas de má-fé ou de forma temerária.

Assim, para reforçar esta preocupação, importante que a norma que estabeleça a *ação civil anticorrupção* também preveja que:

Art. 4º Em caso de rejeição liminar da ação, motivada pelo prévio conhecimento do Estado acerca dos fatos e documentos apresentados pelo autor privado na demanda, e uma vez demonstrada sua ciência quanto à ausência de ineditismo, não sendo caso de manifesta omissão indevida do Estado de usar a informação fornecida pela fonte original, o autor privado pagará ao ente lesado indenização de 10% do valor estimado da lesão causada pelo ato de corrupção, conforme indicado na petição inicial.

Parágrafo único. Não sendo possível ao autor privado estimar o valor da lesão na petição inicial, o que deve ser expressamente justificado, a indenização será calculada de modo equitativo pelo juiz, sopesadas as condições financeiras do autor privado e a necessidade de repressão eficaz ao mal litigante.

É importante que a haja harmonização entre o imperativo de punir o litigante de má-fé com a preservação do incentivo a litigar em favor do Estado. Assim, é preciso que o autor privado só seja condenado a esta indenização quando comprovado que, mesmo sabendo que o poder público detinha a informação veiculada no processo e estava dando o devido tratamento ao caso, ainda assim propôs a demanda, movimentando a máquina judiciária de forma desnecessária.

A quantificação do montante estimado do dano é salutar para, além de permitir a fixação da indenização, indicar o grau de conhecimento fático e consistência das alegações trazidas pelo autor privado.

Não se pode ignorar, contudo, que embora conhecedor do ilícito, pode ser que o autor privado não consiga, ao ajuizamento da *ação civil anticorrupção*, precisar sua extensão. Disto decorre a ressalva quanto à não delimitação exata do dano e acerca da fixação da indenização, a qual não deverá ser elevada a ponto de ser impagável nem tão modesta a ponto de ser aviltante.

De outro norte, deve-se recordar que o *microssistema anticorrupção* alberga instrumentos de solução negociada de litígios, tais o acordo de leniência da LAC e o ANPC da LIA. No plano das ações coletivas também é possível a celebração de conciliação, também admitida e estimulada no CPC (art. 3º, § 3º), o que alcança mesmo a Administração Pública, face à autorização constante do art. 26 do Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Logo, é possível que a reparação do dano e devolução do proveito ilícito obtido sejam pactuadas em a uma ação de improbidade ou por ato lesivo, via ANPC ou acordo de leniência, iniciadas com base nos fundamentos da *ação civil anticorrupção*; ou mesmo que nesta seja obtida conciliação. Evidente que não se abrirá mão da integralidade da reparação, mas o sistema admite pactuação sobre sua forma, especialmente o parcelamento da dívida. Neste contexto, importa regular qual pode ser o papel do autor privado, e como restará sua recompensa, caso a ação por ele iniciada, tendo dado ensejo à solução consensual.

Neste tema, é de ser recordar que as *qui tam* não refutam celebração de acordo, nem a ele pode o autor privado se opor de forma peremptória^{1545_1546}. O

¹⁵⁴⁵ 31 U.S. Code § 3730 (c)(2)(B): “*The Government may settle the action with the defendant notwithstanding the objections of the person initiating the action if the court determines, after a hearing, that the proposed settlement is fair, adequate, and reasonable under all the circumstances. Upon a showing of good cause, such hearing may be held in camera*”.

¹⁵⁴⁶ Quanto ao poder de o Estado vetar acordo celebrado entre *relator* e réu, predomina nos tribunais federais de apelação a orientação de que é uma prerrogativa ampla e irrestrita do DOJ, desde que assegurada uma audiência para tratar da questão. O Nono Circuito, contudo, segue compreensão diversa, entendendo que o DOJ não é plenipotenciário e que só pode se opor ao acordo caso tenha previamente optado por intervir na ação. ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, pp. 1689-1756, 2013, p. 1710. O fato é que é essencial tenha o poder público como supervisionar acordos entabulados pelo autor privado e o réu da ação, a fim de evitar as denominadas ‘*in terrorem lawsuits*’, que se valem da “*threat of massive*

Estado pode conciliar com a outra parte, independentemente de concordância do *relator*, desde que a este seja assegurada oportunidade de prévia manifestação e que a dispensa da ação ou solução consensual sejam forma adequada de atender ao interesse público. Ainda, qualquer acordo ou pedido de desistência deduzido pelo *relator* deve ser submetido à aprovação do DOJ.

Estas providências são pertinentes e é importante sejam replicadas no plano nacional, na medida em que o interesse veiculado na ação é eminentemente público, pois visa à recuperação do dano causado pela corrupção ao erário. Sendo assim, a norma poderia prever:

Art. 5º A extinção da ação civil anticorrupção pela celebração de acordo de não persecução civil ou de leniência, que serão firmados na forma e condições previstas na Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992 e Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013, respectivamente, não prejudica a recompensa devida ao autor original, quando aquelas ações tenham sido originadas a partir da por este proposta, devendo a recompensa ser fixada no momento da homologação do acordo pelo juiz competente para ação de improbidade ou por ato lesivo e observar os limites e critérios dispostos nesta Lei, garantindo-se ao autor original manifestação sobre os termos do acordo antes de sua homologação pelo juiz competente.

Parágrafo único. Observado o dever de ressarcimento integral, o acordo sobre a forma de ressarcir o dano e devolver o proveito ilícito obtido pode ser celebrado na própria ação civil anticorrupção, o qual será homologado pelo juiz competente, ouvidas as partes e intervenientes, quando a conciliação for meio idôneo de satisfação do interesse público.

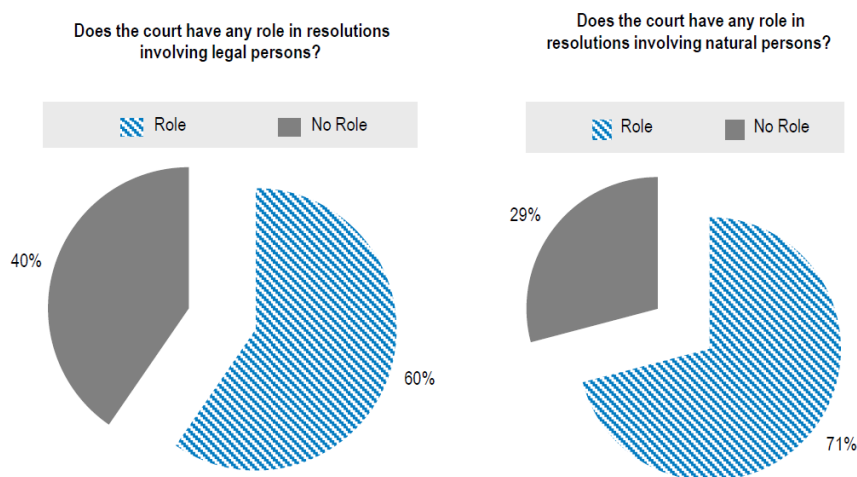
Da forma acima proposta, a legitimidade, condições e demais delineamentos dos acordos de leniência e não persecução civil seguem inalterados e regidos exclusivamente pela LAC e pela LIA. Fica claro, contudo, que a recompensa àquele que trouxe o caso à tona não será prejudicada, conciliando-se a necessidade de premiar o esforço do autor privado com os institutos de resolução consensual já existentes. Igual modo, permite-se seja a avença celebrada na própria ação civil anticorrupção, restrita, naturalmente, ao ressarcimento do dano e devolução do proveito ilícito, após manifestação de todos os envolvidos e avaliação pelo juiz da causa acerca de sua pertinência para atender ao interesse público.

Para aferir o grau de colaboração e fixar a indenização devida de forma justa é imprescindível a homologação judicial do acordo, o que, aliás está em consonância

discovery, costs or bad publicity to extract settlements When the social cost of adjudication would exceed any possible benefit or, worse, where culpability is entirely absent" (ENGSTROM, David Freeman. Harnessing the Private Attorney General: Evidence from Qui Tam Litigation. **Columbia Law Review**, v. 112, n. 6, p. 1244-1325, Oct./2012, p. 1254).

com a prática da maioria dos 44 países signatários da Convenção Anti-Suborno da OCDE, que, como regra, submetem as soluções negociadas às Cortes de Justiça, conforme demonstra a imagem a seguir¹⁵⁴⁷:

Figure 47. Does court have role in concluding resolution?



Source: OECD data collection questionnaire results, Tables 54 and 55.

Figure 27 - Elaborada pela OCDE

Também se faz essencial, a exemplo do que ocorre no *false claims act*, prever alguma proteção ao autor privado contra retaliações de ordem trabalhista ou contratual, tendo em vista as situações em que seja empregado ou contratado pelo empreendimento responsável pelos atos ilícitos reportados.

Este seria mais um estímulo para reportar esquemas ilícitos, pois asseguraria ao colaborador privado, além da recompensa financeira, proteção contra as previsíveis represálias decorrentes de sua ação.

Além disso, o Brasil está comprometido internacionalmente com a proteção do denunciante, pois é signatário da Convenção Anti-Suborno da OCDE, organização que em 2009 expediu recomendação (nº IX) aos países abrangidos pelo instrumento, para que tomassem medidas efetivas de proteção ao *Whistleblower*, a fim de evitar

¹⁵⁴⁷ OECD. **Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention.** Ano: 2019, p. 142. Disponível em: www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm. Acesso em: 07/12/2020.

que este venha a sofrer discriminações ou punições disciplinares pelo fato de ter denunciado a corrupção às autoridades¹⁵⁴⁸.

Não se pode ignorar, contudo, que o Brasil já prevê instrumentos legais de proteção a informantes, quais sejam as Leis 9.807, de 13 de julho de 1999, e 13.608, de 10 de janeiro de 2018 (arts. 4º-B e 4º-C). Deste modo, parece adequada previsão que mantenha a coerência e integridade do ordenamento, que poderia ter o seguinte teor:

Art. 6º Ao autor privado são garantidas as medidas de proteção ao informante previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, e na Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, sem prejuízo de outras, inclusive de natureza cautelar, a critério do juiz da causa, como a reintegração imediata ao cargo ou emprego ocupado e do qual fora desligado em retaliação ao ajuizamento da ação.

§ 1º São nulas de pleno direito quaisquer cláusulas contratuais que inibam, no âmbito trabalhista, cível ou de qualquer relação negocial, a colaboração de empregados, contratados, prestadores de serviço, diretores ou administradores com o poder público para identificação e punição de atos de corrupção.

§ 2º Indenizações eventualmente devidas em face de retaliação praticada contra o autor privado devem ser apuradas em ação própria.

Nesta perspectiva, restam preservadas as medidas de proteção ao informante já previstas na legislação específica, com a ressalva expressa de que estas se aplicam também ao autor privado de *ação civil anticorrupção*, sem afastar outras que se mostrem adequadas ao caso concreto¹⁵⁴⁹.

Ainda, o dispositivo sugerido garantiria pronto alívio ao autor privado, especialmente com a sua imediata reintegração ao trabalho quando desligado em retaliação à propositura da demanda; e deixaria pleitos indenizatórios para a instância apropriada, de modo a evitar tumulto na ação anticorrupção, cujo escopo difere essencialmente de tal pretensão indenizatória.

¹⁵⁴⁸ “The 2009 Anti-Bribery Recommendation recommends that countries ensure that “appropriate measures are in place to protect from discriminatory or disciplinary action public and private sector employees, who report in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities suspected acts of bribery” (OECD, 2009a, Recommendation IX iii). OECD. **The Detection of Foreign Bribery**. Ano: 2017, p. 32. Disponível em: www.oecd.org/corruption/the-detection-of-foreign-bribery.htm. Acesso em: 20/02/2021.

¹⁵⁴⁹ Embora o Brasil já conte com uma legislação de proteção ao *whistleblower*, o arcabouço ainda é incipiente e, segundo estudo conduzido pela Transparência Internacional - Brasil, insuficiente para garantir ao informante a necessária segurança para reportar ilícitos (no quesito que mede o relato de suspeitas de irregularidades, que tem em conta a legislação existente e sua efetiva aplicação, o Brasil recebeu uma nota de 12.5, em escala que vai de 0 a 100. TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – BRASIL. **Integridade e Empresas no Brasil**. Org. Claudia Sanen e Guilherme Donegá. 2018. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/25:bica-integridade-e-empresas-no-brasil?stream=1>. Acesso em: 15/12/2020.

Igualmente, é prevista uma salvaguarda contra estipulações contratuais que busquem impedir qualquer pessoa de colaborar com o poder público na descoberta de esquemas de corrupção. Trata-se de questão fundamental, pois, consoante visto no Capítulo anterior, já se verificam nos Estados Unidos tentativas de, pela via de acordos de confidencialidade, limitar a prerrogativa de empregados e contratados de prestar informações sobre ilícitos às autoridades.

No que tange à prescrição, diferente do que ocorre com as *qui tam*¹⁵⁵⁰, não há necessidade de regramento específico para a *ação civil anticorrupção*.

Com efeito, a Constituição Federal proclama a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento dos danos causados ao erário decorrentes de improbidade administrativa (art. 37, § 5º)¹⁵⁵¹, compreensão que há se estender ao ato lesivo à LAC, haja vista ter a mesma natureza e integrar o mesmo microssistema.

Deste modo, como o objeto da *ação civil anticorrupção* é o desfazimento dos efeitos patrimoniais causados pela corrupção, a imprescritibilidade da ação decorre do próprio texto constitucional e do regime estatuído no *microssistema anticorrupção*.

Também despicienda norma semelhante à *estoppel clause* prevista no FCA (e no RICO), que estabelece a inviabilidade de o réu rediscutir os fatos trazidos na *qui tam* caso sua responsabilidade já tenha sido estabelecida em processo penal.

No sistema nacional, a disciplina prevista no CPP já se mostra suficiente, tendo em conta a interpretação forjada pelo STJ do alcance desta cláusula para atos de improbidade administrativa¹⁵⁵², interpretação que, por coerência sistêmica, e diante de seu reforço na ADI 7.236, se faz aplicável a *ação civil anticorrupção*.

¹⁵⁵⁰ 31 U.S. Code § 3731 (b) A civil action under section 3730 may not be brought —
(1) more than 6 years after the date on which the violation of section 3729 is committed, or
(2) more than 3 years after the date when facts material to the right of action are known or reasonably should have been known by the official of the United States charged with responsibility to act in the circumstances, but in no event more than 10 years after the date on which the violation is committed, whichever occurs last. A civil action under this subsection may not be brought more than 3 years after the date when the retaliation occurred.

¹⁵⁵¹ Tema 897 - Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa. STF, RE 852475, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Redator(a) do acórdão: Min. EDSON FACHIN, Julgamento: 08/08/2018, Publicação: 25/03/2019.

¹⁵⁵² “As esferas cível, administrativa e penal são independentes, com exceção dos casos de absolvição, no processo criminal, por afirmada inexistência do fato ou inocorrência de autoria (...)”. STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1451163/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/04/2020, DJe 24/04/2020.

De outro lado, há de se ter cuidado para que eventual *ação civil anticorrupção* não bloqueie ações de complementação do ressarcimento do patrimônio público. Trata-se de preocupação fundada na real possibilidade que a *ação civil anticorrupção*, embora tenha a grande virtude de desvendar o ilícito, não consiga, em certas situações, precisar a extensão do dano causado, seja porque o autor privado não tenha conhecimento ou elementos de prova de todo o esquema, seja porque a ação desencadeie novas investigações, as quais podem desvelar outras ocorrências que amplifiquem o dano inicial.

Não se pode ignorar, ainda, que a ação pode ser julgada improcedente pela insuficiência de elementos apresentados pelo autor privado, não passíveis de reforço, na ocasião, pela atividade processual exercida pelo MP ou pessoa jurídica lesada.

Contudo, não se há de estranhar se estes entes, com o passar do tempo e novas investigações, venham a confirmar a ocorrência do ilícito outrora reportado pelo autor privado. Em tais circunstâncias, negar ao Estado a prerrogativa de recuperar o desfalque sofrido por deficiências atribuíveis ao autor privado seria solução de todo irrazoável e contrária ao interesse público, interesse este que é justamente o que se busca reforçar com a proposta de *ação civil anticorrupção*. Nesta senda, a norma poderia prever:

Art. 7º O julgamento da ação civil anticorrupção não prejudica a ação de complementação de ressarcimento do dano nem a rediscussão da causa, quando a improcedência decorrer da insuficiência de provas.

Não se olvida que o poder público é concitado a participar da demanda proposta pelo autor privado. Contudo, à época de sua apresentação, podem faltar os elementos de prova necessários à corroboração da informação trazida pelo particular. Inclusive, por esta razão é prevista a possibilidade de rejeição liminar da ação que interfira em investigações em curso (art. 2º, § 2º).

A sugestão de admitir nova discussão apenas quando a *ação civil anticorrupção* for julgada improcedente por insuficiência de provas visa a harmonizar o interesse público, que não pode ser prejudicado pela ausência de elementos probantes; com a necessidade de preservar a segurança jurídica diante da inefetiva desincumbência dos ônus processuais pelos entes públicos e MP, os quais não podem simplesmente renovar a mesma causa sem novos elementos.

Note-se que semelhante solução é empregada pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC¹⁵⁵³, norma que, em conjugação com a LACP, constitui um sistema integrado de tutela coletiva de direitos transindividuais¹⁵⁵⁴.

Deste modo, a solução ora apregoada concilia os interesses em jogo e não destoa, antes se harmoniza, às normas de tutela coletiva já estabelecidas pelo Direito brasileiro.

Outro tema que merece atenção é a destinação do valor arrecadado na *ação civil anticorrupção*. Sobre isto, o microssistema anticorrupção prevê que “A sentença que julgar procedente a ação fundada nos arts. 9º e 10 desta Lei condenará ao ressarcimento dos danos e à perda ou à reversão dos bens e valores ilicitamente adquiridos, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito” (art. 18 da LIA).

Esta a lógica a ser contemplada também pela *ação civil anticorrupção*, que não pode destoar do microssistema que se propõe a reforçar. Porém, é necessário prever, de igual modo, a destinação da recompensa devida ao autor privado, que será deduzida do valor recuperado na demanda. Assim, a lei poderia dispor:

Art. 8º A sentença que julgar procedente a ação determinará, depois de descontada a recompensa devida ao autor privado, na forma do art. 3º, a destinação dos valores atinentes à reparação do dano ou perda dos bens havidos ilicitamente em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ato de corrupção.

Noutro passo, e tendo em conta que o objeto da *ação civil anticorrupção* é a recuperação de valores em favor do erário, fundamental a previsão de mecanismo que acautele tal pretensão, haja vista que, uma vez cientificado da ação, é possível que o réu lance mão de expedientes para ocultar seu patrimônio.

¹⁵⁵³ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; (...)”

¹⁵⁵⁴ “Pelo CDC 90, são aplicáveis às ações fundadas no sistema do CDC as disposições processuais da LACP. Pela norma ora comentada, são aplicáveis às ações ajuizadas com fundamento na LACP as disposições processuais que encerra todo Título III do CDC, bem como as demais disposições processuais que se encontram pelo corpo do CDC, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova (CDC 6º VI). Este instituto, embora se encontre topicamente no Título I do Código, é disposição processual e, portanto, integra ontológica e teleologicamente o Título III, isto é, a defesa do consumidor em juízo. Há perfeita sintonia e interação entre os dois sistemas processuais, para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”. JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 1.447.

No campo das medidas processuais disponibilizadas pelo *microssistema anticorrupção*, a LIA institui as cautelares de indisponibilidade de bens e afastamento do agente do cargo ou função ocupados. E a LAC prevê as medidas judiciais necessárias para a investigação, como busca e apreensão e requisição de dados cobertos por sigilo fiscal, bancário e telemático (quando autorizado pelo juiz criminal), a sustação do ato ou processo objeto de investigação, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa investigada por corrupção e a indisponibilidade dos bens dos investigados.

Para os fins colimados pela *ação civil anticorrupção*, de caráter eminentemente reparatório dos danos patrimoniais causados pela corrupção, desponta a indisponibilidade de bens¹⁵⁵⁵ como a providência naturalmente destinada a acautelar a recuperação dos valores visados.

Todavia, têm importante função instrumental e probatória as medidas investigativas mencionadas na LAC, que podem fornecer as provas adicionais das informações trazidas pelo autor privado. Logo, eventual quebra de sigilo bancário e fiscal, ou a requisição de interceptações telefônicas decretadas pelo juízo criminal, bem como a busca e apreensão de documentos que se achem em poder dos demandados podem servir decisivamente para a comprovação do quanto noticiado pelo autor privado.

E a sustação do ato impugnado, igualmente versada na LAC, pode cumprir papel importante nos casos de ofensa iminente, permanente ou reiterada no tempo, de modo a evitar que a lesão se amplie ainda mais. Diante destas ponderações, seria pertinente que a norma previsse:

Art. 9º Para garantia do ressarcimento do dano ao erário e devolução do proveito ilicitamente obtido, são admissíveis as seguintes providências:

I – Indisponibilidade de bens;

II - Medidas necessárias para a comprovação do ilícito, tais como busca e apreensão, acesso a informações e documentos sob sigilo fiscal ou bancário

¹⁵⁵⁵ Parece despicienda a previsão da cautelar de sequestro, pois muito assemelhada com a indisponibilidade, com a peculiar distinção de que se orienta a bem específico, a ser retirado da posse do investigado; ao passo que a indisponibilidade alcança qualquer bem e, via de regra, não priva o detentor do uso da coisa indisponibilizada, embora seja isto admissível em seu regime. No ponto, de se recordar que a Nova LIA passa a mencionar apenas a indisponibilidade de bens como cautelar patrimonial utilizável na Lei 8.429/92, do mesmo modo do que já prevê a LAC. Deste modo, a proposição ora em discussão vai nesta tendência simplificadora, de previsão apenas da medida mais abrangente, a indisponibilidade, para acautelar os interesses patrimoniais da entidade lesada com o ato de corrupção.

e requisição de dados obtidos, mediante decisão do juízo criminal competente, por interceptação telefônica, telemática ou informática;

III – Sustação dos efeitos do ato ou processo administrativo objeto da ação.

§ 1º A indisponibilidade recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

§ 2º A indisponibilidade poderá ser decretada independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, desde que presentes elementos indicativos da lesão ao erário ou percepção de vantagem indevida atribuíveis ao demandado.

§ 3º A indisponibilidade ficará limitada ao montante estimado do dano e/ou proveito ilícito, podendo recair sobre qualquer bem do demandado, independente da época de aquisição.

§ 4º A medida prescinde de prévia oitiva do acusado e poderá ser requerida incidentalmente na ação civil anticorrupção ou em caráter antecedente, hipótese em que a ação principal deve ser proposta no prazo de 30 dias da efetivação da primeira medida constritiva.

§ 5º As medidas necessárias para comprovação do ilícito, previstas no inciso II, somente podem ser decretadas quando a inicial estiver acompanhada de elementos de prova suficientes para atestar a consistência das informações apresentadas pelo autor privado.

§ 6º A sustação dos efeitos do ato ou processo administrativo objeto da ação depende de prévia manifestação da entidade pública que praticou o ato ou conduz o processo, salvo hipótese de risco de perecimento de direito ou dano irreparável.

Quanto à indisponibilidade, o § 1º segue basicamente o regime da LIA, que vincula o bloqueio à garantia do pleito ressarcitório formulado pelo autor da ação, consistente no que foi desviado do erário ou na vantagem indevidamente auferida pelo réu¹⁵⁵⁶.

Em relação aos critérios para a indisponibilização, incorpora-se aqui a compreensão do STJ, no sentido de que a medida é uma tutela de evidência, muito embora a Nova LIA aponte para o sentido contrário, exigindo a demonstração concreta da urgência.

Como o novo texto legal fragiliza a proteção da probidade, especialmente a tutela do Erário, mais acertado que a norma aqui em cogitação siga a jurisprudência clássica e consolidada e dispense demonstração de risco concreto de dilapidação ou ocultação patrimonial por parte do demandado, bastando indícios fortes de seu envolvimento com a corrupção denunciada na ação pelo autor privado, o que se adequa ao caráter reparatório, não sancionador, da ação civil anticorrupção.

¹⁵⁵⁶ Muito embora o STJ tivesse consolidado posição pelo cabimento da indisponibilidade como meio a garantir eventual multa civil, orientação superada pela Nova LIA, a *ação civil anticorrupção* não é destinada à imposição de multa, de modo que qualquer menção a ela se faz desnecessária.

Quanto ao montante a ser indisponibilizado, o § 3º traz regra de prudência, que tem como objetivo evitar bloqueios excessivos, que superem o total a ser recuperado, excesso este rechaçado reiteradamente pelo STJ, consoante abordado Capítulo 3. Uma vez mais, ganha importância a estimativa do dano, a ser feita, dentro do possível, na petição inicial, pois irá nortear a extensão da indisponibilidade de bens.

Já quanto à desnecessidade de prévia oitiva do demandado, inobstante o teor da Nova LIA, que a exige como regra, parte-se aqui, novamente, da natureza ressarcitória da ação e da orientação pretoriana consolidada, que visa a resguardar o objetivo da tutela cautelar, ameaçada pela prévia ciência do acusado, que poderia se antecipar ao decreto e esconder seu patrimônio.

No que diz com o momento para requerer a providência, mais uma vez segue-se a tendência de aplicação da LIA, em que se tem admitido o pedido cautelar em caráter incidental, na própria ação principal; ou em ação antecedente (art. 303 do Novo CPC), hipótese em que a ação principal deve ser proposta nos 30 dias seguintes à efetivação da cautelar, que se contam do primeiro ato construtivo, quando múltiplos forem¹⁵⁵⁷.

O § 5º, ao requerer elementos indicativos da lesão ao erário ou percepção de vantagem indevida atribuíveis ao demandado, objetiva impor ao autor privado o ônus de instruir minimamente a *ação civil anticorrupção*, provando desde o começo que tem elementos para sustentar as alegações apresentadas. Com isto, pretende-se barrar ações aventureiras, movidas sem suporte probatório, nas quais todo o esforço instrutório seria transferido ao ente lesado, MP ou Judiciário, Poder este que, em tal situação, não teria sequer a segurança mínima para aferir a viabilidade da medida invasiva.

Quanto à sustação do ato ou processo tidos por eivados de corrupção, a sugestão de que dependa de prévia manifestação da Administração reside na necessidade de salvaguardar seus próprios interesses, uma vez que a sustação pode repercutir em outras áreas da atividade administrativa (interrupção de serviços essenciais, por exemplo) ou em terceiros de boa-fé, sendo de prudência que a

¹⁵⁵⁷ STJ, REsp 1115370/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 30/03/2010.

entidade envolvida seja ouvida previamente, desde que tal não implique em risco de dano irreparável.

Registre-se que se opta por não tratar da desconsideração da personalidade jurídica dentre as medidas decretáveis na *ação civil anticorrupção*. Em tese, a providência poderia ser útil para casos em que existisse ocultação patrimonial com o uso de interposta pessoa ('laranja').

Contudo, parte-se do pressuposto de que aquele que concorre, de qualquer forma, para o ato de corrupção, inclusive prestando auxílio para ocultar o patrimônio de alguns dos agentes envolvidos, se insere na cadeia de ilicitude (art. 3º da LIA).

Por isto, é também sujeito ativo da corrupção e, por tal razão, deve estar no polo passivo da *ação civil anticorrupção*, de modo que sem propósito se tornaria a desconsideração, a qual, aliás, apenas tornaria mais burocrático o procedimento, ao trazer barreira adicional para alcançar o bem em posse do 'laranja'.

5.6 PRESSUPOSTOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO CORRUPTO

A grande virtude da *ação civil anticorrupção* é levar à responsabilização judicial participantes de esquemas de corrupção até então ocultos das autoridades. Para isso, vale-se do incentivo financeiro ofertado ao autor privado para retirá-lo da inércia e motivá-lo a se expor aos inconvenientes do processo e das revelações que apresenta.

A solução, que a primeira vista pode parecer ousada tem provado seu valor há séculos nos Estados Unidos; e tem capacidade de ampliar o espectro de proteção da probidade, do valor republicano e do Estado de Direito no Brasil, envolvendo o cidadão e a sociedade neste embate¹⁵⁵⁸. Com efeito, se desafios grandes reclamam

¹⁵⁵⁸ Este, por si só, um grande objetivo. É fundamental que a sociedade possa contar com mecanismos de autopreservação e empoderamento, sem que precise da intermediação do Estado, que eventualmente pode ser a razão da violação. Tratando do perigo inerente à ausência de meios diretos à disposição de um indivíduo ou coletividade para se socorrerem de alguma ilegalidade, GILLES destaca os prejuízos decorrentes da aplicação do § 14141 do 42 USC, que trata das práticas e padrões policiais. Aborda situação de um jovem negro, Adolph Lyons, abordado pela Polícia de Los Angeles com emprego de arma de choque. Seriadamente ferido, o jovem desafiou na Justiça o uso do equipamento pela polícia, visando a sua supressão. Mas a Suprema Corte negou existência de legitimidade (*stand*) ao autor, pois não haveria indicação de nova e concreta possibilidade de vir a ser abordado e lesionado pela polícia (aplicou *The Equitable Standing Doctrine*, segundo a qual uma pessoa só pode buscar socorro judicial contra problema futuro se demonstrar com 'substancial certeza' que a lesão tende a se repetir). Contudo, desde que o caso iniciou, dezenas de outras abordagens

abordagens não tradicionais¹⁵⁵⁹, melhor aproveitar a experiência de uma ferramenta já testada ao invés de uma completa inovação, ou, pior ainda, se manter na inércia por receio de avançar.

Contudo, na esteira do ora proposto (art. 1º), para que possa ser combatido na via da *ação civil anticorrupção*, na conformidade com o microsistema já estabelecido pelo ordenamento brasileiro, se faz essencial que o ato se caracterize como improbidade administrativa ou lesivo previsto na LAC.

Isto se deve à necessidade de conferir grau de tipicidade à conduta vedada, corolário da ampla defesa, na medida em que vai permitir ao réu maior precisão acerca do quanto lhe é imputado. A tipicidade, no entanto, que vincula o objeto da ação anticorrupção à prática de ato que se caracterize como de improbidade ou lesivo à LAC, se reflete sensivelmente no regime de responsabilização do imputado.

Consoante abordado no Capítulo 3, para que uma conduta seja considerada como improbidade administrativa, fundamental a demonstração do elemento volitivo do agente, caracterizado pelo dolo.

De outro lado, no que diz com a aplicação da LAC, é estabelecido regime de responsabilidade objetiva da empresa envolvida na corrupção, de modo que discussões sobre o elemento volitivo são evitadas. Para a responsabilização da empresa, então, basta a comprovação de um fato que se amolde ao art. 5º, um dos resultados previstos ali (suborno, direcionamento de contratos ou licitações, favorecimentos ilegais) e o respectivonexo causal.

seguiram o mesmo padrão, inclusive com alguns óbitos. A pesquisadora aponta que “*these victims’ representatives and community leaders have been relegated to approaching the United Justice, States Department of hat in hand, and requesting that federal officials bring actions against police departments engaged in unconstitutional ‘patterns or practices’*”, destacando, ainda, que limitações como essa fragilizam a “*force of the citizenry as a direct agent in effecting meaningful social change through America’s courts*”, lembrando as mudanças operadas no acesso ao ensino superior (Brown v. Board of Education), sistema prisional (Hutto v. Finney), direito ao aborto (Roe v. Wade), dentre tantos outros casos iniciados por autores privados. GILLES, Myriam E. Reinventing Structural Reform Litigation: Deputizing Private Citizens in the Enforcement of Civil Rights. **Columbia Law Review**, v. 100, n. 6, pp. 1384-1453, Oct./2000, p. 1386.

¹⁵⁵⁹ Advertência feita ainda em 2003 em Portugal, que se deparava com problemas crescentes de corrupção. MORGADO, Maria. **Corrupção - estrutura e significado**. Lisboa: Comunicação apresentada no Congresso da Justiça, Ago/2003. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiTmKG5nNXtAhUED7kGHdqyAvQQFJAegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fasficpj.pt%2Fimages%2Farquivo%2F2003%2Fmorgado.pdf&usg=AOvVaw3lh-MHytSMMSIlgz3K3II0h>. Acesso em: 17/12/2020.

Com efeito, para não alargar excessivamente o cabimento da ação, e para assegurar possibilidade de defesa adequada, as informações a serem veiculadas e perquiridas em *ação civil anticorrupção* devem traduzir (1) ato de corrupção (2) que se qualifique como de improbidade ou lesivo à LAC.

Portanto, embora não seja objeto da *ação civil anticorrupção* a aplicação das sanções previstas na LIA e na LAC, o pedido reparatório deduzido na ação, ressarcimento do dano e do proveito indevidamente obtido, por estar baseado em condutas previstas naquelas normas, também está atrelado ao regime de responsabilidade por elas estabelecido, subjetiva na LIA e objetiva na LAC.

Logo, se for denunciada prática que em tese se amolde aos artigos 9º, 10 ou 11 da LIA, mas que não se possa demonstrar ter o imputado concorrido dolosamente para o dano, tem-se inviabilizada na ação aqui tratada não apenas as sanções da LIA (que sequer são objeto da *ação civil anticorrupção*), mas a própria reparação patrimonial pretendida.

A este respeito, decidiu o STJ no Recurso Especial 1.634.627 que o ressarcimento ao erário postulado em ação por improbidade está necessariamente atrelado à demonstração do elemento subjetivo do agente, de modo que, caso não comprovado o dolo ou a culpa, o pedido ressarcitório resta comprometido¹⁵⁶⁰.

Note-se que, nos termos do voto-vista proferido pela Ministra Regina Helena Costa no recurso em tela, a pretensão ao ressarcimento do dano causado “em sede de Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa tem como causa de pedir a prática de ato ímprobo”, o qual, se não caracterizado ante à ausência de

¹⁵⁶⁰ “ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. RÉU. QUADRO CLÍNICO. DISCERNIMENTO PARA COMPREENSÃO DA ILICITUDE. AUSÊNCIA. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO. INEXISTÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. 1. A jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser imprescindível à configuração do ato de improbidade tipificado no art. 9º da Lei n. 8.429/1992 a existência de elemento subjetivo doloso. 2. Hipótese em que o acórdão recorrido violou o art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa, tendo em vista que foi imposto o ressarcimento com arrimo na Lei n. 8.429/1992, mesmo levando em consideração que, ao tempo dos fatos que ensejaram o ajuizamento da presente actio e de acordo com o exame acerca do quadro clínico, o recorrente não tinha discernimento para entender o caráter ilícito da sua conduta, sendo certo que o dolo, como já dito, é indispensável à configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no dispositivo antes mencionado, acrescentando-se que, na seara penal, o demandado foi absolvido em virtude da sua inimizabilidade. 3. O ressarcimento ao erário pretendido pela CAIXA tem como causa de pedir a ocorrência de um ato de improbidade administrativa, incorrente na hipótese, à míngua do elemento subjetivo. 4. Recurso especial provido”. STJ, REsp 1634627/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 15/10/2020.

demonstração de dolo ou culpa do agente, impede, naquela via¹⁵⁶¹, a própria reparação ao erário.

Sendo assim, quando a *ação civil anticorrupção* tiver por foco um ato qualificável como improbidade administrativa, o ressarcimento do dano e a devolução do proveito ilícito estão a depender da demonstração do dolo do agente.

Para esta conclusão, pouco importa se a demanda visar à responsabilização de pessoa física (agente público ou terceiro que concorre ou se beneficia do ato) ou jurídica (que concorre ou se beneficia do ato), pois o elemento volitivo há de ser demonstrado, no regime da LIA, em face de ambos.

Todavia, se a corrupção apontada na *ação civil anticorrupção* traduzir um ato lesivo previsto no art. 5º da LAC, que só pode ser atribuído a pessoa jurídica¹⁵⁶², a situação passa a ser regida pelo regime de responsabilidade objetiva da Lei 12.846/2013.

Assim, se o autor privado, na *ação civil anticorrupção*, denunciar prática corrupta, atribuída à determinada empresa, que tenha causado dano ao patrimônio de ente da administração nacional ou estrangeira, bastará que seja comprovada a referida prática, cometida no ambiente de atuação da empresa, e que a pessoa jurídica não tenha adotado mecanismos de conformidade para evitar o dano.

Em síntese, o regime de responsabilização na *ação civil anticorrupção* pode ser representado no quadro a seguir:

Ato corrupto	Improbidade administrativa	Ato lesivo da LAC
Responsabilidade	Subjetiva: dolo	Objetiva: não evitar o dano
Réu	Pessoa física ou jurídica	Pessoa Jurídica

Figure 28 - Elaborado pelo autor

¹⁵⁶¹ “Oportuno ressaltar, entretanto, a possibilidade do ajuizamento de ações civis próprias para buscar tal pretensão, considerando que a recomposição do prejuízo patrimonial, de per si, não constitui, propriamente, uma sanção ao ato ímprobo, mas um dever jurídico decorrente do dano, se presentes os pressupostos legalmente exigidos para a responsabilização civil do seu causador”. (STJ, REsp 1634627/RS, voto-vista, MINISTRA REGINA HELENA COSTA, p. 18)

¹⁵⁶² “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. (sem grifos no original.)

Parece pertinente, a fim de evitar discussões e insegurança na aplicação da norma ora em proposição, que esta preveja dispositivo regulando expressamente o regime de responsabilização exigível na *ação civil anticorrupção*. Nesta esteira, sugere-se a seguinte redação:

Art. 10. A responsabilidade do réu, pessoa física ou jurídica, depende de demonstração de dolo, na forma prevista na Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, quando o ato de corrupção se enquadrar em algum de seus dispositivos; e será objetiva, quando o demandado for pessoa jurídica e o ato se amolde ao art. 5º da Lei 12.846, de 01 de agosto de 2013.

Com tais contornos, ficaria bem definido o regime de responsabilização a ser exigido para a condenação do réu na *ação civil anticorrupção*, que variaria de acordo com a espécie de ato cometido, improbidade ou ato lesivo à LAC.

5.7 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO: NOTAS FINAIS SOBRE A AÇÃO CIVIL ANTICORRUPÇÃO

Em conclusão ao abordado neste Capítulo, cumpre destacar os seguintes pontos em relação à *ação civil anticorrupção*:

1. A *ação civil anticorrupção* é mecanismo eficaz para desvendar ilícitos que, de outro modo, tenderiam a ficar acobertados ou demorariam muito tempo até serem constatados pelas autoridades, pois promove a colaboração de pessoas integrantes ou próximas do grupo delinquente, que divulgam informações valiosas em troca do incentivo financeiro ofertado pelo Estado.
2. A simples existência deste mecanismo já causa efeito dissuasório na corrupção, pois os membros do grupo passam a temer a possibilidade real de que alguém revele a corrupção ao poder público.
3. Como denotam as *qui tam actions*, a *ação civil anticorrupção* pode ser altamente eficaz para enfrentar a corrupção, pois provocaria o aumento da capacidade de persecução estatal a baixo custo, sem necessidade de investimentos em estrutura e pessoal.

4. A *ação civil anticorrupção* não altera o regime estabelecido no microssistema anticorrupção para responsabilização de agentes corruptos; apenas agrega um mecanismo adicional, através da atribuição de legitimidade processual para que pessoas privadas processem em favor do Estado, visando à recomposição de valores desviados do erário ou percebidos de forma indevida.
5. Sanções, no sentido estrito do termo, não são objeto da *ação civil anticorrupção*; apenas o desfazimento dos efeitos patrimoniais da corrupção pode ser buscado nesta via, tais o ressarcimento do dano causado e a devolução da vantagem indevida que fora recebida.
6. As penas previstas na LIA e na LAC comportam aplicação em ação própria, que poderá se valer das informações trazidas pelo autor privado na *ação civil anticorrupção*, ações estas que, inclusive, comportam pedido de complementação do dano, caso não tenha sido abarcado integralmente na demanda original.
7. Em princípio, apenas informações inéditas devem embasar a *ação civil anticorrupção*, pois não faz sentido, e ofenderia a moralidade, que o poder público pague por algo que já sabe; contudo, é importante admitir demandas baseadas em informação já pública, quando o autor privado for a fonte original e, também, quando o ente público, sabedor do ilícito, não o tenha apurado em tempo razoável, uma vez que esta possibilidade excepcional reforça o controle sobre a atividade estatal e amplia a os meios de apuração de atos ilícitos.
8. Embora concedida legitimidade ativa para o particular processar em nome do Estado, a intervenção da entidade lesada é salutar, seja como autor principal ou como assistente do autor privado, pois, como compravam as *qui tam*, tal intervenção aumenta as possibilidades de êxito da ação e o valor recuperado.

9. A participação do Ministério Público, como autor ou fiscal da lei, também é fundamental e decorre do sistema de proteção à probidade e ao patrimônio público instituído pela Constituição Federal e pelo *microsistema anticorrupção*.
10. Caso a ação possa, ao invés de tutelar, comprometer o interesse público, é essencial que a entidade lesada e o MP tenham a prerrogativa de manifestar sua oposição liminar à demanda; deste modo, em se tratando de dados públicos, de processo que possa comprometer investigações já em andamento ou que represente ofensa ao interesse público deve o juiz extinguir de plano a *ação civil anticorrupção*.
11. A recompensa financeira devida ao autor privado, motor que freia a corrupção ao impulsionar a revelação de informações fundamentais e de outro modo dificilmente acessíveis (*inside informations*), deve variar conforme o papel desempenhado pelo demandante na ação e a relevância da sua colaboração para recuperação de ativos desviados do poder público.
12. As formas consensuais de extinção de litígios anticorrupção (acordo de leniência e acordo de não persecução cível) devem repercutir na *ação civil anticorrupção*, por coerência sistêmica e na forma prevista no microsistema; igual modo, a própria *ação civil anticorrupção* comporta conciliação. Em tais hipóteses, a recompensa devida àquele que trouxe o caso à tona deve ser paga, para garantir os primados da lealdade e da boa-fé e para não desestimular a propositura de novas *ações pessoais anticorrupção*.
13. Medidas de proteção laboral ou contratual ao autor privado são fundamentais, pois reforçam o incentivo para que divulgue informações sensíveis ao poder público.
14. Todo o montante arrecadado na *ação civil anticorrupção*, descontada a recompensa devida ao autor privado, deve

reverter em favor da entidade lesada, para reparar o mal causado pela corrupção.

15. Para resguardo da pretensão principal, bem como para permitir adequada atividade probatória na ação, devem ser previstas medidas processuais que assegurem estes interesses, como a indisponibilidade de bens, busca e apreensão, acesso a informações e documentos sob sigilo fiscal ou bancário, requisição de dados obtidos, mediante decisão do juízo criminal competente, por interceptação telefônica, telemática ou informática; e sustação dos efeitos do ato ou processo administrativo objeto da ação.
16. O regime de responsabilização do réu da *ação civil anticorrupção* depende da qualificação atribuída ao ato corrupto: se implicar em improbidade, deve ser demonstrado o dolo do causador da lesão patrimonial; já se o ato for enquadrado como lesivo à LAC, nos termos de seu art. 5º, sendo ré uma pessoa jurídica, a responsabilidade pelo desfalque patrimonial será objetiva.

Com essas conclusões, se tem por provada a quinta hipótese levantada nesta tese, pois a pesquisa aponta que a *ação civil anticorrupção* é fonte eficaz para descoberta de ilícitos que de outro modo dificilmente seriam desvendados e facilita, a baixo custo, a recuperação de ativos malbaratados da Administração Pública brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta pesquisa, partiu-se da ideia de que a proteção dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública pode ser reforçada com o uso de nova ação judicial tendente a incrementar a descoberta de atos de corrupção. A oferta de uma recompensa, representada por parcela do valor recuperado pelo Estado, nos moldes da *qui tam action* do Direito estadunidense, serve de incentivo para desvendar atos contra a moralidade e o patrimônio públicos, com ganho de eficiência e economia de recursos, pois o mecanismo não demanda ampliação de gastos públicos com aparelhamento da máquina repressiva.

No percurso, foi realizado estudo sobre principiologia constitucional regente da atividade administrativa, do fenômeno da corrupção, do microsistema de proteção à probidade administrativa no Brasil, de institutos análogos no sistema dos Estados Unidos, para, a partir do contraste entre os dois ordenamentos jurídicos, propor-se a introdução da *ação civil anticorrupção* no Direito brasileiro.

Deste modo, foi sustentada a Tese segundo a qual os princípios constitucionais que regem a atuação do Estado brasileiro determinam condutas positivas para a realização de determinados objetivos sociais, como a promoção da igualdade, justiça social, educação, saúde e tantos outros destinados a melhorar as condições de vida dos brasileiros. A corrupção, contudo, tem historicamente frustrado a realização destas missões, ao drenar os recursos necessários para finalidades outras, distintas do interesse público. O microsistema anticorrupção, que tem como balizas fundamentais a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção, foi pensado como antídoto a tal mazela, mas seus resultados são tímidos, especialmente nos campos da dissuasão e da recuperação de ativos desviados. A experiência estadunidense serve de guia para aperfeiçoar o panorama legislativo nacional, uma vez que, tendo logrado envolver a iniciativa privada na persecução de atos lesivos ao patrimônio público, alcança resultados expressivos no desfazimento dos efeitos de desvios contra a Administração, no que se destaca o papel das *qui tam actions*. Neste passo, a *ação civil anticorrupção*, abordada no Capítulo 5, ao conferir legitimidade ativa para particulares moverem ações judiciais em favor do Estado para reparar os efeitos financeiros de atos de improbidade ou lesivos, agrega instrumento que

aumenta as chances de descoberta dos ilícitos e o potencial de ressarcimento dos danos causados, tudo isto sem agregar custos, pois o incremento da atuação controladora é financiado com parcela do produto recuperado na própria ação, pago ao autor a título de recompensa por seu esforço e atuação cívica.

Neste contexto, o trabalho ora desenvolvido tem potencial impacto social e político, na medida em que a *ação civil anticorrupção* pode mobilizar a cidadania e ampliar o envolvimento cívico, trazendo os agentes privados para colaborar com a esfera pública na defesa dos princípios constitucionais que regem a atividade administrativa e para defesa do patrimônio destinado a promover as missões emancipadoras prescritas em 1988.

Como se viu no Capítulo 1, a Constituição Federal fundou um Estado-Administração republicano, governado por leis, provedor de prestações, garantidor de direitos e que deve tratar os seus cidadãos como destinatários de sua ação e proteção, não mais sujeitos de suas ações. O Estado precisa agir para transformar.

Para tanto, as autoridades foram dotadas de programas de ação claros (competências legalmente estabelecidas), que devem ser desempenhadas rigorosamente com vistas nas finalidades de sua instituição (com moralidade e sem desvio) e dentro de parâmetros que otimizem a realização dos direitos com custos racionais (eficiência).

E para garantir que isto de fato ocorra, e para assegurar que todos sejam igualmente tratados, sem privilégios ou discriminações (impessoalidade), tudo há de ser feito às claras, de forma democrática e participativa, com promoção da maior publicidade, de modo de que o titular do poder e seu destinatário possa exercer controle sobre os atos de seus representantes.

A República Federativa do Brasil, erigida em 1988, é essencial e fundamentalmente republicana. E os princípios tratados no Capítulo são corolários do cumprimento deste ideal.

Com isto, tem-se por provada a primeira hipótese levantada nesta tese: *A principiologia constitucional funda o Estado brasileiro com feição transformadora e participativa e garante aos cidadãos posições jurídicas que dependem do funcionamento probo da Administração Pública.*

O patrimonialismo histórico, contudo, tem embaraçado a promoção dos valores republicanos e seus consectários, pois a corrupção que dele deriva desvirtua a aplicação do gasto público e a formulação de políticas públicas necessárias para a transformação social pensada pela Constituinte.

Decisões equivocadas são tomadas, não por erro, mas com vistas ao locupletamento, com sensíveis prejuízos nas áreas da saúde, educação e infraestrutura, privando o país e as pessoas das condições necessárias ao seu pleno desenvolvimento; e criando um ambiente, decorrente do desrespeito sistemático da ordem jurídica, de completa falta de credibilidade, corrosivo ao tecido social.

Neste ponto, ficou demonstrado no Capítulo 2 que a corrupção é chaga antiga e enraizada no Brasil, ainda que o passado recente registre aumento dos esforços no seu enfrentamento, os quais, todavia, são ainda claudicantes. Seus efeitos são extensos e nocivos, afetando áreas essenciais para o desenvolvimento do Estado, da sociedade e das pessoas. Assim, tem-se por provada a segunda hipótese levantada nesta tese: *A corrupção assola o Brasil desde sua fundação e impede a realização dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro.*

O caminho para superar o problema é ainda incerto, mas pode-se afirmar que a profissionalização do serviço público, com formação dos servidores em temas como licitações, controle e gestão pública, é essencial para melhora dos índices de probidade e aumento da eficiência administrativa. Ainda, é inegável que a corrupção tende a diminuir quando o agente público tem receio de ser fiscalizado e punido, para o que se faz mister ferramentas legais e instituições fortes, que não podem, entretanto, prescindir do envolvimento cívico.

Nesta esteira, o *microssistema anticorrupção* brasileiro, analisado no Capítulo 3, representa esforço tendente a reforçar o respeito ao ordenamento jurídico, em especial aos valores que norteiam a atividade administrativa, dentre os quais se destaca a moralidade.

No plano normativo, o microssistema recebeu um desenho adequado. A LIA, não obstante a desfiguração sofrida na reforma operada em 2021, ao regulamentar o art. 37, § 4º da Constituição Federal, deixa evidente que condutas em desfavor da moralidade administrativa não podem passar em branco; e prevê mecanismos adequados, em tese, para a apuração, processo e sancionamento das ofensas.

A LAC, a seu turno, agregou importante foco nas empresas que se envolvem em atos imorais, propondo-se a agir sobre o motor financeiro da corrupção e fazendo pesar sobre as corporações o ônus de agir preventivamente para evitar ofensas, em face do regime de responsabilidade objetiva que prescreve.

No entanto, no plano dos fatos, ambas apresentam falhas em pontos sensíveis e carecem de efetividade, tanto no que diz com o potencial de descoberta de ilícitos, quanto no que tange à reparação dos danos decorrentes de atos de corrupção, o que decorre, sobretudo, à falta de estímulos para que pessoas privadas colaborem com o Estado.

Ao não envolvê-las, o Estado deixa de receber um insumo essencial – a informação –, melhor provida por pessoas integrantes ou próximas ao esquema ilícito, carência que é agravada pela inépcia do poder público em coordenar suas diferentes agências com papel anticorrupção.

Assim, seja por não atrair quem disponha de informações, seja por não conseguir cooperação interna de seus diferentes organismos, o microssistema não alcança as missões de dissuadir ilícitos nem de ressarcir o Estado das violações detectadas e provadas.

Deste modo, tem-se por provada a terceira hipótese levantada nesta tese: *os mecanismos que formam o microssistema anticorrupção brasileiro carecem de efetividade, tanto no que diz com a descoberta de ilícitos, quanto no que tange à reparação dos danos decorrentes de atos de corrupção.*

Há necessidade de imprimir maior vigor a medidas aptas a recuperar ativos desviados e incrementar meios para descobrir os ilícitos praticados, seus partícipes e sua real extensão.

Neste campo, há evidente necessidade de um passo a mais, no sentido de trazer o cidadão e a sociedade para dentro da arena anticorrupção. Para essa tarefa, não se pode desperdiçar a experiência legada pelo Direito estadunidense, que desde seu período colonial atentou para a importância de envolver a iniciativa privada no reforço ao respeito à ordem jurídica.

O levantamento de dados feito no período de pesquisa realizado nos Estados Unidos, na *Widener University – Delaware Law School*, foi crucial para a ampliação da compreensão do sistema legal norte-americano de detecção e repressão de

condutas lesivas ao erário. Conforme a pesquisa realizada *in loco*, resta evidente que, além da proposição feita no Capítulo 5, o intercâmbio de informações poderá contribuir para a melhoria dos estudos acerca do tema no Brasil e nos Estados Unidos, tarefa para a qual se mostrou fundamental a dupla titulação com a *Widener University - Delaware Law School*.

Do exame feito especificamente sobre o FCPA, RICO e FCA, constata-se que pessoas privadas assumem um papel fundamental na aplicação da lei e na persecução de atos de corrupção nos Estados Unidos (*private enforcement*), não substituindo, mas complementando e reforçando a ação pública.

Dos 3 diplomas, ressalta o papel proeminente do *relator* ou *private attorney general*, estabelecido no FCA: se o Estado não tiver tomado a iniciativa de punir fraudes praticadas contra o governo, é conferido a pessoas privadas o poder de fazê-lo, processando em nome e em favor do Estado, através das *qui tam actions*, das quais retirarão recompensa financeira em caso de sucesso.

No RICO também é importante o papel emprestado aos agentes privados, o qual, embora limitado ao plano de responsabilização civil, lhes confere o direito de processar aqueles que incidirem nas violações previstas no diploma, atraídos pela possibilidade de se ressarcirem dos prejuízos sofridos em decorrência da atividade criminosa e, ainda, ganhar uma boa compensação financeira adicional (*treble damages*).

O FCPA, a seu turno, embora não legitime processualmente entes privados para perscrutar as violações nele previstas, se vale essencialmente da colaboração privada para desvendar os ilícitos cometidos, através de programa de *whistleblower* instituído pela SEC e das múltiplas possibilidades de acordo existentes para encerrar investigações nesse tema, tão frequentes que sequer há uma jurisprudência sólida formada sobre norma, já que os casos não chegam a ser resolvidos pelo Judiciário (*settlement culture*).

Além disso, pelo fenômeno da *collateral civil litigation* muitos autores privados acabam indiretamente reforçando a aplicação da norma, pois têm replicado em processos de iniciativa particular fatos idênticos aos articulados pelo Departamento de Justiça (DOJ) ou pela *Securities and Exchange Commission* (SEC) em ações que tais entes públicos promovem para impor as penas do diploma. Em suas demandas,

os particulares buscam reparação por violações ao FCPA, mas, por não terem *cause of action* para sua aplicação, não o invocam como fundamento de sua pretensão, preferindo se valer de outras normas, como o RICO, leis antitruste e leis estaduais contra competição injusta, conquanto estejam, na essência, litigando por violações ao FCPA.

Este quadro demonstra, em primeiro lugar, um reconhecimento das limitações estatais para descobrir a vasta gama de ilícitos cometidos. A isto se segue a constatação de que não adiantaria, e sequer o orçamento do país mais rico do planeta suportaria, ampliar exponencialmente a estrutura burocrática de aplicação da lei, pois há informações que só membros ou pessoas que orbitam em torno do grupo criminoso possuem.

Como decorrência lógica, vem a noção de que muito mais eficiente é incentivar a colaboração privada com o Estado, ofertando uma recompensa financeira ou a atenuação das punições eventualmente aplicáveis, do que investir em novas agências e funcionários, o que implicaria gasto perene, de retorno incerto e com impactos sensíveis nas liberdades civis.

A escolha feita pelo sistema jurídico estadunidense já desde o Século XIX tem se mostrado positiva, pois tem levado à punição de vários violadores de normas anticorrupção, sem acréscimo significativo da estrutura estatal, recuperando grandes somas desviadas do Estado.

Com isto, resta evidenciado que o *Direito estadunidense tem boas ferramentas legais para atacar o fenômeno da corrupção, dentre ~~essas~~ quais se destacam as qui tam actions, instrumento efetivo para descoberta de atos de corrupção e para recuperação de valores desviados do Estado*, experiência que pode inspirar avanços na ordem jurídica brasileira. Com isto, tem-se por provada a quarta hipótese levantada nesta tese.

De fato, a experiência estadunidense não pode ser desprezada pelo Brasil, país assolado por índices altíssimos de corrupção e com recursos escassos para ampliar sua estrutura de persecução. Neste cenário, terá impacto político e social significativo a incorporação de instrumento inspirado nas *qui tam actions*, mas adaptado à realidade nacional, a *ação civil anticorrupção*.

Conforme detalhado no Capítulo 5, a *ação civil anticorrupção* tem grande aptidão para desvendar ilícitos que, de outro modo, tenderiam a ficar acobertados ou demorariam muito tempo até serem constatados pelas autoridades. Ao estimular a colaboração de pessoas integrantes ou próximas do grupo delinquente, que divulgam informações valiosas em troca do incentivo financeiro ofertado pelo Estado, se amplia, a baixíssimo custo, a capacidade de detecção de ilicitudes, posto não haver necessidade de investimentos em estrutura e pessoal.

Além disso, a simples implantação deste mecanismo já causa efeito dissuasório na corrupção, pois os membros do grupo passam a temer a possibilidade real de que alguém revele a corrupção ao poder público.

É importante frisar que a *ação civil anticorrupção* não altera o regime estabelecido no *microssistema anticorrupção* para responsabilização de agentes corruptos; apenas agrega um mecanismo adicional, através da atribuição de legitimidade processual para que pessoas privadas processem em favor do Estado, visando à recomposição de valores desviados do erário ou percebidos de forma indevida.

Sanções, no sentido estrito do termo, não são objeto da *ação civil anticorrupção*; apenas o desfazimento dos efeitos patrimoniais da corrupção pode ser buscado nesta via, tais o ressarcimento do dano causado e a devolução da vantagem indevida que fora recebida.

As penas previstas na LIA e na LAC comportam aplicação em ação própria, que poderá se valer das informações trazidas pelo autor privado na *ação civil anticorrupção*, ações estas que, inclusive, comportam pedido de complementação do dano, caso não tenha sido abarcado integralmente na demanda original.

Para que seja vantajosa ao Estado, em princípio, apenas informações inéditas devem embasar a *ação civil anticorrupção*, pois não faz sentido, e ofenderia a moralidade, que o poder público pague por algo que já sabe; contudo, é importante admitir demandas baseadas em informação já pública, quando o autor privado for a fonte original e, também, quando o ente público, sabedor do ilícito, não o tenha apurado em tempo razoável, uma vez que esta possibilidade excepcional reforça o controle sobre a atividade estatal e amplia a os meios de apuração de atos ilícitos.

A ação civil anticorrupção, consoante aqui delineado, concede legitimidade ativa para o particular processar em nome do Estado, mas não elide a intervenção da entidade lesada, sempre salutar e recomendável, pois, como compravam as *qui tam*, tal intervenção aumenta as possibilidades de êxito da ação e o valor recuperado.

Igual modo, a intervenção do Ministério Público, como coautor ou fiscal da lei, também é fundamental e decorre do sistema de proteção à probidade e ao patrimônio público instituído pela Constituição Federal e pelo *microsistema anticorrupção*.

Ainda de acordo com a moldura ora proposta, deve haver um filtro que impeça a instauração ou seguimento da ação sempre que, ao invés de tutelar, possa comprometer o interesse público. Para tanto, se faz essencial que a entidade lesada e o MP tenham a prerrogativa de manifestar sua oposição liminar à demanda.

Para que seja atrativa e demova o particular da inércia, estimulada pelos riscos e custos de um processo, é fundamental a oferta de recompensa financeira ao autor privado.

Para acessar informações fundamentais e de outro modo dificilmente acessíveis (*inside informations*), o Estado necessita retribuir o esforço extra do autor privado, recompensa que deve variar conforme o papel desempenhado pelo proponente da ação e a relevância de sua colaboração para recuperação de ativos desviados do poder público.

Devem, também, ser preservadas as formas consensuais de extinção de litígios anticorrupção (acordo de leniência e acordo de não persecução cível). Seus ditames haverão de repercutir na *ação civil anticorrupção*, por coerência sistêmica e na forma prevista no microsistema.

A própria *ação civil anticorrupção*, aliás, comporta conciliação, respeitados os parâmetros do microsistema e o melhor atendimento do interesse público por tal via. Em tais hipóteses, a recompensa devida àquele que trouxe o caso à tona deve ser paga, para garantir os primados da lealdade e da boa-fé e para não desestimular a propositura de novas *ações pessoais anticorrupção*.

De outro norte, medidas de proteção laboral ou contratual ao autor privado são fundamentais, pois reforçam o incentivo para que divulgue informações sensíveis ao poder público.

Sendo bem-sucedida, todo o montante arrecadado na *ação civil anticorrupção* deve reverter em favor da entidade lesada, para reparar o mal causado pela corrupção, descontando-se apenas a recompensa devida ao autor privado.

Para resguardo da pretensão principal, bem como para permitir adequada atividade probatória na ação, são essenciais medidas processuais que assegurem estes interesses, como a indisponibilidade de bens, busca e apreensão, acesso a informações e documentos sob sigilo fiscal ou bancário, requisição de dados obtidos, mediante decisão do juízo criminal competente, por interceptação telefônica, telemática ou informática; e sustação dos efeitos do ato ou processo administrativo objeto da ação.

Quanto ao regime de responsabilização do réu da *ação civil anticorrupção*, ficará na dependência da qualificação atribuída ao ato ilícito: se implicar em improbidade, deve ser demonstrado o dolo do causador da lesão patrimonial; já se o ato for enquadrado como lesivo à LAC, nos termos de seu art. 5º, e sendo ré uma pessoa jurídica, a responsabilidade pelo desfalque patrimonial será objetiva.

Com essas feições, se tem por provada a quinta hipótese levantada nesta Tese, pois a pesquisa aponta que *a ação civil anticorrupção tem potencial para reduzir os efeitos gerados pela corrupção e aumentar a promoção da probidade e da moralidade administrativa*; e facilita, a baixo custo, a recuperação de ativos malbaratados da Administração Pública brasileira.

Em realidade, o Estado republicano e transformador criado em 1988 é embaraçado pela alta incidência de atos de corrupção no Brasil. Embora o arcabouço normativo seja bom, não tem sido suficiente para impedir e reprimir adequadamente a ilicitude que drena recursos públicos essenciais para alcance dos objetivos constitucionais. O direito estadunidense oferece um modelo eficiente e de baixo custo para lidar com o fenômeno, que pode ser aproveitado no plano nacional com as devidas adaptações. A *ação civil anticorrupção*, inspirada nas *qui tam actions* dos Estados Unidos, pode contribuir muito para aumentar a descoberta de ilícitos, ressarcimento de valores desviados, tornar mais custoso delinquir e, com isto, favorecer a preservação do orçamento necessário para implementar as políticas públicas tendentes às transformações pretendidas pela Constituição Federal.

A corrupção é um problema que não conhece fronteiras. Pelo contrário, por elas perpassa com muita frequência e com crescente facilidade, graças às novas tecnologias e à globalização. No Brasil não é diferente. Sofre deste mal desde o período colonial e tem tido muitas dificuldades para mudar o cenário, com prejuízos claros para a consolidação do Estado de Direito, do ideal republicano e das transformações pretendidas pelo Constituinte de 1988, com reflexos nocivos na plena fruição dos direitos assegurados ao indivíduo e à coletividade.

Eventos recentes trazem alguma esperança de avanço. Um novo vigor é visto em instituições de controle, possibilitando desvendar esquemas complexos e atingir pessoas de grande poder e influência. Mas esses episódios ainda não são a regra no enfrentamento à corrupção e há um movimento reativo muito forte pela manutenção do *status quo*.

O fato é que o desenho constitucional forjado em 1988 não se coaduna com o quadro presente. A principiologia delineada na Constituição Federal promove o valor republicano como central no Estado Democrático de Direito então estabelecido. Os vetores insertos no art. 37 da Carta – legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência – e o subprincípio da probidade administrativa estão a exigir do agente público posturas honestas e consentâneas com o atingimento do interesse público, pois é através disto que os objetivos traçados pelo Constituinte, de superação de desigualdades, erradicação da pobreza, promoção do desenvolvimento e de existência digna a todos, poderão se concretizar.

À atitude transformadora pretendida pela Constituição Federal é imprescindível a lisura dos atos dos agentes públicos. De outro modo, a corrupção, por drenar os escassos recursos disponíveis para custeio das políticas públicas necessárias, irá frustrar, como tem frustrado, a consecução daqueles elevados objetivos.

Como ficou demonstrado no Capítulo 2, a corrupção tende a diminuir quando os custos de agir ilicitamente superam os benefícios esperados. É essencial, portanto, inverter a equação em vigor, para que o agente público passe a ter efetivo receio de ser fiscalizado e punido, aumentando o custo de delinquir.

O Capítulo 3 comprovou que o país tem ferramentas importantes neste ponto, em especial as que integram o *microssistema anticorrupção*, instrumentos normativos

e institucionais talhados para abarcar a corrupção, de forma complementar ao Direito Penal, cuja eficácia tem sido muito limitada.

No entanto, o microsistema ainda carece de maior efetividade, tanto no que diz com a descoberta de ilícitos, quanto no que tange à reparação dos danos decorrentes de atos de corrupção. A LIA e a LAC são instrumentos bons no plano normativo, mas uma série de dificuldades têm impedido que melhores resultados sejam de fato atingidos, o que é espelhado pela baixa taxa de recuperação de ativos verificada nas ações judiciais propostas.

Muito disto se deve à falta de coordenação das diferentes agências com papel anticorrupção e, em especial, à ausência de estímulos para colaborar com o Estado, o que dele subtrai elementos valiosos de posse de indivíduos que não integram sua estrutura, mas por estarem próximos ao ilícito, dispõe de uma *commoditie* valiosa, a informação, muitas vezes inacessível ao poder público.

Então, o impulso adicional que ainda falta para melhor enfrentar a corrupção na esfera administrativa consiste em trazer o cidadão e a sociedade para dentro da arena anticorrupção. Esta iniciativa já se provou útil, como atestou o exame feito no Capítulo 4 sobre o FCPA, RICO e FCA, estatutos estadunidenses que se valem de pessoas privadas para incrementar o respeito à lei.

Como se atestou pela observação do Direito Comparado, a aplicação de medidas de *private enforcement* têm importância fundamental para assegurar a observância e aplicação da lei, garantindo o *rule of law*. A figura do *private attorney general* ou *relator*, prevista no FCA, destaca-se neste contexto. O particular recebe um parcial poder do Estado para agir processualmente em nome e em favor dele, através de uma *qui tam action*, em que violadores são levados à Justiça para reparar o dano causado e, se a ação for bem-sucedida, o privado autor receberá recompensa financeira por seu esforço, deduzida do montante cobrado na ação.

Foi apontado, em primeiro lugar, o reconhecimento das limitações estatais para descobrir toda a gama de ilícitos cometidos. A isto se seguiu a constatação de que não adiantaria, e sequer o orçamento do país mais rico do planeta suportaria, ampliar exponencialmente a estrutura de aplicação da lei, pois há informações que só membros ou pessoas que orbitam em torno do grupo delinquente possuem.

Como decorrência lógica, vem a noção de que muito mais eficiente é incentivar a colaboração privada com o Estado, ofertando recompensa financeira ou atenuação de punições; do que investir constantemente em novas agências e funcionários, medida custosa e de retorno incerto. Esta é a escolha feita desde o Século XIX nos Estados Unidos, e tem se mostrado efetiva, já que tem levado à punição vários violadores de normas anticorrupção, sem o correspondente acréscimo da estrutura estatal e do gasto público. Não se trata de opor Estado e cidadania, mas de integrá-los em um regime *híbrido de enforcement*.

Esta experiência não pode ser desprezada pelo Brasil, país assolado por índices altíssimos de corrupção e com recursos escassos, fator este que o impede de ampliar significativamente sua estrutura de persecução¹⁵⁶³; crescimento que nem seria de todo desejável, pois há de se buscar um ponto ótimo, que equilibre as potencialidades financeiras, a inconveniência de um 'Estado policial' e a prevenção e punição de ilícitos¹⁵⁶⁴.

Neste quadro, a *ação civil anticorrupção*, segundo exame que se fez no Capítulo 5 desta tese e que é inspirada nas *qui tam actions* do Direito estadunidense, é mecanismo eficaz para desvendar ilícitos que, de outro modo, tenderiam a ficar acobertados ou demorariam muito tempo para serem constatados pelas autoridades, pois referida ação enseja a colaboração de pessoas integrantes ou próximas do grupo delinquente, que divulgam informações valiosas em troca do incentivo financeiro ofertado pelo Estado.

Com as adaptações devidas, que foram sugeridas ao longo do capítulo anterior, pode ser aberto um canal de envolvimento cívico e de aporte de informações valiosíssimo. Sua instituição tem aptidão para tornar maior o custo do ilícito, como se viu, por exemplo, através da experiência do norte-americano RICO, cuja edição fez aumentar as denúncias de comparsas e, com isto, o temor de delinquir, pois o companheiro de ilícitos passou a ser visto como um potencial delator.

¹⁵⁶³ "[...] *the massive governmental expenditures required to detect and investigate misconduct are no match for the millions of 'eyes on the ground' that bear witness to violations*". GILLES, Myriam E. Reinventing Structural Reform Litigation: Deputizing Private Citizens in the Enforcement of Civil Rights. **COLUMBIA LAW REVIEW**, v. 100, 2000, p. 1410.

¹⁵⁶⁴ "Não devemos sacrificar nossa liberdade no altar da dissuasão". KLASS, Brian. **Corruptíveis**: o que é o poder, que tipos de pessoas o conquistam e o que acontece quando chegam ao topo. São Paulo: Editora Cultrix, 2022, Edição do Kindle, p. 4890.

A *ação civil anticorrupção*, repise-se, não altera o regime estabelecido no *microssistema anticorrupção* para responsabilização de agentes corruptos. Pelo contrário, a ele se incorpora, apenas agregando um mecanismo adicional: a atribuição de legitimidade processual para que pessoas privadas processem em favor do Estado, com vistas exclusivamente na recomposição patrimonial dos efeitos gerados pelo ilícito.

Não se trata de uma ação sancionadora, mas de cunho meramente ressarcitório. O Estado se recupera da lesão sofrida e o particular é recompensado por seu esforço, na medida de seu trabalho e da relevância das informações prestadas. E não há custo extra com a máquina repressiva, pois a recompensa é deduzida do montante recuperado na ação proposta pelo particular.

A prerrogativa de apurar o ilícito e recuperar seus efeitos financeiros segue sendo do Estado. O autor privado apenas supre eventual inércia ou déficit informacional, este muito recorrente. E quando o fizer, o Estado é chamado a se juntar à ação, assim como o Ministério Público, cujo papel é fundamental no sistema de proteção à probidade e ao patrimônio público.

Com estes contornos, tem-se na *ação civil anticorrupção* um instrumento muito promissor para diminuir a ilicitude no plano estatal e, com isto, melhorar o funcionamento da máquina pública, colocando-a, pela melhor alocação de recursos proporcionada, mais perto do caminho de satisfazer os ideais traçados em 1988.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABREU, Cristina de. **A ECONOMIA DA CORRUPÇÃO – A ANÁLISE ECONÓMICA DA CORRUPÇÃO NAS SOCIEDADES DESENVOLVIDAS CONTEMPORÂNEAS**. Porto: Fronteira do Caos Editores, 2011.

ACKERMAN, Bruce. THE NEW SEPARATION OF POWERS. **Harvard Law Review**. V. 113, n. 3, p. 633-725, Jan./2000.

ALENCAR, Carlos Higinio Ribeiro de. **Prevenção e combate à corrupção e eficácia judicial no Brasil**. 5º Concurso de Monografias da Controladoria-Geral da União. Brasília: 2010. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/27804>. Acesso em: 08/05/2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, Malheiros Editores, 2014.

ALMEIDA, Marcelo Eugênio Feitosa; LIRA, Laura Fernandes de Lima. Retroatividade e Acordo de Leniência: a solução consensual da Lei Anticorrupção no tempo. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 19, n. 01. p.201-224, jan./mar. 2020.

ALMERON, Vanessa Manganaro de Araújo. Da importância da aplicação do princípio da moralidade na administração pública. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 5, n. 2, p. 55-68, ago. 2010.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. Análise da Juridicidade do Controle dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção Empresarial pelo Tribunal de Contas da União. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 17, n. 02. 155-182, abr./jun. 2018.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. Repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal sobre as competências do Tribunal de Contas da União. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 71-103, set./dez. 2018.

ALVES, Maria Fernanda Colaço; SODRÉ, Antônio Carlos de Azevedo. **Relação entre Emendas Parlamentares e Corrupção Municipal no Brasil**: Estudo dos Relatórios do Programa de Fiscalização da Controladoria-Geral da União. RAC, Curitiba, v. 14, n. 3, art. 2, Mai./Jun., 2010, p. 421. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/rac>. Acesso em: 25/07/2020.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Seven Steps to Mitigate FCA Litigation Risks**. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/corporate-counsel/articles/2020/summer2020-qui-tam-actions-managing-risk-in-the-wake-of-covid-19/>. Acesso em: 12/12/2020.

AMORIM, Diego. A Lava Jato foi a maior operação anticorrupção que o Brasil já teve. **O antagonista**, 29/07/2020. Disponível em: <https://www.oantagonista.com/brasil/a-lava-jato-foi-a-maior-operacao-anticorruptao-que-o-brasil-ja-teve-dizem-juizes-do-parana/>. Acesso em: 31/07/2020.

AMUNDSEN, Inge; JACKSON, David. **Rethinking anti-corruption in de-democratising regimes.** U4 Issue 2021:5, p. 12. Disponível em: <https://www.u4.no/publications/rethinking-anti-corruption-in-de-democratising-regimes>. Acesso em: 11/05/2021.

ANDRADE FILHO, João Pereira de; FERREIRA FILHO, Paulo Sérgio. **Leniência, transparência e segurança jurídica:** a vinculação ao acordo de leniência dos atores estatais colegitimados. Recife: Parahyba Judiciária, 2019. Disponível em: https://jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/JoaoPereira deAndradeFilho/Leniencia_parahyba_judiciaria_n11_2018.pdf. Acesso em: 29/08/2020.

ANDRADE, Landolfo. **Acordo de não Persecução Cível:** A Polêmica Envolvendo o Momento para a sua Celebração em Juízo. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/03/02/celebracao-acordo-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 16/05/2021.

ANDRADE, Landolfo. **Acordo de não persecução cível:** primeiras reflexões. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 13/09/2022.

ANECHIARICO, Frank. La corrupción y el control de la corrupción como impedimentos para la competitividad económica. **Gestión y política pública**, v. 19, n. 2, p. 239-261, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração Pública pluricêntrica. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro**, n. 54, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. **Revista de Doutrina do TRF4.** Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao032/alexandre_aragao.html. Acesso em: 21/03/2022.

ARAS, Vladimir. **Os acordos cíveis da lei de improbidade administrativa.** In: *Justiça Consensual: Acordos penais, cíveis e administrativos.* Coordenadores Daniel Resende Salgado, Luis Felipe Schneider Kirscher e Ronaldo Pinheiro Queiros. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

ARAÚJO, Eduardo Carvalho Correa de; RODRIGUES, Vitor Rangel dos Santos; MONTE-MOR, Danilo Soares; COREEIA, Rogério Dias. CORRUPÇÃO E VALOR DE MERCADO: OS EFEITOS DA OPERAÇÃO LAVA JATO SOBRE O MERCADO DE AÇÕES NO BRASIL. Florianópolis: **Revista Catarinense da Ciência Contábil**, v. 17, n. 51, p. 41-58, maio/ago. 2018.

ARAÚJO, Juliana Padrão Serra de. **Acordo de não persecução civil em improbidade administrativa:** abordando pela *Plea Bargain*, Colaboração Premiada e Acordo de Leniência. Organizadores Gilson Jacobsen, Marcelo Buzaglo Dantas e Orlando Luiz Zanon Junior. *Coleção Direito, Anticorrupção e Compliance* – Vol. 6. Florianópolis: Habitus, 2021.

ARAÚJO, Maria da Piedade; SOUZA, Adriana Ireno de. Uma análise econômica da corrupção no Brasil a partir de indicadores objetivos e subjetivos 1998-2013. **Revista Espacios**, v. 38, n. 09, 2017.

ARGANDOÑA, Antonio. Sobre la corrupción. **IESE Research Papers**, D/418. IESE Business School, 2000.

ARGANDOÑA, Antonio. **La corrupción y las empresas**. Disponível em: <http://www.iese.edu/research/pdfs/OP-07-21.pdf>. Acesso em: 14/04/2021.

ARJONA TRUJILLO, Ana María. **La corrupción política**: una revisión de la literatura. Madrid: Universidad Carlos III, 2002.

ARLEN, Jennifer. **Corporate Criminal Enforcement in the United States**: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2951972>. Acesso em: 14/12/2021.

ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE MINISTERIOS PÚBLICOS; RED IBERO AMERICANA DE FISCALES CONTRA LA CORRUPCIÓN. **Lucha contra la Corrupción**: Buenas prácticas. Brasília: MPF, 2019.

ASSIS, Cristiane Costa; SILVA, Adriana Campos. Controle Social e Responsabilidade Estatal. **Revista PRIM@ FACIE**, João Pessoa, PPGCJ, v. 16, n. 33, 2017.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL (AJUFE). **Nota Técnica 03/2021**, p. 7. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/imprensa/noticias/15940-em-nota-tecnica-ajufe-manifesta-preocupacoes-com-substitutivo-do-pl-que-altera-lei-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 09/08/2021.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL (AJUFE). **Nota técnica n.º 2/2021**. Disponível em: https://www.ajufe.org.br/images/2021/pdf/AJUFE_Nota_Te%CC%81cnica_n%C2%BA_2-2021_PL_10.887-2018.pdf. Acesso em: 28/05/2021.

ASSUNÇÃO, Leandro Garcia Algarte. **Disposições finais**: comentários aos artigos 22 a 31. In: *Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. Coordenação Eduardo Gambi e Fábio André Guaragni. São Paulo: Almedina, 2014, p. 268.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007.

AYALA, Andoni Pérez. Federalismo y autonomías: la organización territorial del Estado en el constitucionalismo republicano. **Revista de Derecho Político**, n. 48-49, 2000.

BALÁN, Manuel. Competition by Denunciation: The Political Dynamics of Corruption Scandals in Argentina and Chile. **Comparative Politics**, v. 43, 2010, p. 459-476.

BALTHAZAR, Ricardo. Donos da JBS buscam atalho para rever multa bilionária acertada em 2017. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 13 de dez. 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painelsa/2021/12/donos-da-jbs-buscam-atalho-para-rever-multa-bilionaria-acertada-em-2017.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa. Acesso em: 13/12/2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANFIEL, Edward C. Corruption as a Feature of Governmental Organization. **The Journal of Law and Economics**, v. 18, n. 3, pp. 587-605, Dec./1975.

BAROFSKY, Neil. **Bailout**: An Inside Account of How Washington Abandoned Main Street While Rescuing Wall Street. New York: 2012, Free Press. Edição do Kindle.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARUCH, Hurd. The foreign corrupt practices act. **Harvard Business Review**, Jan. 1979.

BASTOS, Emanuelle de Souza. ROSA, Maycon Peter da. Os Impactos da Operação Lava Jato e da Crise Internacional do Petróleo nos Retorno Anormais e Indicadores Contábeis da Petrobras 2012-2015. Rio de Janeiro: **Pensar Contábil**, v. 18, n. 67, p. 49-56, set./dez. 2016.

BÄTCHOLD, Felipe. Enfrentamento do STF ao bolsonarismo esvaziou Lava Jato, diz cientista político. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 08 de nov. de 2021. Entrevista com o cientista político LUCIANO DA ROS. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/11/enfrentamento-do-stf-ao-bolsonarismo-esvaziou-lava-jato-diz-cientista-politico.shtml>. Acesso em: 08/11/2021.

BÄTCHOLD, Felipe. Nova lei de improbidade cria 'bônus-corrupção' e pode gerar caos na Justiça, diz ministro do STJ. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 29 de out. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/10/nova-lei-de-improbidade-cria-bonus-corrupcao-e-pode-gerar-caos-na-justica-diz-ministro-do-stj.shtml>. Acesso em: 29/10/2021.

BATINI, Silvana; RÉ, Mônica Campos de. **Responsabilização dos Partidos Políticos**. Disponível em https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK_Ewjt_vfKzZ_qAhXQc98KHZECC-IQFjABegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.dezmedidas.mpf.mp.br%2Fapresentacao%2Fartigos%2Fresponsabilizacao-de-partidos-politicos-por-corrupcao-monica-e-silvana.pdf&usg=AOvVaw2YJix6nMttGEc6XHDVMTR. Acesso em: 01/07/2020.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BATTISTI, Adriane. **Curso Modular de Direito Administrativo**. Organizadores: Paulo Afonso Brum Vaz e Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

BEANE, Dorothea. Qui Tam Actions: Are Government Employees Proper Qui Tam Plaintiffs. **Journal of Legal Medicine**, v.14, n.2, jul. 1993, p. 279-300.

BECHARA, Fabio Ramazzini; GOLDSCHIMIDT, Paulo C. (Organizadores). **Lessons of Operation Car Wash: A legal, institutional, and economic analysis**. Brazil Institute / Wilson Center Washington, 2020.

BECK, Randy. Promoting Executive Accountability Through Qui Tam Legislation. **Chapman Law Review**. v. 21, Iss. 1. Art. 4. Disponível em: <https://digitalcommons.chapman.edu/chapman-law-review/vol21/iss1/4>. Acesso em: 03/09/2020.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, Mar.-Abr./1968, p. 170.

BECKER, Gary S. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. **Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, pp. 1-18, Jan./1974.

BEGOVIC, Boris. Corrupción: conceptos, tipos, causas y consecuencias. **Centro para la apertura y el desarrollo de América Latina**, A. III, v. 26, 2005.

BENITES, Afonso. Disputa pelo teto de gastos expõe o 'mensalão' de Bolsonaro. **EL PAÍS**, Brasília, 09 de nov. de 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-11-09/disputa-pelo-teto-de-gastos-e/>. Acesso em: 09/11/2021.

BENTHAM, Jeremy. Da Publicidade. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 6. Brasília, Jul.-Dez./2011, pp. 277-294, Tradução de Francisco Jamil Marques.

BERG & ANDROPHY. **Qui Tam Statistics: False Claims Act Statistics Since 1988**. Disponível em: <https://www.bafirm.com/practice-areas/qui-tam-litigation/statistics/>. Acesso em: 22/09/2020.

BERNARDO, Leandro Ferreira. **A concretização do princípio da publicidade como instrumento de combate à malversação do dinheiro público**. In *TEMAS AVANÇADOS DA ADVOCACIA PÚBLICA*, Tomo IV - ADVOCACIA PÚBLICA E COMBATE À CORRUPÇÃO. Org. GRECO-SANTOS, Bruno et. al. Curitiba: ESA-PR, 2014.

BERTOLAZO, Ivana Nobre; BORRI, Luiz Antonio; SANTIAGO, Thais de Oliveira. LIMITES DOS PRÊMIOS NA COLABORAÇÃO PREMIADA: A (IM)POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 154/2019, Abr./2019.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; GUARAGNI, Fábio André; DE MACEDO, Gustavo Henrique Rocha. MODELOS DE CONSTATAÇÃO DE PROVAS EM LIDES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E CONFISCO ALARGADO NO PROCESSO PENAL. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, v.2, n. 27, 2020.

BEZERRA, Marcos Otávio. **BASES SOCIAIS DA PRÁTICA DA CORRUPÇÃO NO BRASIL**. REFLEXÕES A PARTIR DA ANÁLISE DE DOIS "CASOS DE CORRUPÇÃO". Anuário Antropológico/93. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, p. 285. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7410194>. Acesso em: 13/07/2020.

BHATNAGAR, Subhash. **Transparency and Corruption: Does E-Government Help?** Paper prepared for the compilation of CHRI 2003 Report OPEN SESAME: looking for the Right to Information in the Commonwealth, Commonwealth Human

Rights Initiative, 2003. Disponível em: <https://www.academia.edu/>. Acesso em: 13/08/2021.

BITTAR, Walter Barbosa. **O modelo de investigação mista**: a improbidade administrativa e os limites ao prêmio da delação premiada. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/o-modelo-de-investigacao-mista-a-improbidade-administrativa-e-os-limites->. Acesso em: 04/05/2020.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Edição em e-book.

BLACKKEY, G. Robert; GETTINGS, Brian. Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO): Basic Concepts - Criminal and Civil Remedies. **TEMPLE LAW QUARTERLY**, v. 53, 1980, p. 1038-1039. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/603. Acesso em: 20/12/2020.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10ª ed. Brasília: UNB, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1987. Título original: *Stato, governo, società. Per una teoria generale dele politica*.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Brasília: UNB, 1996.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11ª ed. Trad. Carmen C, Varriale et ai. Brasília: UNB, 1998.

BOMFIM, Gilberto; BLANCHET, Luiz Alberto. O “NUDGE” DA LEI ANTICORRUPÇÃO (12.846/13) PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 20, n. 02. p. 51-70, abr./jun. 2021.

BOSACK, Sean; BECK, Nina. Qui Tam Actions: Managing Risk in the Wake of COVID-19. **Corporate Counsel**, v. 34, n. 3, Summer 2020, p. 6-10.

BRANDÃO, Nuno. O Whistleblowing no Ordenamento Jurídico Português. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, a. 41, n. 161, p. 99-113, Jan./Mar. 2020.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Ações de improbidade e execuções ajuizadas pela União em 2020 pedem o ressarcimento de quase R\$ 4 bilhões**. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/acoes-ajuizadas-pela-uniao-em-2020-pedem-o-pagamento-de-quase-r-4-bilhoes>. Acesso em: 13/10/2021.

BRASIL. COMITÊ INTERMINISTERIAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO. **PLANO ANTICORRUPÇÃO**: Diagnóstico e Ações do Governo Federal.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Lei de improbidade administrativa**: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **RESOLUÇÃO nº 325**, DE 29 DE JUNHO DE 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Ministério Público: um retrato.** Volume 5, dados 2015, Ano 2016.

BRASIL. Controladoria-Geral da União, Ministério da Justiça e Advocacia-Geral da União. Subchefia de Assuntos Parlamentares. **Exposição de Motivos EMI Nº 00011 2009** – CGU/MJ/AGU. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm. Acesso em: 06/09/2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordos de Leniência.** Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/sbm-offshore>. Acesso em: 03/08/2020.

BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Painel dos Acordos de Leniência.** <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZTU2MWI0MjYtY2EzOS00NzYyLTg3MWQtYWE3MmFiMmY0ODM4IiwidCI6IjY2NzhkOWZILTA5MjEtNDE3ZC04NDExLTVmMWMxOGRIZmJiYiJ9>. Acesso em: 27/02/2022.

BRASIL. ENCCLA. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/quem-somos>. Acesso em: 11/05/2021.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Nota Técnica CAOPP – MPSP** n. 02/2020.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARÁ. **Acordo de não persecução civil beneficia instituições de defesa das crianças.** Disponível em:

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Estudo Técnico nº 01/2017.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudotecnico/doc/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em: 09/08/2020.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Orientação nº 10/2020.** Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/5CCR_OrientacaoANPC.pdf. Acesso em: 15/12/2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso lava jato.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 24/07/2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Goiás, 15 Ofício – Núcleo de Combate à Corrupção. **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E PENAL.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/sobre/boas-praticas/not2444-acordo.pdf>. Acesso em: 16/08/2020.

BRASIL. Polícia Federal. **Operação Lava Jato.** Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/desdobramentos-da-operacao-lava-jato>. Acesso em: 24/07/2020.

BRASIL. STF, MS 35435, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-131 DIVULG 01-07-2021 PUBLIC 02-07-2021)

BRASIL. STF, RMS 24.699, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-11-2004, Primeira Turma, DJ de 1º-7-2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1790481/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 03/08/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no CC 174.764/MA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/02/2022, DJe 17/02/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1687567/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 02/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 90.962/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 22/06/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acordo no AREsp 1610631/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 17/08/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AgInt no AREsp 685.930/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/04/2020, DJe 24/04/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1307066/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 02/12/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 569.385/SE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 06/03/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no CC 162.558/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1528828/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/05/2020, DJe 14/05/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1611275/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 20/03/2018)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1684362/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/04/2020, DJe 04/05/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1748560/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 13/03/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1929981/BA, Rel. MIN. MANOEL ERHARDT (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF-5ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/08/2021, DJe 16/08/2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt Resp 1.570.000. 1ª Turma, RELATOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA, R.P/ACÓRDÃO MINISTRO GURGEL DE FARIA. DJe 17/11/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1242530/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 19/05/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1505356/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 13/09/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1682961/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 22/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1.701.967/RS, Rel. p/ acórdão Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 02/02/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1496347/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2021, DJe 28/04/2021)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 12.514/MT, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 13/03/2014, DJe 21/03/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.878.937 RELATOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.414.669-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 20/2/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1115370/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 30/03/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1193248/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 18/08/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1331203/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 11/04/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1352035/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 08/09/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1405748/RJ, Rel. Ministra MARGA TESSLER (JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 17/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1445348/CE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 11/05/2016)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1464287/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 26/06/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1567026/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 27/08/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1821334/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 11/10/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1837848/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 10/03/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1919700/BA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/11/2021, DJe 16/11/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 622.234/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 15/10/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 704.570/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 04/06/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 765.212, 2ª Turma, Relator Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 23/06/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 908790/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 02/02/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 960.926/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 01/04/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 970.393/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 76.026/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 11/10/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AO 1833, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-088 DIVULG 07-05-2018 PUBLIC 08-05-2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **2ª Turma reconhece parcialidade de ex-juiz Sérgio Moro na condenação de Lula no caso Tripplex.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462854&ori=1>. Acesso em: 30/11/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5508 / DF, Tribunal Pleno, Relator Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 20/06/2018, Publicação 05/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AO 1833, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-088 DIVULG 07-05-2018 PUBLIC 08-05-2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 996, Relator Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/05/2018, PUBLIC 08-02-2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 127483, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 164493, Relator EDSON FACHIN, Relator p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/03/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro Dias Toffoli assina acordo de cooperação técnica para combate à corrupção.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449073>. Acesso em: 23/08/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 669069, Tribunal Pleno, Min. TEORI ZAVASCKI, Julgamento: 03/02/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 736351 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 12/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 10-12-2013 PUBLIC 11-12-2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, ARE 1175650 RG, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Julgamento: 25/04/2019, Publicação: 07/05/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, HC 127483, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27.08.2015, Public. 04.02.2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF mantém decisão que suspendeu execução de emendas do relator.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=476385&ori=1>. Acesso em: 01/12/2021.

BRASIL. TRF3. Sexta Turma, Agravo de Instrumento n.º 361042-0002110-35.2009.4.03.0000, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, Julgado em 17/12/2009, E-Djf3 Judicial 1 Data:26/01/2010.

BRASIL. TRF4, AC 5001060-33.2013.4.04.7108, QUARTA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 03/06/2020.

BRASIL. TRF4, AC 5001696-43.2015.404.7103, TERCEIRA TURMA, Relator FERNANDO QUADROS DA SILVA, juntado aos autos em 09/03/2016.

BRASIL. TRF4, AC 5026537-53.2011.4.04.7100, TERCEIRA TURMA, Relator CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, juntado aos autos em 02/12/2011

BRASIL. TRF4, AC 5037369-38.2017.4.04.7100, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 09/10/2019.

BRASIL. TRF4, AG 5004132-65.2020.4.04.0000, QUARTA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 26/05/2021.

BRASIL. TRF4, AG 5019323-19.2021.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 18/08/2021).

BRASIL. TRF4, AG 5023972-66.2017.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 24/08/2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO Nº 1689/2020, Plenário. Sessão de 01/07/2020.

BRASIL.TRF4, AG 5020207-87.2017.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relator FERNANDO QUADROS DA SILVA, juntado aos autos em 17/05/2017.

BRASIL.TRF4, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, 31/08/2018). TRF4, AG 5032589-78.2018.4.04.0000, QUARTA TURMA, Relator para Acórdão CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, juntado aos autos em 24/01/2022.

BRESSMAN, Lisa Schultz. Judicial Review of Agency Inaction: An Arbitrariness Approach. **New York University Law Review**, v. 79, n. 5, Nov./2004, pp. 1657-1718.

BRETAS, Valéria. Em áudio, Jucá sugere pacto para barrar Lava Jato. **Revista exame**, Edição online, 23/05/2016. Disponível em: <https://exame.com/brasil/em-audio-juca-fala-sobre-pacto-para-barrar-lava-jato/>. Acesso em: 01/12/2021.

BRIMBEUF, Sara. **The role of private actors in asset recovery**. International Transparency – Anti-Corruption Resource Centre. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/the-role-of-private-actors-in-asset-recovery-the-growing-use-of-private-litigation-funding>. Acesso em: 28/10/2022.

BRITO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, p. 114-122, jul-set /1992, p. 115.

BRITO, Carlos Ayres. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BRITOS, Armando Rafael Aquino. **La corrupción como fenómeno y la afectación al sistema político**. In *Combate a la corrupción: reflexiones y experiencias multilaterales*. Colección Buen Gobierno, Derechos Humanos y Combate a la Corrupción. ALVAREZ, Adriana de Santiago; TRUJILLO, Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera (Organizadores). Guanajuato, 2020.

BROWN, Curtis. Who Needs to Know? The Seventh Circuit Accepts Information Sent to Government as Publicly Disclosed in Cause of Action v. Chicago Transit Authority. **Boston College Law Review**, v. 58, Issue 6, Article 17, 2017, p. 242. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol58/iss6/17>. Acesso em 30/06/2020.

BRYANE, Michael. **What Does Kosovo Teach Us About Using Human Rights Law to Prosecute Corruption Offences?** Disponível em: https://works.bepress.com/bryane_michael/52/, p. 4. Acesso em: 08/11/2020.

BUGARIN, Maurício S.; VIEIRA, Laércio M. Benefit Sharing: An Incentive Mechanism for Social Control of Government Expenditure. **Quarterly Review of Economics and Finance**, v. 48, n. 4, 2008, p. 682.

BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção? **REVISTA DIREITO GV**, São Paulo, v. 13, n. 2, pp. 390-427, Mai.-Ago./2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1016.

BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean. A New (Republican) Litigation State? **UC Irvine Law Review**, vol. 11, no. 3, February 2021, pp. 657-692.

BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M. Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v. 17, n. 3, pp. 637-722, 2013.

BURNS, Jack. Data Mining for Qui Tam False Claims Act Suits: Business Opportunity for the Technology Age, or Doomed Goose Chase? **Tulane Journal of Technology and Intellectual Property**, n. 22, pp. 1-30, 2020.

CABRAL, Flávio Garcia. Características do princípio da moralidade administrativa como valor. **Revista da AGU**, Brasília-DF, ano 14, n. 02, p. 133-160, abr./jun. 2015.

CABRAL, Flávio Garcia. O princípio da eficiência administrativa na jurisprudência do TCU. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 151-174, jan./abr. 2018.

CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. **Controle social e democracia participativa**. In: GREGO-SANTOS, Bruno; BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSI, William. (Org.). *Temas Avançados da Advocacia Pública III: Direito Administrativo e Políticas Públicas*. Maringá, 2013, v. III, p. 165-202.

CACIAGLI, Mario. **Cientelismo, corrupción y criminalidad organizada**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

CALEGARI, Luiza; GOES, Severino. Quem colabora pra quem: Leia os votos de Fachin, Gilmar e Barroso sobre a delação de Sérgio Cabral. **Consultor Jurídico**, 21/05/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-21/leia-votos-fachin-gilmar-barroso-delacao-cabral>. Acesso em: 26/05/2021.

CALOSSI, Enrico; SBERNA, Salvatore; VANUCCI, Alberto. **Disasters and Corruption, Corruption as Disaster**. In A. de Guttry et al. (eds.). *International Disaster Response Law*. Hague: ASSER PRESS, 2012.

CAMBRIDGE **DICTIONARY**. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/enforcement>. Acesso em: 20/02/2023.

CAMINKER, Evan. The Constitutionality of Qui Tam Actions. **The Yale Law Journal**, v. 99, n. 2, Nov./1989.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMPOS, Francisco de Assis Oliveira. **Avaliação da Tendência à Corrupção nos Municípios Brasileiros**. XVIII Prêmio Tesouro Nacional: concurso de monografias em finanças públicas. 2013, p. 14. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK_EwjBmYPtiOnqAhV_F7kGHehiCKsQFjAAegQIBhAB&url=http%3A%2F%2Fsisweb.tesouro.gov.br%2Fapex%2Fcosis%2Fmonografias.obtem_monografia%3Fp_id%3D471&usq=AOvVaw37nZQW939XiOZ6ZKtN93xK. Acesso em: 25/07/2020.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal**: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a Operação Lava Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, set./ out. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPANEMA, Renato de Oliveira. **INOVAÇÕES DA LEI Nº 12.846/2013**. In Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei 12.846/2013. Coord. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CAPOBINAGO, Ronan Pereira; MARTINS, Carlos Alexandre Moreira; SANTOS, Náibia de Araújo; RODRIGUES, Daniele Silva; SEDIYAMA, Gislaine Aparecida Santana. **Programa de Fiscalização de Entes Federativos**: Uma Comparação dos Resultados Entre os Municípios Fiscalizados Por Mais de Uma Vez. São Paulo: XVI Congresso USP de Iniciação Científica em Contabilidade. 2019, p. 17. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjMisHljunqAhVXI7kGHVtADZUQFjAAegQIAxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.researchgate.net%2Fpublication%2F334769640-Programa-de-Fiscalizacao-de-Entes-Federativos-Uma-Comparacao-dos-Resultados-Entre-os-Municipios-Fiscalizados-Por-Mais-de-Uma-Vez&usq=AOvVaw2_VVPPaP8B3quLKuWwEQWq. Acesso em: 20/07/2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: 1988, Sérgio Antônio Fabris Editor.

CÁRDENAS, Emilio J.; CHAYER, Héctor M. **Corrupción judicial**: mecanismos para prevenirla y erradicarla. Buenos Aires: Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia, 2005.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; NETO, Vicente Loiacono; FERRARI, Flávia Jeane. A LEI ANTICORRUPÇÃO E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS: O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO, O PROGRAMA DE INTEGRIDADE E O ACORDO DE LENIÊNCIA. **Relações Internacionais no Mundo**, 2 (23), Abr./2019, p. 14. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3903>. Acesso em: 10/08/2010.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **A Lei 12.846/2013 e a tutela do Direito material coletivo da probidade na Administração pública**. In Estudos sobre Administração Pública e o combate à corrupção: desafios em torno da Lei 12.846/2013. Coordenação: Raúl Araújo, Edison Pereira Nobre Júnior, Bruno Leonardo Câmara Carrá. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018.

CARRARO, André; MACHADO, Isis Born; CARNEVER, Mário Duarte; BOLL, José Luis Serafini. Proposta para a estimação da corrupção regional no Brasil. **Política & Sociedade**, Florianópolis, v. 14, n. 31, Set.-Dez./2015.

CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. **Diagnosing the disease**: Mapping corruption and its institutional determinants in Brazil. International Research Initiative on Brazil and Africa (IRIBA), Working Paper 8, p. 12. Disponível em:

http://www.brazil4africa.org/wp-content/uploads/publications/working_papers/IRIBA_WP08_Mapping_Corruption_and_its_Institutional_Derminants_in_Brazil.pdf. Acesso em: 10/05/2021), o que dá sinais da disseminação da corrupção nas práticas negociais no país.

CARVAJAL MARTÍNEZ, Jorge Enrique; HERNÁNDEZ DÍAZ, Carlos Arturo; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, José Eduardo. La corrupción y la corrupción judicial: Aportes para el debate. **Prolegómenos**, v. 22, n. 44, p. 67-82, 2019.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 311.

CARVALHO, Jose Murilo de. **La formación de las almas: El imaginario de la República en el Brasil**. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas**. São Paulo: Thomson Reuters, 2015. Edição em e-book.

CARVALO, Fabíola Cristina da Costa de; SILVA, Cássia Carolina Borges da; GARCIA, Ana Paula Padro; DUQUE, Flávia de Paula. **“Juntos Faremos”**: Deliberação como Alternativa de Gestão na Administração Pública. *Administração Pública e Gestão Social*, 7(2), abr.-jun./ 2015, 63-71.

CASADO, Eduardo Gamero; RAMOS, Severiano Fernándes. **Manual Básico de Derecho Administrativo**. Madrid: Tecnos, 2013.

CASTAÑEDA RODRÍGUEZ, Víctor Mauricio. Una investigación sobre la corrupción pública y sus determinantes. **Revista mexicana de ciencias políticas y sociales**, v. 61, n. 227, p. 103-135, 2016.

CASTELLA, Leah. Qui Tam Actions. **State Bar of Texas Environmental Law Journal**, v. 29, n 1, p. 18-31.

CASTRO, Renato Lima. **Colaboração premiada e improbidade administrativa: aspectos fundamentais**. In **Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa**. Vol. 2, Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 375-424.

CESTARI, Virgínia; NETO, Affonso Ghizzo. Os olhos do mundo sobre o Brasil: os visíveis retrocessos na luta contra a corrupção. **Estado de São Paulo**, edição 07/05/2021. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/os-olhos-do-mundo-sobre-o-brasil-os-visiveis-retrocessos-na-luta-contra-a-corrupcao/?utm_source=estadao:twitter&utm_medium=link. Acesso em: 08/05/2021.

CHÊNE, Marrie. **CORRUPTION MITIGATION MEASURES IN HIGH RISK ENVIRONMENTS**. Transparency International Anticorruption Helpdesk. 2016. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/corruption-mitigation-measures-in-high-risk-environments>. Acesso em: 17/07/2020.

CHÊNE, Marrie. **REFORMAS EXITOSAS EN MATERIA ANTICORRUPCIÓN**. Transparency International. Anti-corruption Helpdesk. 2015. Disponível em:

<https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-exitosas-en-materia-anticorrupcion>. Acesso em: 17/07/2020.

CHÊNE, Marrie. **Reformas exitosas en materia anticorrupción**. Transparency International. Anti-corruption Helpdesk. 2015, p. 9. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-exitosas-en-materia-anticorrupcion>. Acesso em: 17/07/2020.

CLOPTON. Zachary D. Redundant Public-Private Enforcement, **Vanderbilt Law Review** v. 69, n. 2, pp. 288-332, Mar./2016.

COELHO, Nuno M.M.S; HERINGER, Helimara Moreira Lamounier. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: UMA BREVE ANÁLISE DA LEI QUE DEU ORIGEM AO COMBATE INTERNACIONAL DA CORRUPÇÃO. **Revista Jurídica**, v. 01, n. 46, pp. 164-187, Curitiba, 2017.

COFFEE, John. C. Jr. Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working. **Maryland Law Review**, v. 42, Issue 2, Article 3, pp. 215-288, 1983.

COHEN, Joel M.; HOLLAND, Michael P.; WOLF, Adam P. Under the FCPA, Who Is a Foreign Official Anyway? **The Business Lawyer**, v. 63, n. 4, p. 1243-1274, ago./2008.

COUNCIL OF EUROPE: COMMITTEE OF MINISTERS. **RECOMMENDATION n. (80) 2**, 1980.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas públicas**. In: *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. Direito Administrativo e Constitucional. Celso Antônio Bandeira de Mello (org.) São Paulo: Malheiros, 1997.

CONCEIÇÃO, Antonio Cesar Lima da. **Controle Social da Administração Pública: Informação & Conhecimento – interação necessária para a efetiva participação popular nos orçamentos públicos**. Brasília: 2010, p 14. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Orçamentos Públicos do Instituto Serzedello Corrêa – ISC/DF.

COPPOLA, Lee; DE MARCO, Nicholas. Civil RICO: How Ambiguity Allowed the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act to Expand Beyond its Intended Purpose. **New England Journal on Criminal & Civil Confinement**, v. 38, n. 241.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controle**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CORIA, Luis; VARO, Roberto. Federalismo y República reales en tres décadas de presupuestos provinciales: Mendoza 1853-1883. **Anuario del Centro de Estudios Históricos 'Prof. Carlos SA Segreti'**, v. 1, n. 1, p. 191-218, 2001.

CORNELL LAW SCHOOL. Legal Information Institute. **Medicaid law: an overview**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/medicaid>. Acesso em: 26/02/2023.

CORNELL LAW SCHOOL. Legal Information Institute. **Punitive Damages**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/medicaid>. Acesso em: 07/03/2023.

COSTA, Gilberto. **Lava Jato completa cinco anos com 155 pessoas condenadas**. Agência Brasil, edição online, 16/03/2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-03/lava-jato-completa-cinco-anos-com-155-pessoas-condenadas>. Acesso em: 24/07/2020.

COSTA, Suzana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coordenadores). **Improbidade Administrativa**. Brasília, Ministério da Justiça, Universidade de São Paulo, Série Pensando o Direito, 2010.

CRAVO, Daniela Copetti. Princípios constitucionais como parâmetro de controle da administração pública: como garantir legitimidade? **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v 37, p. 9-34, n. 77.

CRUZ, Paulo Márcio. **O parlamentarismo racionalizado como condição da democracia em Estados contemporâneos**: França, Portugal e Alemanha como sistemas para análise. Florianópolis: UFSC, 1999. Tese de Doutorado submetida ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, p. 35.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. Curitiba, Juruá, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A TRANSNACIONALIDADE E A EMERGÊNCIA DO ESTADO E DO DIREITO TRANSNACIONAIS. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 26, n. 1, pp. 159-176, Jan.-Jun./2010.

CRUZ, Paulo Márcio; FARIA, Daniela Lopes de; ITU, Christian Normitsu. A necessária evolução do Estado de Direito Social teorizado por Herman Heller ao Estado de Direito Socioambiental diante da crise ambiental na sociedade de riscos. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 1, 2016.

CUNHA, Ricardo Alexandre Souza da; SERRA, Sara Alexandra da Eira; COSTA, Maria Manoela Oliveira. **MEDIDAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO EM PORTUGAL**. Algarve: Book of Proceedings – Tourism and Management Studies International Conference Algarve, v. 2, 2012, p. 698-700.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**: Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 35

DA ROS, Luciano. *Accountability* legal e corrupção. **Revista da CGU**, v. II, n. 20, 2020.

DA ROS, Luciano. **Mayors in the Dock**: Judicial Responses to Local Corruption in Brazil. Tese apresentada para obtenção do grau de Doutor em Ciência Política na Universidade de Illinois. Chigado: 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 195.

DANIEL, Juliana Maia. **Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas**. In: *O Controle jurisdicional de políticas públicas*. Grinover, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DAVIDSON, James West. **Uma breve história dos Estados Unidos**. L&PM Editores. 2ª ed. Edição do Kindle, p. 254-255.

DAVILLA, Justine; HUSSMANN, Karen; LATEEF, K. Sarwar; MACUANE, Jose James; COX, Marcus. **Working Towards More Effective Collective Donor Responses to Corruption**: Background Study on How Donors Have Responded to Corruption in Practice. OECD DAC Network on Governance – Anti-Corruption Task Team. 2009. Disponível em: <https://www.oecd.org/dac/accountable-effective-institutions/45019669.pdf>. Acesso em 17/07/2020.

DAVIS, Kevin E. **CIVIL REMEDIES FOR CORRUPTION IN GOVERNMENT CONTRACTING: ZERO TOLERANCE VERSUS PROPORTIONAL LIABILITY**. New York: 2009, NYU School of Law, International Law and Justice Working Papers, ILLJ Working Paper 2009/4.

DAY, Brittany N. A Modest Proposal: Leveraging Private Enforcement Mechanisms and the Bayh-Dole Act to Reduce Drug Prices in the U.S. Healthcare Industry. **Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy**, v. 17, pp. 185-210, 2022.

DE BUJÁN, Federico Fernández. **Fundamentos clásicos de la democracia y la administración**. Montreal: Universitas, 2021.

DE GIORGI, Raffaele. A administração pública na sociedade complexa. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 9-12, jan./abr. 2011.

DE PAULA, Diego. **FCPA e a Lei Anticorrupção**: Responsabilidade pessoal dos administradores. Organizadores: JACOBSEN, Gilson; DANTAS, Marcelo Buzaglo; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Coleção Direito, Anticorrupção e Compliance* – Vol. 3. Florianópolis: Habitus, 2021.

DE SÁ, Acácia Regina Soares. O acordo de não persecução civil na ação de improbidade administrativa. **Consultor Jurídico**, 25/04/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-25/acacia-sa-acordo-nao-persecucao-civil>. Acesso em: 16/08/2020.

DE SOUSA, Pedro Ivo; DE CASTRO COURA, Alexandre. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. Anais do CONPEDI, p. 4054. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf. Acesso em: 10/12/2022.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

DEL CASTILLO, Arturo. **Medición de la corrupción: un indicador de la rendición de cuentas**. México: Auditoria Superior de la República, 2003.

DELOITTE TOUCHE TOHMATS. **Pesquisa Acordos de Colaboração 2018** - Percepção do Empresariado sobre o Tema e Práticas Adotadas. Maio de 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/tcm/Downloads/2018-Acordos-Colaboracao-Deloitte-Brasil.pdf>. Acesso em: 16/04/2021.

DELOITTE; INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO E ÉTICA EMPRESARIAL – IBDEE. **Orientações para celebração de acordos de colaboração por empresas.** Agosto de 2018. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/risk/Cartilha-acordos-Deloitte-IBDEE.pdf>. Acesso em; 08/07/2021.

DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos:** as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DESILVESTER, Catherine. AT WHAT COST? ANALYZING THE STANDING ELEMENT OF THE RACKETEER INFLUENCED AND CORRUPTION ORGANIZATIONS ACT (RICO) IN RESPONSE TO EVANS V. ARIZONA CARDINALS FOOTBALL CLUB. **Jeffrey S. Moorad Sports Law Journal**, v. 67, n. 27, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Orgs.). **Lei anticorrupção comentada.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DIAMANT, Michael S.; SULLIVAN, Christopher W. H; SMITH, Jason H. FCPA Enforcement Against U.S. and Non-U.S. Companies. **Michigan Business & Entrepreneurial Law Review**, v. 8, Issue 2, Spring 2019.

DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias; CRISTO, Thais Karine de. O sistema de responsabilidade da teoria da unidade de valor, de Dworkin, como conceito epistemológico do princípio constitucional da moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 79 – 98, Jul.-Dez./2018.

DÍAZ, César Luis; GIMÉNEZ, Mario Jorge. En busca de la " república verdadera": La Nación construyendo la transición a la democracia. **Animus**, v. 16, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BONFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas por improbidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 17, n. 67, p.105-120, jan./mar. 2017.

DINO, Nicolao. **A colaboração premiada na improbidade administrativa:** possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade.* Salvador: JusPodvm, 2016.

DIPP, Gilson; CASTILHO, Manuel Volkmer de. **Comentários sobre a Lei Anticorrupção.** São Paulo: Saraiva, 2016. [Livro Eletrônico].

DIVER, Colin S. The Judge As Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions. **Virginia Law Review**, v. 65, n. 1, p. 43-106, Feb./1979.

DO PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. **REFLEXÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL.** Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/boletimdompggo/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>. Acesso em: 10/08/2020.

DOYLE, Charles. **Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes**. Congressional Research Service. Edição do Kindle, 2009.

DULITZKY, Ariel E. Federalismo y derechos humanos. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina. **Anuario mexicano de derecho Internacional**, v. 6, p. 199-249, 2006.

DURI, Jorum. **Corruption and economic crime**. Transparency International Anti-Corruption Helpdesk Answer. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/corruption-and-economic-crime>. Acesso em: 11/06/2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 40.

DWORKIN, Ronald. **O IMPÉRIO DO DIREITO**. trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EHRlich, Isaac. Participation in Illegitimate Activities: An Economic Analysis. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 81, n. 3, May-Jun./1973.

EIDE, Earling. **Economics of Criminal Behavior**. Disponível em: <<http://encyclo.findlawcorn/8100book.pdf>> Acesso em 11/07/2020.

EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 3, p.465-517Jan./1980.

ENGSTROM, David Freeman. Harnessing the Private Attorney General: Evidence from Qui Tam Litigation. **Columbia Law Review**, v. 112, n. 6, p. 1244-1325, Oct./2012.

ENGSTROM, David Freeman. Private Enforcement's Pathways: Lessons from Qui Tam litigation. **Columbia Law Review**, v. 114, n. 8, Dez./2014.

ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, 2013, pp. 1689-1756.

ESTADÃO. **NAS CARAVELAS, A ORIGEM DA CORRUPÇÃO**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,nas-caravelas-a-origem-da-corrupcao-imp-,1092658>. Acesso em: 08/06/2021.

EUROPEAN NETWORK OF COUNCILS FOR THE JUDICIARY. 2013. **Judicial Reform in Europe** – part II Guidelines for Effective Judicial Delivery. Disponível em: www.csm1909.ro/csm/linkuri/26_09_2013_60764_ro.pdf. Acesso em: 11/06/2020.

EXAME. **Ações por improbidade administrativa diminuem 31,8% na pandemia**. Edição online, 31/01/2021. Disponível em: <https://exame.com/brasil/acoes-por-improbidade-administrativa-diminuem-318-na-pandemia/>. Acesso em: 13/10/2021.

FALCONE, Giovanni. **Coisas da Cosa Nostra: A máfia vista por seu pior inimigo**. Rocco Digital. Edição do Kindle.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 2, p. 69-90, 2017.

False Claims Act/Qui Tam Actions. **Business Torts Reporter**, v. 32, n. 3, p. 66–67, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=141087344&lang=pt-br&site=eds-live&scope=site>. Acesso em: 21/01/2021.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: Formação do Patronado Político Brasileiro** vol.1. São Paulo: GLOBO, 2000.

FARHANG, Sean. Legislating for Litigation: Delegation, Public Policy, and Democracy. **California Law Review**, v. 106, n. 5, p. 1529-1616, Oct./2018.

FARHANG, Sean. **The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the U.S.** Princeton: Princeton University Press, 2010.

FARIA, José Eduardo. **Corrupção, justiça e moralidade pública** (Debates). São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 2018. Edição do Kindle.

FARIA, Luzardo. ACORDO DE LENIÊNCIA E NEGOCIAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA: REFLEXÕES A PARTIR DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 13/2020, p. 197 - 219 | Abr.-Jun/2020.

FARIA, Luzardo. **O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público.** In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Orgs.). *A Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FEARON, James D. **Electoral accountability and control of politicians: Selecting good types versus sanctioning poor performance.** In *Democracy, Accountability and Representation.* PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

FERGUSON, Niall. **A Grande Degeneração.** São Paulo: Planeta, 2012. Edição do Kindle.

FERNANDES JUNIOR, José Carlos. A intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. **Consultor Jurídico**, edição 01/12/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-01/opiniao-direito-penal-direito-administrativo-sancionador#author>. acesso em: 02/12/2021.

FERNANDES, Sophia Perez. A boa administração nas ‘calhas de roda’ dos discursos jurídico-constitucionais português e da União – ‘Gira, a entreter a razão’...? **UNIO - EU Law Journal**, v. 3, n.1, p. 95-113, Jan./2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo.** Trad. Perfecto A. Ibañes, et. al. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría Del derecho y de la democracia.** Vol. 2, Teoría de la democracia. Trad. de Perfecto Andre Ibañes, Carlos Bayon, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011.

FERRARI, Isabela; LEITE, Rafael; RAVAGNANI, Giovani; FEIGELSON, Bruno. **Justiça digital.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Edição do Kindle.

FERRAZ, Cláudio; FINAN, Frederico; MOREIRA, Diana Belo. **Corrupção, Má Gestão, e Desempenho Educacional**: Evidências a partir da Fiscalização dos Municípios. Disponível em:

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj767P3webqAhUhGLkGHWRtCT4QFjAAegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.anpec.org.br%2Fencontro2008%2Fartigos%2F200807211421560-.pdf&usq=AOvVaw0eeDRVHwgeD74CKx5ahkA1>. Acesso em 16/07/2020.

FERRAZ, Luciano. **Acordos de não persecução cível na improbidade administrativa** – o início, o fim e o meio. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/interesse-publico-acordos-nao-persecucao-civel-improbidade-administrativa?imprimir=1>. Acesso em: 09/09/2020.

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, a. 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014.

FERREIRA, Flávio; VARGAS, Mateus. Emendas de líder do governo Bolsonaro viram moeda de troca política. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 05 de dez. de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/12/emendas-de-lider-do-governo-bolsonaro-viram-moeda-de-troca-politica.shtml>. Acesso em: 05/12/2021.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 5.ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **OPINIÃO PÚBLICA**, Campinas, v. 15, n. 2, Nov./2009.

Filgueiras, Fernando. La corrupción en el Estado. *In JUSTICIA SOCIAL EMANCIPATORIA DEMOCRACIA CIUDADANA Y CRISIS DEL ESTADO*, Coord. Zulay C. Díaz-Montiel e Álvaro B. Marques Fernandes. Buenos Aires: Bibliográfika, 2010, pp. 171-204.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antiguidad a nuestros días**. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p 103.

FISS, Owen M. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004.

FISS, Owen M. Against Settlement. **The Yale Law Journal**, v. 93, n. 6, p. 1073-1090, May/1964.

FITZPATRICK, Brian T. Deregulation and Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v.24, n.2, pp. 685-696, 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. Mercado. **Petrobras recebe R\$ 360 milhões por primeira parcela de acordo de leniência da Samsung**. Edição online, 01/03/2021. Disponível em: https://aovivo.folha.uol.com.br/mercado/2021/02/01/5955-acompanhe-ao-vivo-o-mercado-financeiro-bolsas-pelo-mundo-dolar-indicadores-e-empresas.shtml#post407053?utm_source=mail&utm_medium=social&utm_campaign=compmail. Acesso em: 06/04/2021.

FORNEY, Gretchen L. Qui Tam Suits: Defining the Rights and Roles of the Government and the Relator under the False Claims Act. **Minnesota Law Review**, University of Minnesota Law School, n. 1400, 1998. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1400>. Acesso em: 11/12/2020.

FORTINI, Cristiana. Uma rápida comparação entre a Lei 12.846/13 e norte-americano foreign corrupt practices act (FCPA). **Direito do Estado**, a. 2015, n. 22. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/cristiana-fortini/uma-rapida-comparacao-entre-a-lei-1284613-e-norte-americano-foreign-corrupt-practices-act-fcpa>. Acesso em: 16/08/2020.

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.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane, Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do “bis in idem”. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 2, 2018.

FOX, Tom. **J&F FCPA Resolution: Bribery Schemes, Huge Fines, and Lessons Learned for Today’s Compliance Professionals**. Disponível em: <https://www.corporatecomplianceinsights.com/jf-fcpa-resolution/>. Acesso em: 21/02/2021.

FRANÇA, Phillip Gil. Concretização dos princípios constitucionais da administração pública no exercício do serviço público. **História: Debates e Tendências**, v. 15, n. 1, p. 114-127, jan./jun. 2015.

FRANÇA, Vladimir da Roça. Considerações sobre o controle de moralidade dos atos administrativos. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 27, p.58-74.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris, 26 de agosto de 1789. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 29/03/2022.

FRANCE, Guilherme. **BRAZIL: SETBACKS IN THE LEGAL AND INSTITUTIONAL ANTICORRUPTION FRAMEWORKS**. Transparency International, 2019.

FREEMAN, Jody. The Private Role in the Public Governance. **New York University Law Review**, v. 75, n. 3, pp. 543-675, Jun./2000.

FREITAS JÚNIOR, Luiz Romeu de; MEDEIROS, Cintia Rodrigues de Oliveira. ESTRATÉGIAS DE RACIONALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO NAS ORGANIZAÇÕES: UMA ANÁLISE DAS DECLARAÇÕES DE ACUSADOS EM CASOS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL. **Revista de Ciências da Administração**, v. 20, n. 50, p. 8-23, Abr./2018, p. 12

FROST, Amanda. In Defense of Nationwide Injunctions. **New York University Law Review**, v. 93, n. 5, Nov./2018, pp. 1065-1119.

FUENTE, Gloria de la. **Modelo de Medición Internacional de Transparencia para la Red De Transparencia y Acceso a la Información Pública (RTA)**. Disponível em

https://redrta.files.wordpress.com/2016/09/2109_informe_final_indicadores_rta.pdf. Acesso em 12/12/2020.

G1 ECONOMIA. **Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações.** Edição 18/03/2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acesso em: 11/02/2020

G20 Anti-Corruption Ministers Meeting. **Ministerial Communiqué.** Saudi Arabia: 22 October 2020. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiDj_DhxfPuAhUGLLkGHZGmCPgQFjAAegQIAhAD&url=https%3A%2F%2Fg20.gov.sa%2Fen%2Fmedia%2FDocuments%2FG20SS_Communique_Anti-Corruption%2520Ministers%2520Meeting%2520_EN.pdf&usq=AOvVaw0hfpRJis6U0VA9HScuvEUR. Acesso em: 18/02/2021.

G20. **High-Level Principles for Promoting Public Sector Integrity Through the Use of Information and Communications Technologies (ICT).** Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjkhIPEmPTuAhU8GbkGHeoSAlcQFjAAegQIARAD&url=https%3A%2F%2Fg20.gov.sa%2Fen%2Fmedia%2FDocuments%2FHLPs%2520ICT.pdf&usq=AOvVaw0E1D-4LbmKMcemw04tIMxQ>. Acesso em: 18/02/2021.

GABARDO, Emerson. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP.** Tomo II (recurso eletrônico). Direito administrativo e constitucional. Coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

GABARDO, Emerson. SALGADO, Eneida Desirre. **O princípio da publicidade e os abusos de poder político e econômico na democracia contemporânea.** In: *Direito, informação e cultura.* Org. GABARDO, Emerson; AFFORNALLI, Maria Cecília N. Munhoz. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. O COMPLIANCE E A DOSIMETRIA DA PENA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE: PONDERAÇÕES A PARTIR DA NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO. **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 14, n. 80, p. 7–26, Mar./2018.

GABARDO, Emerson; SAIKALI, Lucas Bossoni. A PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO EM RAZÃO DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **Revista Jurídica**, v. 01, n. 50, pp. 514-543, 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa:** Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2021.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. GESTÃO DE CONFLITOS NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 12, v. 19, n. 3, Set.-Dez./2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros->

[e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa.](#)

Acesso em: 08/09/2022.

GALLARDO, Javier. Entre la república y la democracia: Justino Jiménez de Aréchaga. **Revista Uruguaya de Ciencia Política**, v. 27, n. 1, p. 65-83, 2018.

GARCIA, Emerson. **A consensualidade no direito sancionador brasileiro:** potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/92. *In: Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa*. Vol. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 299-374.

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. **Revista de informação legislativa**, v. 39, n. 155, p. 153-173, jul./set. 2002.

GARCIA, Emerson. **Repressão à Corrupção no Brasil:** entre realidade e utopia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GARCIA, Gonzalo; CONTRERAS, Pablo. Derecho de Acceso a La Información em Chile: Nueva Regulación e Implicancias Para El Sector De La Defensa Nacional. **Estudios Constitucionales**, Santiago, v.7, n.1, 2009.

GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do Agente Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARNER, Brian A. **Black's Law Dictionary**. St. Paul: Thomson Reuters, 2009.

GARRIDO, Fernando. **La república democrática federal universal**. Barcelona: Manero, 1868.

GARTH, Bryant G.; NAGEL, Ilene H.; PLAGER, S. Jay. The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action Litigation. **Southern California Law Review**, v. 61, n. 353, 1988.

GARZÓN, Andrés Fernando Ospina. Instrumentos de la lucha contra la corrupción en Colombia: de la ultima ratio a la ausencia de razón. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 16, n. 63, p. 67-91, 2016.

GAULT, David Arellano. Corrupción como proceso organizacional: comprendiendo la lógica de la desnormalización de la corrupción. **Contaduría y administración**, v. 62, n. 3, p. 810-826, 2017.

GEBEYE. Berihun Adugna. **Corruption and Human Rights:** Exploring the Relationships. Disponível em: <https://www.du.edu/korbel/hrhw/workingpapers/2012/70-gebeye-2012.pdf>. Acesso em: 08/11/2020.

GERVASONI, Tássia Aparecida; BOLESINA, Iuri. Os direitos sociais como elemento de sustentabilidade e fundamentação do Estado democrático de direito. **REVISTA DO DIREITO PÚBLICO**, Londrina, v.10, n.2, p.127-144, mai./ago.2015.

GIBSON, DUNN & CRUTCHER LLP 2020. **2019 Year-End FCPA Update**. Disponível em: <https://www.gibsondunn.com/2019-year-end-fcpa-update/>. Acesso em: 18/08/2020.

GILLES, Myriam E. Reinventing Structural Reform Litigation: Deputizing Private Citizens in the Enforcement of Civil Rights. **Columbia Law Review**, v. 100, 2000.

GILLES, Myriam; FRIEDMAN, Gary. The New Qui Tam: A Model for the Enforcement of Group Rights in a Hostile Era. **Texas Law Review**, v. 98, n. 3, Feb./2020, pp. 489-538.

GLOVER, J. Maria. **Mass Litigation Governance in the Post-Class Action Era: The Problems and Promise of Non-removable State Actions in Multi-district Litigation**. Georgetown University Law Center, 2014.

GLOVER, J. Maria. The Structural Role of Private Enforcement Mechanism in Public Law. **William and Mary Law Review**, v. 53, n. 4, Mar./ 2012, pp. 1137-1218.

GOMES, José Jairo. In SAMPAIO, José Adércio Sampaio Leite et al. **Improbidade administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GÓMEZ, Ambrosio Velasco. Democracia liberal y democracia republicana. Araucaria. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**, v. 1, p. 72-82, 1999.

GONÇALVES, Benedito. **A Lei 12.846/2013 e a tutela do Direito material coletivo da probidade na Administração pública**. In Estudos sobre Administração Pública e o combate à corrupção: desafios em torno da Lei 12.846/2013. Coordenação: Raúl Araújo, Edison Pereira Nobre Júnior, Bruno Leonardo Câmara Carrá. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 35.

GREVE, Michael S. Private Enforcement of Environmental Law. **Tulane Law Review**, V. 65, n. 2, pp. 339-394, 1990-1991.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

HARCHUT, Jennifer. DOJ BLOWS THE WHISTLE ON PROFESSIONAL WHISTLEBLOWERS: BUT THE CIRCUITS ARE SPLIT ON WHETHER DISMISSALS WILL BE SWIFT. **Villanova Law Review**, v. 65, 2020, p. 421.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, v. 162, Dez./1968.

HEEKS, Richard. **Understanding success and failure of anti-corruption initiatives**. Bergen: Chr. Michelsen Institute. U4 Brief, 2011:2. Disponível em: <https://www.u4.no/publications/understanding-success-and-failure-of-anti-corruption-initiatives>. Acesso em: 12/05/2021.

HELMER JR., James B.; NEFF JR., Robert Clark. War Stories: A History of the Qui Tam Provisions of the False Claims Act, the 1986 Amendments to the False Claims Act, and Their Application in the United States ex re. Gravitt v. General Electric Co. Litigation, **OHIO N.U. Law Review**, v. 18, n. 35, 1991.

HESCH, Joel D. General Releases in Employment Contracts Cannot Bar Employees from Filing Or Participating in Qui Tam Cases under the False Claims Act. **American Journal of Trial Advocacy**, v. 44, n. 1, pp. 35-66, Fall 2020.

HILL, Joshua. **An Analysis of the Racketeer Influenced Corrupt Organizations Act: How a Once Promising Bill Became a Corporate Nightmare.** South Carolina Honors College, Senior Theses, n. 164. Disponível em: https://scholarcommons.sc.edu/senior_theses/164. Acesso em: 24/08/2020.

HINOJOSA, Gina; MEYER, Maureen. **Después de cinco años, ¿qué es lo que todavía le falta al Sistema Nacional Anticorrupción de México?** Disponível em: <https://www.wola.org/es/analisis/sistema-nacional-anticorrupcion-mexico/>. Acesso em: 18/02/2021.

HODGES, Christopher. **US class actions: Promise and reality.** European University Institute, Department of Law. “European Regulatory Private Law” Project - European Research Council (ERC) Grant. EUI Working Paper LAW 2015/36.

HOLLAND & KNIGHT. **DOJ Releases 2018 False Claims Act Report and Statistics.** Disponível em: <https://www.hklaw.com/en/insights/publications/2019/01/doj-releases-2018-false-claims-act-report-and-stat>. Acesso em: 23/09/2022.

HOLLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** São Paulo, Companhia das Letras, 1995.

HUNTINGTON, Samuel. **A Ordem Política nas Sociedades em Mudança.** Rio de Janeiro/São Paulo: Forense Universitária/EDUSP, 1975.

HUSTED, Bryan W. Honor among Thieves: A Transaction-Cost Interpretation of Corruption in Third World Countries. **Business Ethics Quarterly**, v. 4, n. 1, pp. 17-27, Jan./1994.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION LEGAL POLICY AND RESEARCH UNIT. **Are whistleblowing laws working?** A global study of whistleblower protection litigation. Government Accountability Project. Primary Authors: Samantha Feinstein; Tom Devine. London: 2021.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Good practices for incentivising leniency applications.** Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/05/CWG-Good-practices-for-incentivising-leniency.pdf>. Acesso em: 17/09.2021.

INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. **Corruption and Human Rights: making the connection,** Suíça, 2009. Disponível em: <http://www.ichrp.org/files/reports/40/131_web.pdf>. Acesso em: 10/11/2020.

INTERNATIONAL MONETARY FUND – Fiscal Affairs Department. **Corruption, Public Investment, and Growth.** IMF Working Paper. Org. TANZI, Vito; DAVAODI, Hamid, p. 105. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/30/Corruption-Public-Investment-and-Growth-2353>. Acesso em: 01/07/2020.

INTERNATIONAL TRANSPARENCY. **CAN JUSTICE BE ACHIEVED THROUGH SETTLEMENTS?** Policy Brief, 01/2015. Disponível em: https://images.transparencycdn.org/images/2015_PolicyBrief1_Settlements_EN.pdf. Acesso em: 10/11/2020.

INTERNATIONAL TRANSPARENCY. **Exporting Corruption**. Progress Report 2020: Assessing Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention, p.21-22. Lead author: Gillian Dell. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Acesso em 10/11/2020.

INTERNATIONAL TRANSPARENCY. **Global Corruption Barometer: citizens' voices from around the world**. Disponível em <https://www.transparency.org/en/news/global-corruption-barometer-citizens-voices-from-around-the-world>. Acesso em: 16/07/2020.

INTERPOL. **Corruption**. 2020. Disponível em: <https://www.interpol.int/Crimes/Corruption>. Acesso em: 26/05/2021.

JACOBSEN, Gilson. **Evolução do Estado e do Direito Administrativo**: breve panorama do direito administrativo à luz da evolução do Estado e dos novos direitos. *In Curso Modular de Direito Administrativo*. Org. VAZ, Paulo Afonso Brum; TEIXEIRA, Ricardo do Valle Pereira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

JACOBSEN, Gilson; MARTINS, Tiago do Carmo. **A Lei Anticorrupção e a promoção de compliance empresarial no Brasil**. *In Governança, Ética e Compliance*. Org. Alex Sander Pires, Pedro Trovão do Rosário e Ruben Bahamonde. Lisboa: Almedina, 2022, p. 307-325.

JAFFE, Louis L. Standing to Secure Judicial Review: Private Actions. **HARVARD LAW REVIEW**, v. 75, n. 255, A. 1961.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Trad. Fernando de los Rios. 2. ed. Buenos Aires: Albatros, 1970.

JENNINGS, Colin; DARDEN, Marisa T.; HOBBS, Ayako. HEALTHCARE WHISTLEBLOWERS - HOW THE GOVERNMENT USES THE FCA'S QUI TAM PROVISIONS TO ROOT OUT CORRUPTION FROM WITHIN. **CLEVELAND METROPOLITAN BAR JOURNAL**, Jan./2020, p. 36. Disponível em: <https://www.squirepattonboggs.com/en/insights/publications/2020/01/healthcare-whistleblowers-how-the-government-uses-the-fcas-qui-tam-provisions-to-root-out-corruption-from-within>. Acesso em: 14/12/2020.

JOHNSØN, Jesper; SØREIDE, Tina. **Methods for learning what works and why in anti-corruption**: An introduction to evaluation methods for practitioners. U4 Anti-Corruption Resource Centre. Disponível em: <https://www.u4.no/publications/methods-for-learning-what-works-and-why-in-anti-corruption-an-introduction-to-evaluation-methods-for-practitioners>. Acesso em: 12/05/2021.

JULIÁN, Martín; BQNAYIA, Tomas. Aproximaciones psicosociales a la corrupción: una revisión teórica. **Revista Colombiana de Psicología**, v. 26, n. 2, p. 231-243, 2017.

JURUENA, Cynthia Gruending; LEAL, Rogério Gesta. Interlocuções necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **Barbarói**, Santa Cruz do Sul, Edição Especial, n. 42, pp.268-287, Jul.-Dez./2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KAGAN, ROBERT A. **Adversarial Legalism: The American Way of Law**, Second Edition. Harvard University Press, 2019.

KALUBANGA, Matthew; KAKWEZI, Patrick; KAYIISE, Denise. The Effects of Fraudulent Procurement Practices on Public Procurement Performance. **International Journal of Business and Behavioral Sciences**, v.3, n. 1, Jan./2013.

KANAYAMA, Ricardo Alberto. **IMPROBIDADE POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: um diagnóstico da fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo**. Dissertação apresentada na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Orient. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo, 2020.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Optimal Law Enforcement with Self-Reporting of Behavior. **Journal of Political and Economy**, v. 102, n. 3, 1994, p. 601-602.

KAUFMAN, Irving R. Chilling Judicial Independence. **Yale Law Journal**, v. 88, n. 4, pp. 681-716, Mar./1979.

KAUFMANN, Daniel. Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica. **Revista Perspectivas**, v. 3, n. 2, p. 367-387, 2000.

KAUFMANN, Daniel. La corrupción importa. **Finanzas y Desarrollo**, v. 52, n. 3, 2015.

KELLY, Todd. SHARING IS CARING: PROTECTING THE ABILITY OF QUI TAM RELATORS AND THE GOVERNMENT TO SHARE INFORMATION UNDER THE FALSE CLAIMS ACT. **George Mason Law Review**, v. 23, n. 5, 2016, p. 1315-1329.

KIM, Sang Beck. Dangling the Carrot, Sharpening the Stick: How an Amnesty Program and Qui Tam Actions Could Strengthen Korea's Anti-Corruption Efforts. **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 36, n. 1, p. 235-265, 2016.

KLASS, Brian. **Corruptíveis: o que é o poder, que tipos de pessoas o conquistam e o que acontece quando chegam ao topo**. São Paulo: Editora Cultrix, 2022, Edição do Kindle.

KLIEBARD, Kenneth M. et al. **Class/collective actions in the United States: overview**. Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-617-9264?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-617-9264?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true). Acesso em: 13/05/2022

KLITGAARD, Robert. A cooperação internacional contra a corrupção. **Revista Finanças e Desenvolvimento**, Mar./1998.

KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version.

KLONICK, Kate. The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression. **Yale Law Journal**, v. 129, n. 8, Jun./2020, p. 2418-2499.

KÖBIS, Nils; STARKE, Cristopher; RAHWAN, Iyad. **Artificial Intelligence as an Anti-Corruption Tool (AI-ACT) Potentials and Pitfalls for Top-down and Bottom-up Approaches**. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/2102.11567>. Acesso em: 01/03/2021.

KOEHLER, Mike. **Foreign Lawyers Are Third Parties Too**. FCPA PROFESSOR, 19/08/2020. Disponível em: <https://fcpaprofessor.com/foreign-lawyers-third-parties-2/#more-29588>. Acesso em: 19/08/2020.

KOEHLER, Mike. Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement. **U.C. Davis Law Review**, v. 49, 2015, p. 501-502. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701836. Acesso em: 19/08/2020

KOEHLER, Mike. **Significant dd-3 Development in Africa Sting Case**. FCPA PROFESSOR, 09/06/2011. Disponível em: <https://www.globalregulatoryenforcementlawblog.com/2011/07/articles/government-investigations/following-jurisdictional-victory-for-uk-citizen-fcpa-africa-sting-case-ends-in-mistrial/>. Acesso em: 18/08/2020.

KOEHLER, Mike. The Façade of FCPA Enforcement. **Georgetown Journal of International Law**, v. 41, n. 4, 2010, Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1705517. Acesso em: 18/08/2020.

KRISTOFCAK, Alexander. FCA V. FDA: THE CASE AGAINST THE PRESUMPTION OF IMMATERIALITY FROM AGENCY INACTION. **NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW**, v. 95, Abr./2020.

KUZ, Ivanna Y.; STEPHENSON, Matthew C. **Ukraine's High Anti-Corruption Court: Innovation for impartial justice**. Disponível em: <https://www.u4.no/publications/ukraines-high-anti-corruption-court>. Acesso em: 08/02/2021.

LAFER, Celso. O significado de República. **Revista Estudos Históricos**, v. 2, n. 4, p. 214-224, 1989.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Private Enforcement of Law. **Journal of Legal Studies**, v. 4, n. 1, pp. 1-46, Jan./1975.

LANDINI, Sara. Private Enforcement and Market Regulation. **Market and Competition Law Review**, v. 2, n. 2, pp. 47-70, Oct./2018.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEITE, Flávia Piva; LOPES, Cintia Barudi; MENDONÇA, Camila Pereira. **A LEGITIMIDADE PARA FIRMAR ACORDOS DE LENIÊNCIA**. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjc5e638ZDrAhUVJrkGHfBwD_gQFjABegQIBhAB&url=http%3A%2F%2Frevista.unicuritiba.edu.br%2Findex.php%2FRIMA%2Farticle%2Fview%2F3908%2F371372239&usq=AOvVaw0ZrFMkfcDG0fATpyHVk1QL. Acesso em: 10/08/2020.

LEMONS, Bryan. **AN OVERVIEW OF “QUI TAM” ACTIONS**. Disponível em: https://www.fletc.gov/sites/default/files/imported_files/training/programs/legal-division/downloads-articles-and-faqs/research-by-subject/civil-actions/quitam.pdf. Acesso em: 11/12/2020.

LESSIG, Lawrence; SUNSTEIN, Cass R. The President and the Administration. **Columbia Law Review**, v. 94, n. 1, Jan./1994, pp. 1-123.

LEVCOVITZ, Silvio. **A corrupção e a atuação da Justiça Federal no Brasil 1991 – 2014**. Tese de doutorado apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas: 2020.

LEVINTOW, David. A Positive-Sum Game: Why a Qui Tam Provision in the FCPA Would Benefit Both Whistleblowers and Covered Entities. **Business & Finance Law Review**, v. 4, n. 2, pp. 65-96, Apr./2021.

LIEBERMAN, David W.S. **2020 False Claims Act Penalties**. Disponível em: <https://www.whistleblowerllc.com/2020-false-claims-act-penalties/>. Acesso em: 05/09/2020.

LIMA, Guilherme Corona Rodrigues; BEZOS, Clovis. LIMITES AO COMPARTILHAMENTO DOS ELEMENTOS DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO ENTRE OS ÓRGÃOS DE CONTROLE. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 20, n. 02. p. 83-102, jul./set. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: Juspodivm, 2020.

LINZ, Juan J. Democracia, multinacionalismo y federalismo. **Revista Española de Ciencia Política**, p. 7-40, 1999.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A cidadania na Constituição de 1988**. In BONAVIDES, Paulo e outros. *Constituição e Democracia*. Estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

LÓPEZ, Mario Justo. De la república oligárquica a la república democrática. **Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**, v. 13, 2016.

LOUGH, John; DUBROVSKIY, Vladimir. **Are Ukraine's Anti-corruption Reforms Working?** Russia and Eurasia Programme: Chatham House. The Royal Institute of International Affairs. Disponível em: <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2018-11-19-ukraine-anti-corruption-reforms-lough-dubrovskiy.pdf>. Acesso em: 08/02/2021.

LYNCH, Gerard E. RICO: The Crime of Being a Criminal Parts I and II. **Columbia Law Review**, v. 87, n. 4, Mai./1987, p. 735-736. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/131. Acesso em: 2012/2020.

MACEDO, Alisson Landin. O princípio da publicidade como instrumento de controle social do estado e seu impacto no sistema financeiro nacional. **Revista Vertentes do Direito**, v. 3, n. 2.

MACHADO, Leonardo Marcondes. O whistleblower ("informante do bem") na investigação criminal brasileira. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-09/academia-policia-whistleblower-informante-bem-investigacao-criminal-brasileira#sdfnote1anc>. Acesso em: 01/09/2020.

MACHADO, Maira Rocha. Independência como indiferença: ne bis in idem e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 55, p. 257-295 jul.-dez./2019.

MACHADO, Maira Rocha; PASCHOAL, Bruno. MONITORAR, INVESTIGAR, RESPONSABILIZAR E SANCIONAR: A multiplicidade institucional em casos de corrupção. **Novos Estudos**, n. 104, p. 11-36, Mar./2016.

MACHADO, Pedro Antônio de Oliveira. **Acordo de leniência e a lei de improbidade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2017.

MACHADO, Renato *et al.* Congresso diz ao STF que não consegue cumprir decisão das emendas de relator. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 de nov. de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/11/congresso-dribla-stf-e-esconde-beneficiados-por-verba-de-negociacao-politica.shtml>. Acesso em: 25/11/2021.

MACHADO, Renato; CHALIB, Julia. Corrida por vaga no TCU tem acusações de golpe baixo, traição e oferta de emendas. **Folha de São Paulo**, edição online, 13/12/2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/12/corrida-por-vaga-no-tcu-tem-acusacoes-de-golpe-baixo-traicao-e-oferta-de-emendas.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa&origin=folha. Acesso em: 13/12/2021.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 2008.

MAHONEY, Joshua Patrick. Qui Tam Relators, the First Amendment, and the False Claims Act. **University of Chicago Legal Forum**, v. 2012, Iss. 1, Article 13, p. 301. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol2012/iss1/13>. Acesso em 11/12/2020.

MANRIQUE, Jorge Isaac Torres. Reflexiones a Propósito de la Agenda Interdisciplinar Pendiente del Derecho Constitucional. **REVISTA NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS - ELETRÔNICA**, v. 27, n. 2, Abr./Ago, 2022, p. 228-257.

MAQUIAVEL, Niccolò. **O Príncipe**. 3ª Ed. Trad. Roberto Grassi. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

MARIA CRISTINA PINOTTI. **Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas**. Portfolio-Penguin. Edição do Kindle.

MARK, Gideon. Private FCPA Enforcement. **American Business Law Journal**, v. 49, n. 3, pp. 419-505, Sep./2012.

MARQUES, José; BÄCHTOLD, Felipe. Derrocada de pilares da Lava Jato contribuiu para anulação 'a conta-gotas' de processos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 10 de dez. de 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/12/derrocada-de-pilares-da-lava-jato-contribuiu-para-anulacao-a-conta-gotas-de-processos.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=com_pwa. Acesso em: 10/12/2021.

MARQUES, José; GABRIEL, João. CGU de Lula dilui setor de combate à corrupção e diz priorizar prevenção. **Folha de São Paulo**, edição online, 21/03/2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/03/cgu-de-lula-dilui-setor-de>

combate-a-corrupcao-e-diz-priorizar-prevencao.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=com-pwa. Acesso em: 23/03/2023.

MARRARA, Thiago. Acordo de leniência na lei anticorrupção: pontos de estrangulamento da segurança jurídica. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 6, n. 2, p. 95-113, 2019.

MARRARA, Thiago. ACORDOS NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA. *Revista de Direito Constitucional*, v. 8, n. 2, Dez./2020.

MARRARA, Thiago. **Comentários ao art. 16**. In *Lei Anticorrupção Comentada*. Organizadores Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Thiago Marrara. Belo Horizonte, Fórum: 2017.

MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

MARRARA, Thiago. Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega. **Consultor Jurídico**, 15/11/2013. Disponível em: www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega. Acesso em: 02/05/2020

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 1, p. 104-120, 2016.

MARTÍ, José Luis. **La república deliberativa: una teoría de la democracia**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MARTINI, Joseph W. AMERICAN BAR ASSOCIATION. **FIFA Officials Indicted in Wide-Ranging Bribery Conspiracy**. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/criminal/practice/2015/fifa-officials-indicted-in-wide-ranging-bribery-conspiracy/>. Acesso em: 20/12/2020.

MARTINI, Maíra. **Reformas novedosas contra la corrupción en el poder judicial..** Transparency International. Disponível em <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-novedosas-contra-la-corrupcion-en-el-poder-judicial>. Acesso em 16/07/2020.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Lei Anticorrupção comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade administrativa**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARTINS, Tiago do Carmo. A Lei Anticrime e seus reflexos na improbidade administrativa. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**. a. 6, n. 14, 2020. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1336

MARTINS, Tiago do Carmo. Acesso à Justiça e pandemia. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 26, n. 6412, 20/01/2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88048>. Acesso em: 11 fev. 2021.

MARTINS, Tiago do Carmo. Acordo de não persecução cível ajuda a combater a corrupção. **Consultor Jurídico**, 29/03/2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-29/tiago-martins-acordo-nao-persecucao-civel-arma-corrupcao>. Acesso em: 30/03/2020.

MARTINS, Tiago do Carmo. Alteração na legitimidade ativa para as ações de improbidade. **Revista Empório do Direito**, edição 08/06/2020. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/alteracao-na-legitimidade-ativa-para-as-acoes-de-improbidade>. Acesso em: 22/11/2021.

MARTINS, Tiago do Carmo. **Anotações à Lei de Improbidade Administrativa**. Itajaí: Verbo Jurídico, 2017.

MARTINS, Tiago do Carmo. Conciliação em ação por improbidade administrativa. **Revista de Doutrina do TRF4**. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao076/Tiago_do_Carmo_Martins.html. Acesso em: 09/08/2020.

MARTINS, Tiago do Carmo. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: Análise da Lei 8.429/92 à luz da doutrina e da jurisprudência atualizada segundo a Lei 14.230/2021**. Curitiba: Alteridade, 2022.

MARTINS, Tiago do Carmo. Nova Lei de Improbidade Administrativa: bala de prata? **Consultor Jurídico**, 02/07/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-02/tiago-martins-lia-bala-prata>. Acesso em: 27/07/2022.

MARTINS, Tiago do Carmo. **Perda e Afastamento do Cargo por Ato de Improbidade**. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/perda-e-afastamento-do-cargo-por-ato-de-improbidade>. Acesso em: 01/08/2020.

MATEUS, Samuel. **O princípio de publicidade** - da dimensão crítica à dimensão sócio-antropológica. Cadernos de Estudos Mediáticos, nº 9.

MAURO, Paolo. Corruption and growth. The Massachusetts Institute of Technology Press. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 110, n. 3, pp. 681-712, Aug./1995. Disponível em: URL: <http://www.jstor.org/stable/2946696>. Acesso em: 22/07/2020.

MAZZILI, Hugo Nigro. Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. **Revista de Direito Ambiental**, v. 41, p. 93, Jan./2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Lei de improbidade administrativa: comentários e anotações jurisprudenciais**. São Paulo: J. de Oliveira, 2003, p. 51.

MEHTA, Jason; SHORT, Jennifer A. Big Data Makes Big Cases: How Data Analytics Is Shaping False Claims Act Enforcement. **Federal Lawyer**, v. 67, n. 4, p. 42-48, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=145379313&lang=pt-br&site=eds-live&scope=site>. Acesso em: 21/01/2021.

MELO, Marcos André. Corrupção sistêmica. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 29 de maio de 2017. Disponível em:

<http://tools.folha.com.br/print?site=emcimadahora&url=http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2017/05/1887989-corrupcao-sistemica.shtml>. Acesso em: 01/12/2021.

MELO, Marcos André. Ministérios e corrupção na Alemanha e no Brasil. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 de nov. de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/marcus-melo/2021/11/ministerios-e-corrupcao-na-alemanha-e-no-brasil.shtml>. Acesso em: 01/12/2021.

MENDES, Ana Cláudia Lorenzetti; CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade. A LEGITIMIDADE PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA DIANTE DA LEI Nº 13.964/19 (“PACOTE ANTICRIME”). **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 18, pp. 22-41, 2020.

MENDES, Conrado Hubner et al. **Ações coletivas no Brasil**: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2018.

MENDES, Conrado Hübner. **Pacote pró-corrupção**: reduzir institucionalidade para expandir o arreglo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 03 de nov. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2021/11/pacote-pro-corrupcao-reduzir-institucionalidade-para-expandir-o-arreglo.shtml>. Acesso em: 03/11/2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDONZA, Rafael Enrique Valenzuela. El Fortalecimiento De Las Capacidades Institucionales Como Vía Para Implementar Un Gobierno Abierto. **Politai - Revista de Ciência Política**, n. 3(5), pp. 125-133. Disponível em <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/politai/article/view/14130>. Acesso em 05/04/2022.

MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não penal**. Salvador: Juspodivm, 2018.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. O Brasil e o combate internacional à corrupção. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 181, Jan./Mar.2009.

MILLER & CHEVALIER. **2016 Latin America Corruption Survey**. Disponível em: <https://www.millerchevalier.com/publication/2016-latin-america-corruption-survey>. Acesso em: 15/07/2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5^a Câmara de Coordenação e Revisão. **Nota Técnica** n. **2/2020**. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK EwjX9JXH4rHrAhW6GLkGHUlnCFgQFjAAegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.mpf.mp.br%2Fpgr%2Fdocumentos%2FNotaTecnicaAcordodeCooperacaoFinal.pdf&usq=AOvVaw1gRRNzUHHM-6LyWqi75deq>. Acesso em: 23/08/2020.

MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIT TECHNOLOGICAL REVIEW. **Artificial Intelligence**. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/topic/artificial-intelligence/>. Acesso em: 03/01/2021.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAIS, Dalton Santos. Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 165-196, Jul./Set./2004.

MORALES QUIROGA, Mauricio. Corrupción y democracia: América Latina en perspectiva comparada. **Gestión y política pública**, v. 18, n. 2, p. 205-252, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação, **Revista de Direito Administrativo** v. 190, p. 1-44, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século: o Caso Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, n. 3, ano 1, out./dez. 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo e princípio da eficiência**. As leis de processo administrativo – Lei Federal 9.784/1999 e Lei Paulista 10.177/1998.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORGADO, Maria. **Corrupção** - estrutura e significado. Lisboa: Comunicação apresentada no Congresso da Justiça, Ago/2003. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK EwiTmKG5nNXtAhUED7kGHdgyAvQQFjAAegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fasficip.j.pt%2Fimages%2Farquivo%2F2003%2Fmorgado.pdf&usg=AOvVaw3lh-MHytSMMSIgz3K3II0h>. Acesso em: 17/12/2020.

MORGADO, Maria. **Corrupção - estrutura e significado**. Lisboa: Comunicação apresentada no Congresso da Justiça, Ago/2003.

MORRIS, David E. An Introductory Examination of the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act. **Akron Law Review**, v. 15, Iss. 4, Article 8, 1982.

MORSELLI, Carlo; KAZEMIAN, Lila. SCRUTINIZING RICO. **Critical Criminology**, v. 12, Issue 3, p. 351–369, 2004.

MUJICA, Jaris. **Micropolíticas de la corrupción**: Redes de poder y corrupción en el Palacio de Justicia. Breña: Asamblea Nacional de Rectores, 2011.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez Arana. **Análisis de la directiva europea de contratación pública y la lucha contra la corrupción**. In *Combate a la corrupción: reflexiones y experiencias multilaterales*. Colección Buen Gobierno, Derechos Humanos y Combate a la Corrupción. ALVAREZ, Adriana de Santiago; TRUJILLO, Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera (Organizadores). Guanajuato, 2020.

MURILO DE CARVALHO, José. Escola de transgressão. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, a. 4, n. 42, mar./2009, p. 20-21.

MURPHY, David S. Las instituciones supremas de auditoría y las iniciativas de anticorrupción. Contabilidad y Negocios: **Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas**, Lima, v.4, n. 7, Jul./2009, p. 37. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277237414_Las_instituciones_supremas_de_auditoria_y_las_iniciativas_de_anticorrupcion. Acesso em: 17/07/2020.

NAGEL, Robert F. Controlling the Structural Injunction. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, v. 7, n. 2, pp. 395-412, Fall 1984.

NASCIMENTO, Fillipi Lúcio. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE AGÊNCIAS ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL: POTENCIALIDADES E DESAFIOS. **Revista Cadernos de Campo**, n. 25, p. 87-111, jul./dez. 2018.

NASCIMENTO, Melillo Diniz. **O controle da corrupção no Brasil**. In Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei 12.846/2013. Coord. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NASSER, Maria Virginia N. do A. Mesquita. **Lava a jato: o interesse público entre punitivismo e desgovernança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NATIONAL WHISTLEBLOWER CENTER. **Foreign Corrupt Practices Act: How the Whistleblower Reward Provisions Have Worked**. Disponível em: <https://www.whistleblowers.org/foreign-corrupt-practices-act-a-comprehensive-look/#:~:text=The%20Foreign%20Corrupt%20Practices%20Act,obtained%20by%20the%20U.S.%20government>. Acesso em: 28/02/2023.

NEDER, Vinícius. Total de servidores públicos no país sobe 83% em 20 anos, diz Ipea. **Estado de São Paulo**, edição online, 18/12/2018. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2018/12/18/total-de-servidores-publicos-no-pais-sobe-60-em-20-anos-diz-ipea.htm>. Acesso em: 26/06/2022.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa: Direito Material e Processual**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

NIMER, Beatriz Lameira Carrico. **Ação Popular como instrumento de defesa da moralidade administrativa**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016, dissertação de mestrado. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-20062016-175724/pt-br.php>. Acesso em: 21/08/2021.

NOTARI, Marcio Bonini. AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS RATIFICADAS PELO BRASIL NO COMBATE A CORRUPÇÃO. **Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica**, v.1, n. 1, p. 60-77 Jan./Jun. 2017.

NYBO, Nicholas L. A Three-Ring Circus: The Exploitation of Civil Rico, How Treble Damages Caused It, and Whether Rule 11 Can Remedy The Abuse. **Roger Williams University Law Review**, v. 18, p. 19-51, 2013. Disponível em: http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol18/iss1/3/. Acesso em: 01/08/2020.

NYE, Joseph S. Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis. **American Political Science Review**, Cambridge, v. 61, n. 2.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Planalto libera R\$ 3 bi em obras a 285 parlamentares em meio a disputa no Congresso**. São Paulo, 08/05/2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,planalto-libera-r-3-bi-em-obras-a-285-parlamentares-em-meio-a-disputa-no-congresso,70003597254>. Acesso em: 09/05/2021.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability Horizontal. La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política. **Revista ISONOMÍA**, n. 14, Abr./2001.

O'NEILL, David. Resolving the Confusion: Granting the Government Unfettered Discretion to Dismiss Qui Tam Actions. **Public Contract Law Journal**, v. 49, n. 2, Winter 2020, p. 403-421.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador**: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de Pós-graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012.

OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. **Acordo de não persecução civil no Ministério Público**. In *Justiça Consensual: Acordos penais, cíveis e administrativos*. Coordenadores Daniel Resende Salgado, Luis Felipe Schneider Kirscher e Ronaldo Pinheiro Queiros. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, a. 8, n. 32, p. 31-50, abr.-jun./2008.

OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. **A URGÊNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO WHISTLEBLOWING NO BRASIL**. Brasília: Senado Federal, Textos para Discussão, nº. 175, Mai/2015.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. **Criminalisation of cartels and bid rigging conspiracies: a focus on custodial sentences**. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2020)1/en/pdf). Acesso em: 17/09/2021.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. **Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention**. Ano: 2019, p. 14. Disponível em: www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm. Acesso em: 07/12/2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. **Tackling Bribe Solicitation Using the High-Level Reporting Mechanism**. Ano 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/hlrm.htm>. Acesso em: 02/05/2021

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. **The Detection of Foreign Bribery**. Ano: 2017. Disponível em:

www.oecd.org/corruption/the-detection-of-foreign-bribery.htm. Acesso em: 20/02/2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Corrupción y derechos humanos**: Estándares interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **3. TEXT OF MODEL LAW: PROTECTING FREEDOM OF EXPRESSION AGAINST CORRUPTION**. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/english/model_law_whistle.htm. Acesso em: 28/08/2022.

ORMEROD, Peter. Privacy Qui Tam. **Notre Dame Law Review**, v. 98, n. 1, Nov./2022, pp. 267-336.

ORTEGA, Ana Clara da Silva; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A figura do juiz-gestor como mecanismo para a concretização do princípio da eficiência. **Revista de Processo**, v. 325/2022, p. 17 – 38, Mar./2022.

OSBORNE, Martin J., BENOÎT, Jean-Pierre. Crime, Punishment, and Social Expenditure. **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, n. 151, 1995, p. 328.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Natureza jurídica do instituto da não persecução civil previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civil-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>. Acesso em: 07/09/2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: má gestão pública, corrupção e ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PACELLA, Jennifer M. Silencing Whistleblowers by Contract. **American Business Law Journal**, v. 55, Issue 2, pp.261–313, Summer 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PACINI, Carl; QIU, Li Hui; SINASON, David. Qui Tam Actions: Fighting Fraud against the Government. **Journal of Financial Crime**, vol. 14, no. 1, pp. 64-78, 2007, p. 64.

PADRO JÚNIOR, Caio. **A evolução política do Brasil**: Colônia e Império. São Paulo: Brasiliense, 1972.

PAGE, Olof. Corrupción institucional. **Veritas**, n. 41, p. 9-19, 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **O autorrelato e o papel do particular na apuração de ilícitos**. In: *Justiça Consensual: Acordos penais, cíveis e administrativos*.

Coordenadores Daniel Resende Salgado, Luis Felipe Schneider Kirscher e Ronaldo Pinheiro Queiros. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 935-955.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

PAYNE, Stanley G. **El colapso de la República**. Los orígenes de la Guerra Civil (1933-1936). Madrid: La Esfera de los Libros, 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**. Curitiba: Juruá. 2014.

PEREIRA, Rafael. **Manual do acordo de não persecução civil**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

PEREIRA, Rebeka Souto Brandão. **A NORMATIVIDADE EM IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A SUA APLICABILIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS**. Dissertação apresentada Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Orient. Prof. Dr. Leonardo Martins. Natal, 2021.

PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, a. 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016.

PERRILLIAT, Ricardo Salgado. **La implementación de la reforma en materia de combate a la corrupción**. Visión desde la secretaría ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción. *In Combate a la corrupción: reflexiones y experiencias multilaterales*. Colección Buen Gobierno, Derechos Humanos y Combate a la Corrupción. ALVAREZ, Adriana de Santiago; TRUJILLO, Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera (Organizadores). Guanajuato, 2020, p. 127-150.

PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. **Controlando la Política**. Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias Latinoamericanas. Buenos Aires: Editorial Temas, 2002.

PETERKE, Sven; LOPES, Sílvia Regina Pontes. Crime organizado e legislação brasileira à luz da Convenção de Palermo: algumas observações Críticas. **Verba Juris**, a. 7, n. 7, jan./dez. 2008.

PETERS, Anne. Corrupción y derechos humanos. **Impacto de la corrupción en los derechos humanos**, Working paper series, n. 20 p. 23-82, 2018.

PETTY, Aaron R. How Qui Tam Actions Could Fight Public Corruption. **University of Michigan Journal of Law Reform**, v. 39, Issue 4, 2006.

PIANA, Ricardo S. Open Gov: Que hay de Nuevo, Viejo? *In: Democracia digital e governo eletrônico*, 2013, n. 8, 313-325. Disponível em <http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/143>. Acesso em 02/05/2020.

PIERSON, Pamela Bucy. RICO, CORRUPTION AND WHITE-COLLAR CRIME. **Temple Law Review**, v. 85, 2013.

PIETRAGALLO, GORDON, ALFANO, BOSICK e RASPANTI, LLP. Disponível em: <https://www.falseclaimsact.com/common-types-of-fraud/health-care-fraud/>. Acesso em: 10/12/2020.

PIMENTA, Raquel de Mattos. **A CONSTRUÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO**. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda, 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira. **Lei Anticrime e Acordo de Não Persecução Civil: aspectos teóricos e práticos**. Mizuno: 2022, p. 12.

PINOTTI, Maria Cristina. **Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas**. Portfolio-Penguin. Edição do Kindle, p. 369.

PINTO, Jonathan. LEANA, Carrie, PIL, Frits. Corrupt Organizations or Organizations of Corrupt Individuals? Two Types of Organization-Level Corruption. **Academy of Management Review**, Pittsburgh, v. 33, n. 3, 2008, p. 687-709. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/271517426_Corrupt_Organizations_or_Organizations_of_Corrupt_Individuals_Two_Types_of_Organization-Level_Corruption. Acesso em: 10/07/2020.

PITOMBO, João Pedro. VARGAS, Mateus. Primo de Lira irriga redutos com verbas e faz da Codevasf 'governo paralelo' em Alagoas. **Folha de São Paulo**, edição online, 12/12/2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/12/primo-de-lira-irriga-redutos-com-verbas-e-faz-da-codevasf-governo-paralelo-em-alagoas.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa. Acesso em: 12/12/2021.

PORTELA, Michelle. CGU identifica fraude de R\$ 809,9 milhões no auxílio emergencial. **Correio Brasiliense**, Edição *online*, 07/02/2022. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/economia/2022/02/4983309-cgu-identifica-fraude-de-rs-8099-milhoes-no-auxilio-emergencial.html>. Acesso em: 26/02/2022.

PORTO NETO, Benedicto Pereira; PORTO FILHO. Pedro Paulo Rezende. **Violação ao dever de licitar e a improbidade administrativa**. In *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PORTO, Thiago Heitor da Fontoura; WERLE, Caroline Cristiane. A efetivação do princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos como forma de coibição da corrupção pública mediante o controle social. **Barbarói**, n. 4, p. 137-154. 2015/2.

POSNER, Richard. A. **Economic Analyses of Law**. Cambridge: Wolters Kluwer, 1986.

PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. **Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement: Potential Lessons for Institutional Design**. International Research Initiative on Brazil and Africa, Working paper n. 5. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2497936>. Acesso em: 08/05/2021.

PRIEUR, Julien; GARBACCIO, Grace Ladeira; MARQUES, Bruno Ribeiro. Gouvernance et Nouvelle Loi D'appel D'offre Brésilienne: la Potentielle Limitation de la Concurrence en Débat. **REVISTA NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS - ELETRÔNICA**, v. 27, n. 1 – Jan./Abr. 2022, p. 189/205.

PRYOR, William H. Jr. A Comparison of Abuses and Reforms of Class Actions and Multigovernment Lawsuits. **Tulane Law Review**, n. 1885, v. 74, Issues 5 and 6, pp. 1885-1909.

PUPPO, Fábio. Bolsonaro corta verba do Coaf destinada a modernização de sistema contra corrupção. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 09 de Maio de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/05/bolsonaro-corta-verba-do-coaf-destinada-a-modernizacao-de-sistema-contra-corrupcao.shtml?pwgt=ldsoxxc696xynjctr949anla12sawb7o1vz3hfvzpgvz1c02&origem=folha>. Acesso em: 10/05/2021.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **Alguns dilemas do acordo de não persecução civil**. In: *Justiça Consensual: Acordos penais, cíveis e administrativos*. Coordenadores Daniel Resende Salgado, Luis Felipe Schneider Kirscher e Ronaldo Pinheiro Queiros. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **Responsabilidade judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção**. In: *Lei Anticorrupção*. Org. Jorge Munhoz Sousa e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 284.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. Reflexiones marginales sobre la corrupción. **Crítica Penal y Poder**, 2012, n. 2-2012, p. 18-35, 2012.

QUIROZ, Alfonso W. **Historia de la corrupción en el Perú**. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2014.

RABIAT, Ozigis. ADAPTING NIGERIA'S WHISTLEBLOWER POLICY TO PROCUREMENT FRAUDS: A CUE FROM THE FALSE CLAIMS ACT'S QUI TAM PROVISION. **Public Contract Law Journal**, v. 48, Issue 2, p. 337-353, Winter 2019.

RAMINA, Larissa. A CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO: UMA BREVE ANÁLISE. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 6, 2009.

REDIKER, Ezekiel K. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE "CULTURE OF SETTLEMENT". **Seton Hall Legislative Journal**, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015.

REVISTA VEJA, edição online, 27/09/2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/radar/depois-de-o-pt-quebrar-os-correios-dirceu-critica-privatizacao-da-estatal/>. Acesso em: 14/10/2021.

RIBEIRO CARDOSO, Henrique; LOIÁCONO NETO, Vicente; JEANE FERRARI, Flávia. **A lei anticorrupção e seus principais aspectos**: o procedimento administrativo de responsabilização, o programa de integridade e o acordo de leniência. São Paulo: Relações Internacionais no Mundo, Vol. 2, Issue 26, 2019.

RIBEIRO, Isolda Lins. **PATRIMONIALISMO E PERSONALISMO**: A GÊNESE DAS PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: https://www.academia.edu/download/30283552/Isolda_Lins_Ribeiro_-_Conpedi_2011_-_Patrimonialismo_e_personalismo_-_a_genese_das_praticas_de_corrupcao_no_Brasil.pdf. Acesso em: 13/07/2020.

RIBEIRO, Julia Lavigne. **O ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO E A DESCOORDENAÇÃO INSTITUCIONAL**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28880>. Acesso em: 29/08/2020.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa das pessoas jurídicas à luz da Lei Anticorrupção Empresarial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ROACH, Kent; TREBILCOCK, Michael J. Private Enforcement of Competition Laws. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 34, n. 3, pp. 461-508, Fall 1996.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Lilian Rose Rocha. Corrupção: os efeitos deletérios sobre as políticas de saúde. **Universitas Jus**, Brasília, v. 27, n. 3, 2017, p. 173-189.

ROCHA, Márcio Antônio. A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial qui tam action e dos programas de whistleblower. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 65, abr. 2015. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Marcio_Rocha.html. Acesso em: 15 dez. 2020.

RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**. WMF Martins Fontes, 2021. Edição do Kindle.

RODRIGUES, Filipe Azevedo; SANTOS, Natália Batista da Costa. Os Jogos da Leniência: uma Análise Econômica da Lei Anticorrupção. **RDU**, Porto Alegre, v. 14, n. 78, 2017, pp. 54-71, nov.-dez./2017.

ROS, Luiz Guilherme. **Teoria dos jogos para a celebração de acordos: uma análise das ações penais da Lava Jato**. Brasília: Editora WebAdvocacy, 2021, Edição do Kindle.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Susan Rose-Ackerman e a corrupção como troca econômica. **Folha de São Paulo**, 07/08/2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/08/1799288-susan-rose-ackerman-e-a-corrupcao-como-troca-economica.shtml?origin=folha>. Acesso em: 11/08/2021.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIKFA, Bonnie J. **Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform**. Nova York: Cambridge University Press, 2016.

ROSE-ACKERMANN, Susan. Desarrollo y corrupción. **Gestión y análisis de políticas públicas**, p. 5-21, 2001.

ROXIN, Claus. **FINES DE LA PENA Y REPARACION DEL DAÑO**. In *DE LOS DELITOS Y DE LAS VICTIMAS*. Org. Julio B. J. Maier. Buenos Aires: AdHOC, 1992,.

RUFINO, Victor dos Santos. **OS FUNDAMENTOS DA DELAÇÃO: ANÁLISE DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA DO CADE À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS**. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Universidade de Brasília, 2016.

SABOYA, Keity. **Ne bis in idem**. História, Teoria e Perspectivas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

SADEK, Maria Tereza Aina. Combate à corrupção: novos tempos. **Revista da CGU**, n. 20, ago.-dez./2019.

SADI, Andréia. **Moro sobre Aras: 'Lava Jato foi construída em todas as instâncias, inclusive no STF'**. G1 – Política, 29/07/2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/andreia-sadi/post/2020/07/29/moro-sobre-aras-lava-jato-foi-construida-em-todas-as-instancias-inclusive-no-stf.ghtml>. Acesso em: 31/07/2020.

SAFIRE, William. **Safire's Political Dictionary**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

SALCIDO, Robert. **The Public Disclosure Bar of the False Claims Act**. Andrews Publications, 2002.

SALDANHA, Rodrigo Róger; OLIVEIRA, José Sebastião. Críticas ao Estado Pós-Democrático de Direito na Literatura de José Saramago: A Relativização dos Direitos da Personalidade o Homem Duplicado. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, v.. 27, n. 3, Set./Dez. 2022, p. 230-251.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant**. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; CANETTI, Rafaela Coutinho. CONFLITOS NOS PROGRAMAS DE ACORDOS DE LENIÊNCIA BRASILEIROS NOS CASOS DE FRAUDES EM LICITAÇÃO. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 17, n. 04. p. 273-292, out./dez. 2018.

SANT'AMBROGIO, Michael. Private Enforcement in Administrative Courts. **Vanderbilt Law Review**, v. 72, n. 2, Mar./2019, pp. 425-500.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 61.

SANTOS, José Anacleto Abduch. BERTONCINI, Mateus. FILHO, Ubirajara Costódio. **Comentários à Lei 12.846/2013**: Lei anticorrupção [Livro Eletrônico]. São Paulo, RT, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. O Princípio Republicano nos 30 Anos da Constituição de 88: por uma República Inclusiva. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 296 - 318, Set.-Dez./2018.

SCHAEFER, Gilberto José; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Economia do crime: elementos teóricos e evidências empíricas. **Análise Econômica**, Porto Alegre, Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS, Ano 19, n. 36, 2001.

SCHLOSS, Miguel J. **Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad**. Washington: Georgetown University, Universia, 2010, vol. 4 n. 1.

SCHÜTTE, Sofie Arjon. **Specialised anti-corruption courts**: Indonesia. U4 Brief, July 2016:4. Disponível em: <https://www.u4.no/publications/specialised-anti-corruption-courts-indonesia>. Acesso em: 11/05/2021.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle.

SCURO N., Pedro. Luta Anticorrupção: Arca dos Insensatos. **Revista Sociologia Jurídica**, 2016.

SILVA, Alessandra Obara Soares da. **Participação popular na Administração Pública**: efeitos e limites da influência da sociedade nas decisões administrativas. Palestra proferida no XXXVI Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Participação popular na administração pública: efeitos e limites da influência da sociedade nas decisões administrativas. 2010, p. 1. Disponível em: https://www.academia.edu/28096441/Participa%C3%A7%C3%A3o_Popular_na_Administra%C3%A7%C3%A3o_P%C3%BAblica_efeitos_e_limites_da_influ%C3%AAncia_da_sociedade_nas_decis%C3%B5es_administrativas. Acesso em: 13/04/2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 668.

SILVA, Lucas Freire. **Simulação de efeitos de um choque na tecnologia de detecção de carteis**: subsídios para a política antitruste brasileira. Dissertação de Mestrado em Economia do Setor Público. Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, 2017.

SILVA, Murilo Silveira Corrêa; OLIVEIRA JUNIOR, José Galbio. Reforma administrativa, patrimonialismo e impessoalidade. **Consultor Jurídico**, edição 23/09/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-23/opiniao-reforma-administrativa-patrimonialismo-impessoalidade>. Acesso em: 23/03/2022.

SIMÃO, Valdir Moisés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência da lei anticorrupção**. São Paulo: Trevisan, 2017, p. 183.

SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN – SECRETARIA EJECUTIVA. **POLÍTICA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN**. Disponível em: <https://www.sesna.gob.mx/politica-nacional-anticorrupcion/>. Acesso em: 18/02/2021.

SLADE, Shelley R., Separating the Wheat from the Chaff Or Undermining Congressional Intent? The U.S.'s Proactive Dismissals of Qui Tam Actions. **Procurement Lawyer**, v. 55, no. 3, p. 3-12, Summer 2020.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito Administrativo de Participação**: Cidadania, Direito, Estado, Município. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SODRÉ, Rachel Juliene Menezes. Sobre corruptos, corrompidos e culpados: relatos de servidores públicos sobre práticas de corrupção. **Revista de Contabilidade e Organizações**, n. 31, 2017, p. 21-30.

SOHONI, Mila. The Lost History of the Universal Injunction. **Harvard Law Review**, v. 133, n. 3, pp. 920-1009, Jan./2020.

SOTO, Raimundo. **La corrupción desde una perspectiva económica**. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile - Instituto De Economía, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Teresa Cristina. **Recuperação de Valores Devidos ao Erário no Direito Norte- Americano**: qui tam action e false claims act. Brasília: Escola da AGU. 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course,

SPECK, Bruno Wilhelm. **Mensurando a corrupção**: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas. Cadernos Adenauer, Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, no. 10, dezembro de 2000.

SPINARDI, Felipe Lauretti; VENTURINI, Otávio. Improbidade administrativa e restrições ao exercício de direitos políticos: interfaces do Sistema Normativo Brasileiro de Combate à Corrupção (SNBCC). **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 8, n. 1, p. 50-79, 2021.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Burocratizar para não Corromper: o impacto de atores transnacionais nas medidas anticorrupção da estratégia nacional de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. **Seqüência**, Florianópolis, n. 85, p. 204-226, ago./2020.

STANFORD LAW SCHOOL. **Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse**: a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP. Disponível em: <http://fcpa.stanford.edu/>. Acesso em: 22/02/2021.

STATE QUI TAM ENFORCEMENT. 11th National Institute on the Civil False Claims Act and Qui Tam Enforcement. Chicago, **American Bar Association**. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 13/02/2023.

STEPHENSON, Matthew. **Specialised anti-corruption courts**: Slovakia. U4 Brief, July 2016:2. Disponível em: <https://www.u4.no/publications/specialised-anti-corruption-courts-slovakia>. Acesso em: 11/05/2021.

STERN, Klaus. El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 1, p. 261-277, 1988.

STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R. Public Programs and Private Rights. **Harvard Law Review**, v. 95, n. 6, pp. 1193-1322, Apr./1982.

STILLE, Alexander. **Morte a vossa excelência**. Citadel Grupo Editorial. Edição do Kindle, p. 165.

STOCKER, Frederick T. **Anti-Corruption Compliance in Brazil**: Addressing a Daunting Challenge. MFRS ALLIANCE FOR PRODUCTIVITY AND INNOVATION 3, March 2012. Disponível em: https://www.mapi.net/system/files/PA106_1.pdf. Acesso em: 10/04/2021.

STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Ação Civil Pública e Ação Popular. **BDA - Boletim de Direito Administrativo**, Jul./1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. Estado Democrático de Direito. **Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – CE/PGE/SP**, v. 14, n. 4, abr./1990, p. 125.

SUNDFELD, Carlos Ari; KANAYAMA, Ricardo Alberto. A promessa que a Lei de Improbidade Administrativa não foi capaz de cumprir. **Edição Especial da Revista da AGU**, Brasília, v. 12, n. 02.

SUNSTEIN, Cass R. What's Standing after Lujan-Of Citizen Suits, Injuries, and Article III. **Michigan Law Review**, v. 91, n. 2, pp 163-236, Nov./1992.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, Edição do Kindle.

SVENSSON, Jakob. Eight Questions about Corruption. **Journal of Economic Perspectives**, v. 19, n. 3, pp. 19-42, Summer 2005.

TABLANTE, Carlos; ANTONIAZZI, Mariela Morales. **Impacto de la corrupción en los derechos humanos**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

TANJUG, Low. **Turnout Expected in the Upcoming Elections in Kosovo-Metohija**. Disponível em: https://www.b92.net/eng/news/politics.php?yyyy=2009&mm=11&dd=10&nav_id=62940. Acesso em: 08/11/2020.

TEIXEIRA, Matheus. Aras acumula desgaste no STF e vira alvo de críticas públicas de ministros. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 03 de nov. de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/11/aras-acumula-desgaste-no-stf-e-vira-alvo-de-criticas-publicas-de-ministros.shtml>. Acesso em: 03/11/2021.

TEIXEIRA, Matheus. Doença infantil do lavajatismo pode acabar, mas não a Lava Jato, diz Fachin. **Folha de São Paulo, São Paulo**, 09 de fev. de 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/doenca-infantil-do-lavajatismo-pode-estar-prestes-a-acabar-mas-nao-a-lava-jato-diz-fachin.shtml?utm_source=mail&utm_medium=social&utm_campaign=compmail. Acesso em: 10/02/2021

TEÓFILO, Sarah; SOUZA, Renato. **Falas de PGR, procuradores e políticos expõem guerra em torno da Lava-Jato**. Correio Braziliense, edição online, 30/07/2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/07/30/interna_politica,876638/falas-de-pgr-procuradores-e-politicos-expoem-guerra-em-torno-da-lava.shtml. Acesso em: 31/07/2020.

THERIAULT, Emily. **Seventh Circuit Rejects FCA Implied False Certification Theory**. Disponível em: <https://www.governmentcontractslawblog.com/2015/06/articles/false-claims/seventh-circuit-rejects-fca-implied-false-certification-theory/>. Acesso em: 09/12/2020.

THERIAULT, Emily; TURETZKY, Matthew; GALLACHER, David. **No Unlimited Suspension of the Statute of Limitations Under the False Claims Act**; “First-to-File” Doctrine Does Not Bar Related Suits in Perpetuity. Disponível em: <https://www.governmentcontractslawblog.com/2015/05/articles/false-claims/scotus->

[no-unlimited-suspension-of-the-statute-of-limitations-under-the-false-claims-act-first-to-file-doctrine-does-not-bar-related-suits-in-perpetuity/](#). Acesso em: 10/12/2020.

THOMAS, Roderick L. **Granston Memo**: DOJ's New Internal Policy on Dismissing FCA Cases. Disponível em: <https://www.wiley.law/newsletter-Granston-Memo-DOJs-New-Internal-Policy-on-Dismissing-FCA-Cases>. Acesso em: 14/12/2020.

THOMPSON, Barton H. Jr. The Continuing Innovation of Citizen Enforcement, **University of Illinois Law Review**, v. 185, a. 2000.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. The Pennsylvania State University, 2002.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**: Leis e Costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. **Decifrando a esfinge**: como o sistema de multiplicidade institucional anticorrupção brasileiro permitiu que se produzissem meia centena de acordos de leniência. *In* Compliance no direito empresarial. Org. Modesto Carvalhosa; Fernando Kuyven. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed.

TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – Brasil. **Integridade e Empresas no Brasil**. Org. Claudia Sanen e Guilherme Donegá. 2018. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/25:bica-integridade-e-empresas-no-brasil?stream=1>. Acesso em: 15/12/2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL - BRASIL. **Retrospectiva Brasil 2020**. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/retrospectiva-brasil-2020>. Acesso em: 10/03/2021.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL - BRASIL. **Retrospectiva Brasil 2021**. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 25/01/2022.

Transparência Internacional. **Índice de percepção da corrupção 2019**. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Acesso em 22/07/2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Índice de Percepção da Corrupção 2020**. Disponível em: www.transparenciainternacional.org.br/ipc. Acesso em: 09/03/2021.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Índice de Percepção da Corrupção 2021**. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 06/09/2021.

TRANSPARENCY INTERNACIONAL. **Los negocios contra la corrupción**: Un marco para la acción - Implementación del 10mo principio del Pacto Global de las Naciones Unidas contra la corrupción. Disponível em: <https://pactoglobal.org.ar/recursos/los-negocios-contra-la-corrupcionun-marco-para-la-accionimplementacion-del-10mo-principio-del-pacto/>. Acceso em: 19/10/2021.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Global Corruption Barometer: Citizens' voices from around the world.** 2017. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/gcb/global/global-corruption-barometer-2017>. Acesso em: 09/03/2021.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **What is corruption.** Disponível em: <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>. Acesso em 16/07/2020.

TSCHEPIK, Nathan T. The Executive Judgment Rule: A New Standard of Dismissal for Qui Tam Suits Under the False Claims Act. **The University of Chicago Law Review**, n. 87, Iss. 4, Article 3, 2020.

TURNER, Christian. Law's Public/Private Structure. **Florida State University Law Review**, v. 39, n. 4, pp. 1003-1076, Summer 2012.

UC SANTA BARBARA. **The American Presidency Project.** Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=7036>. Acesso em: 17/08/2020.

UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO; TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – BRASIL; FGV DIREITO. **NOVAS MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO.** Disponível em: <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/tibr-downloads/pdf/sumario-novamedidas-bloco2.pdf>. Acesso em: 26/07/2021.

UNITED KINGDOM - Department of International Development. **Why corruption matters:** understanding causes, effects and how to address them Evidence paper on corruption. 2015.

UNITED KINGDOM – MINISTRY OF JUSTICE. **The Bribery Act 2010 – Guidance.** Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em: 16/07/2021.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances:** Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption. Viena: 2013.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **United Nations Convention against Corruption – UNCAC.** Viena: 2004. Disponível em: https://www.unodc.org/unodc/corruption/tools_and_publications/UN-convention-against-corruption.html. Acesso em: 10/11/2020.

UNITED STATES. **2016 U.S. Sentencing Guidelines Manual.** CHAPTER EIGHT - SENTENCING OF ORGANIZATIONS.

UNITED STATES. **Congressional Globe**, 37th Cong., 3rd Sess., at 956, 1863.

UNITED STATES. Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act.** 2020.

UNITED STATES. Department of Justice. **Attorney General William P. Barr Urges American Public to Report COVID-19 Fraud.** Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/attorney-general-william-p-barr-urges-american-public-report-covid-19-fraud>. Acesso em: 14/02/2023.

UNITED STATES. Department of Justice. **Cláusulas Anti-Suborno e sobre Livros e Registros Contábeis da Lei Americana Anti-Corrupção no Exterior**. 2004, p.3. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpaportuguese.pdf>>. Acesso em: 17/08/2020.

UNITED STATES. Department of Justice. **DOJ Dismissal of a Civil Qui Tam Action**. Justice Manual. Sep./ 2018). Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-4-4000-commercial-litigation>. Acesso em: 14/02/2023.

UNITED STATES. Department of Justice. **Justice Department Recovers over \$3 Billion from False Claims Act Cases in Fiscal Year 2019**. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-over-3-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2019>. Acesso em: 13/02/2023.

UNITED STATES. Federal Bureau of Investigation. **Mafia Org Chart**. Disponível em: <https://www.fbi.gov/file-repository/mafia-family-tree.pdf/view>. Acesso em: 09/09/2020.

UNITED STATES. Federal Judicial Center. **Manual for Complex Litigation**. Washington: 2004, 4ª ed.

UNITED STATES. **Federal Rules of Criminal Procedures**. Rule n. 11. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure>. Acesso em: 19/08/2020.

UNITED STATES. Homeland Security Digital Library. **Special Inspector General for Pandemic Recovery: Responsibilities, Authority, and Appointment**. Disponível em: <https://www.hsdl.org/c/abstract/?docid=837105>. Acesso em: 14/02/2023.

UNITED STATES. Securities and Exchange Commission. **SEC Charges Goldman Sachs With FCPA Violations**. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/press-release/2020-265>. Acesso em: 21/02/2021.

UNITED STATES. Securities and Exchange Commission. **SEC Charges Novartis AG with FCPA Violations**. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/press-release/2020-144>. Acesso em: 21/02/2021.

UNITED STATES. Securities and Exchange Commission. **Spotlight on Foreign Corrupt Practices Act**. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/foreign-corrupt-practices-act.shtml>. Acesso em: 21/02/2021.

UNITED STATES. Supreme Court. *Rockwell Int'l Corp. v. United States*, 549 U.S. 457, 471, 475-76 (2007).

UNITED STATES. Supreme Court. *Schindler Elevator Corp. v. United States ex rel. Kirk*, 131 S. Ct. 1885, 1893 (2011).

UNITED STATES. The United States District Court of the Eastern District of Pennsylvania. *United States ex. Rel. Brasher v. Pentec Health, Inc.* No. 13-05745, 2018 WL 5003474 (E.D.P.A. Oct. 16, 2018).

UNIVERSIDAD DE CHILE. **Transparencia, Rendición de Cuentas y Lucha Contra la Corrupción en América**. Santiago: Informe de la reunión regional que tuvo lugar en Santiago de Chile entre el 3 y el 5 de diciembre de 2004. Disponível em:

<https://libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/393/submission/proof/files/assets/basic-html/index.html#5>. Acesso em: 28/08/2022.

UNODOC – Escritório de Ligação e Parceria no Brasil. **UNODOC e Corrupção**. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/index.html>. Acesso em: 11/11/2021.

VAINFAS, Ronaldo. **A arte de furtar**. In *Revista de História da Biblioteca Nacional*. Ano 4, n. 42, mar/2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Controle Social**: promovendo a aproximação entre administração pública e cidadania. In *Perspectivas para o controle social e a transparência na administração pública*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002.

VALLS, Alejandro Pastrana. Estudio sobre la corrupción en América Latina. **Revista Mexicana de Opinión Pública**, n. 27, jul./dic. 2019. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-49112019000200013. Acesso em: 20/07/2020.

VALLS, Alejandro Pastrana. Estudio sobre la corrupción en América Latina. **Revista mexicana de opinión pública**, n. 27, p. 13-40, 2019.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VASCONSELOS, Frederico. Doze meses de omissões e impunidade. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 03 de nov. de 2021. Disponível em: <https://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2021/11/03/doze-meses-de-omissoes-e-impunidade/>. Acesso em: 03/11/2021.

VERAS, Carlos Magno dos Anjos. **Teoria Burocrática**. Disponível em: https://www.academia.edu/4206271/Formalidade_Impessoalidade_Profissionalismo_Disfun%C3%A7%C3%B5es_Valoriza%C3%A7%C3%A3o_dos_regulamentos_normas_e_instru%C3%A7%C3%B5es_Valoriza%C3%A7%C3%A3o_da_hierarquia_Defesa_de_grupos_externos_Defesa_de_interesses_pessoais. Acesso em: 23/03/2022.

VERGARA, Rodolfo. La transparencia como problema. **Cuadernos de transparência nº 05**. INAI, México, 2015. Disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5218/6.pdf>. Acesso em 28/05/2023.

RAMIREZ-ALUJAS, Álvaro. Gobierno Abierto y Modernización de la Gestión Pública. Tendencias actuales y el (Inevitable) Camino que Viene – Reflexiones Seminales. **Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública**, Vol. IX, n. 15, pp. 99-125, 2011.

VIEIRA, Padre Antônio. **Sermão do Bom Ladrão**. Erechim: Edelbra, 1998.

VILLORIA, Manuel. Corrupción pública. EUNOMÍA. **Revista en Cultura de la Legalidad**, n. 5, p. 159-167, 2013.

VILLORIA, Manuel; JIMÉNEZ, Fernando. La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos. **Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)**, v. 138, n. 1, p. 109-134, 2012.

VOGEL, Robert L. **11th National Institute on the Civil False Claims Act and Qui Tam Enforcement**. Chicago, American Bar Association, p. K-2.

WARREN, Mark E. La democracia contra la corrupción. **Revista mexicana de ciencias políticas y sociales**, v. 47, n. 193, p. 109-141, 2005.

WAYNE, Leslie. Bribery Case Falls Apart, and Tactics Are Doubted. **The New York Times**, 23/02/2012. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2012/02/24/business/fbi-bribery-case-falls-apart-and-raises-questions.html>. Acesso em: 18/08/2020.

WEBER, Max. **Ciência e Política - Duas Vocações**. São Paulo: Editora Cultrix, 2011, Edição do Kindle.

WINTERS, Michelle A. Too Many Cooks in the Kitchen: Battling Corporate Corruption in Brazil and the Problems with a Decentralized Enforcement Model. **Richmond Journal of Global Law & Business**, v. 13, Issue 4, Article 6, 2015.

World Economic Forum. **Report Anti-corruption**. 2012. Disponível em: https://reports.weforum.org/global-agenda-council-2012/councils/anti-corruption/?doing_wp_cron=1568314042.2188379764556884765625. Acesso em: 22/08/2022.

YODER, Todd. **False Claims Act Whistleblower Wins Key Materiality Victory**. Disponível em: <https://kkc.com/blog/false-claims-act-whistleblower-wins-key-materiality-victory/>. Acesso em: 09/12/2020.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. **O princípio da impessoalidade**. Imprensa: Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 3.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia e Constitución**. Madrid: Trotta, 2005.

ZAHEER, Sônia. Brazil's Landmark Clean Companies Act: Comparison to The OECD Anti-Bribery Convention and Issues. **Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal**, Mar./2014.

ZAMUDIO, José Jafet Noriega. **La reforma constitucional anticorrupción en México**: a un lustro aproximado de su difusión y vigencia. *In Combate a la corrupción: reflexiones y experiencias multilaterales*. Colección Buen Gobierno, Derechos Humanos y Combate a la Corrupción. ALVAREZ, Adriana de Santiago; TRUJILLO, Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera (Organizadores). Guanajuato, 2020.

ZANETI JR., Hermes; LINO, Daniela Bermudes. **Os painéis do CNJ e os dados da efetividade das ações coletivas no Brasil**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-20/opiniaio-dados-efetividade-aco-es-coletivas-brasil>. Acesso em: 02/08/2020.

ZEPETA, Jesús Rodríguez. **Estado y Transparencia**: un paseo por la filosofía política. Cuadernos de transparencia 04. México D.F: Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, 2015.

ZIMMER, Aloísio. **Lei anticorrupção**: Lei 12.846/2013. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2019. [livro digital].

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Lei Anticorrupção** (Lei 12.846/2013): Uma visão do controle externo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

ANEXO: PROJETO DE LEI PARA AÇÃO CIVIL ANTICORRUPÇÃO

Art. 1º A pessoa que dispuser de informações sobre ato qualificado como de improbidade administrativa, previsto nos artigos 9º a 11, da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992; ou lesivo, conforme art. 5º, da Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013, poderá ajuizar, em seu próprio nome, mas em benefício da entidade pública lesada, ação civil anticorrupção, para promoção do ressarcimento do dano patrimonial causado ao erário e/ou devolução de valores que representem proveito do ato de corrupção.

§ 1º. A ação seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) e deverá ser baseada em documentos e informações inéditos, assim entendidos os que não sejam versados em ação prévia com mesmo objeto, nem integrarem bancos de dados ou procedimentos investigativos do órgão ou ente lesado ou instância de controle, admitindo-se a demanda, no último caso, quando o Estado não tenha promovido a responsabilização devida em tempo razoável.

§ 2º Entende-se como fonte original de informação pública a pessoa que, antes do ajuizamento da ação civil anticorrupção, informou voluntariamente ao Estado a ocorrência dos ilícitos e apresentou os elementos de prova disponíveis ao tempo da revelação. Nesta situação, a ação civil anticorrupção é cabível.

§ 3º Quando o autor for pessoa jurídica, deverá comprovar que tomou medidas para responsabilização de empregados, contratados, dirigentes ou administradores envolvidos no ato de corrupção.

§ 4º A ação será proposta no local em que ocorrida a lesão patrimonial ao erário ou no domicílio do autor.

§ 5º Responderá pela ação civil anticorrupção a pessoa física ou jurídica, agente público ou não, que tenha praticado o ato de improbidade administrativa, previsto nos artigos 9º a 11, da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992; ou lesivo, conforme art. 5º, da Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013.

§ 6º O sucessor hereditário da pessoa física ou empresarial da pessoa jurídica (art. 4º da Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013) que tenha praticado o ato

responde pela lesão causada e pelo proveito indevido obtido pelo agente, na forma da lei.

Art. 2º proposta a ação, a pessoa jurídica lesada será cientificada do ajuizamento, podendo, no prazo de 30 dias úteis:

I – Requerer a assunção do polo ativo da ação e será considerada o autor principal, assumindo a condução da causa, caso em que o autor privado será assistente litisconsorcial da pessoa lesada;

II – Pleitear seu ingresso na ação como assistente litisconsorcial do autor privado;

III – Manifestar oposição à ação, por já dispor das informações nela tratadas, diante do comprometimento que a demanda possa trazer para investigações em curso ou para o atendimento do interesse público, com a devida comprovação e justificção.

§ 1º O Ministério Público também será notificado, para, no mesmo prazo do caput, requerer a:

I - Assunção do polo ativo, caso em que o autor privado será considerado assistente litisconsorcial;

II - Intervenção na qualidade de fiscal da lei; ou

III - Rejeição liminar da ação, na forma do inciso III, do caput.

§ 2º Em decisão fundamentada, o juiz admitirá a ação, atribuindo as posições processuais pertinentes a cada interveniente; ou rejeitará liminarmente a demanda a que faltar o requisito do ineditismo, que puder comprometer investigações em andamento ou que for manifestamente contrária ao interesse público.

§ 3º O processo ficará sob sigilo até que seja proferida a decisão a que se refere o parágrafo anterior.

Art. 3º Julgada procedente a ação civil anticorrupção, o autor privado receberá recompensa, a ser deduzida do valor recuperado pela entidade lesada através da demanda, que será calculada da seguinte forma:

I – Caso o autor privado tenha sido o demandante principal, perceberá de 20% a 30% do valor a ser restituído à entidade lesada;

II – Caso tenha assistido o MP e/ou a entidade lesada no polo ativo da causa, o autor privado perceberá de 10% a 20% do valor a ser restituído à entidade lesada.

§ 1º. A recompensa terá por base apenas os valores decorrentes das condenações atinentes ao ressarcimento do dano causado ao erário e devolução do proveito econômico indevidamente obtido pelo(s) condenado(s).

§ 2º A fixação do montante da recompensa deverá levar em conta a eficácia da atuação do autor privado, o intervalo de tempo decorrido entre a prática dos fatos ilícitos e a propositura da ação, a importância das informações apresentadas pelo autor privado, seu grau de atuação na produção probatória e a colaboração processual com os demais integrantes do polo ativo.

§ 3º Em qualquer caso, se o autor privado planejou ou idealizou os atos tratados na ação por ele proposta, o juiz poderá negar ou reduzir a indenização devida, considerando, na primeira hipótese, a necessidade de não premiar condutas premeditadas para angariar recompensa financeira em desfavor do Estado; e, na segunda, as circunstâncias do caso, especialmente o arrependimento efetivo do autor.

§ 4º Quando a ação for proposta com base em informação já em poder do Estado, mas não utilizada em prazo razoável para responsabilizar os infratores, a recompensa fica limitada a 10% do valor recuperado.

Art. 4º Em caso de rejeição liminar da ação, motivada pelo prévio conhecimento do Estado acerca dos fatos e documentos apresentados pelo autor privado na demanda, e uma vez demonstrada sua ciência quanto à ausência de ineditismo, não sendo caso de manifesta omissão indevida do Estado de usar a informação fornecida pela fonte original, o autor privado pagará ao ente lesado indenização de 10% do valor estimado da lesão causada pelo ato de corrupção, conforme indicado na petição inicial.

Parágrafo único. Não sendo possível ao autor privado estimar o valor da lesão na petição inicial, o que deve ser expressamente justificado, a indenização será calculada de modo equitativo pelo juiz, sopesadas as condições financeiras do autor privado e a necessidade de repressão eficaz ao mal litigante.

Art. 5º A extinção da ação civil anticorrupção pela celebração de acordo de não persecução civil ou de leniência, que serão firmados na forma e condições previstas na Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992 e Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013, respectivamente, não prejudica a recompensa devida ao autor original, quando aquelas ações tenham sido originadas a partir da por este proposta, devendo a recompensa ser fixada no momento da homologação do acordo pelo juiz competente

para ação de improbidade ou por ato lesivo e observar os limites e critérios dispostos nesta Lei, garantindo-se ao autor original manifestação sobre os termos do acordo antes de sua homologação pelo juiz competente.

Parágrafo único. Observado o dever de ressarcimento integral, o acordo sobre a forma de ressarcir o dano e devolver o proveito ilícito obtido pode ser celebrado na própria ação civil anticorrupção, o qual será homologado pelo juiz competente, ouvidas as partes e intervenientes, quando a conciliação for meio idôneo de satisfação do interesse público.

Art. 6º Ao autor privado são garantidas as medidas de proteção ao informante previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, e na Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, sem prejuízo de outras, inclusive de natureza cautelar, a critério do juiz da causa, como a reintegração imediata ao cargo ou emprego ocupado e do qual fora desligado em retaliação ao ajuizamento da ação.

§ 1º São nulas de pleno direito quaisquer cláusulas contratuais que inibam, no âmbito trabalhista, cível ou de qualquer relação negocial, a colaboração de empregados, contratados, prestadores de serviço, diretores ou administradores com o poder público para identificação e punição de atos de corrupção.

§ 2º Indenizações eventualmente devidas em face de retaliação praticada contra o autor privado devem ser apuradas em ação própria.

Art. 7º O julgamento da ação civil anticorrupção não prejudica a ação de complementação de ressarcimento do dano nem a rediscussão da causa, quando a improcedência decorrer da insuficiência de provas.

Art. 8º A sentença que julgar procedente a ação determinará, depois de descontada a recompensa devida ao autor privado, na forma do art. 3º, a destinação dos valores atinentes à reparação do dano ou perda dos bens havidos ilicitamente em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ato de corrupção.

Art. 9º Para garantia do ressarcimento do dano ao erário e devolução do proveito ilicitamente obtido, são admissíveis as seguintes providências:

I – Indisponibilidade de bens;

II - Medidas necessárias para a comprovação do ilícito, tais como busca e apreensão, acesso a informações e documentos sob sigilo fiscal ou bancário e requisição de dados obtidos, mediante decisão do juízo criminal competente, por interceptação telefônica, telemática ou informática;

III – Sustação dos efeitos do ato ou processo administrativo objeto da ação.

§ 1º A indisponibilidade recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

§ 2º A indisponibilidade poderá ser decretada independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, desde que presentes elementos indicativos da lesão ao erário ou percepção de vantagem indevida atribuíveis ao demandado.

§ 3º A indisponibilidade ficará limitada ao montante estimado do dano e/ou proveito ilícito, podendo recair sobre qualquer bem do demandado, independente da época de aquisição.

§ 4º A medida prescinde de prévia oitiva do acusado e poderá ser requerida incidentalmente na ação civil anticorrupção ou em caráter antecedente, hipótese em que a ação principal deve ser proposta no prazo de 30 dias da efetivação da primeira medida constritiva.

§ 5º As medidas necessárias para comprovação do ilícito, previstas no inciso II, somente podem ser decretadas quando a inicial estiver acompanhada de elementos de prova suficientes para atestar a consistência das informações apresentadas pelo autor privado.

§ 6º A sustação dos efeitos do ato ou processo administrativo objeto da ação depende de prévia manifestação da entidade pública que praticou o ato ou conduz o processo, salvo hipótese de risco de periclitamento de direito ou dano irreparável.

Art. 10 A responsabilidade do réu, pessoa física ou jurídica, depende de demonstração de dolo, na forma prevista na Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, quando o ato de corrupção se enquadrar em algum de seus dispositivos; e será objetiva, quando o demandado for pessoa jurídica e o ato se amolde ao art. 5º da Lei 12.846, de 01 de agosto de 2013.

SUMARY VERSION

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-RECTORY FOR RESEARCH, GRADUATE STUDIES AND INNOVATION
POST-GRADUATION IN JURIDICAL SCIENCE PROGRAM – PPCJ
DOCTOR OF JURIDICAL SCIENCE – SJD
AREA OF CONCENTRATION: CONSTITUTIONALISM, TRANSNATIONALITY
AND LAW PRODUCTION
RESEARCH LINE: Constitutional Principiology, Law Policy and Artificial
Intelligence
DUAL DEGREE PROGRAM BETWEEN WIDENER UNIVERSITY DELAWARE
LAW SCHOOL**

**ANTI-CORRUPTION CIVIL ACTION: MECHANISM FOR THE PROTECTION OF
ADMINISTRATIVE PROBITY**

TIAGO DO CARMO MARTINS

PROFESSOR ADVISOR: GILSON JACOBSEN

Itajaí, June de 2023

1. THEME AND ITS DELIMITATION

The protection of administrative probity can be reinforced with the use of *anti-corruption civil action*, an instrument capable of facilitating the discovery of acts of impropriety or harm. The offer of a reward, represented by a portion of the value recovered by the State, in the molds of the *qui tam action* of the American Law, serves as an incentive to unveil acts against probity in the Public Administration, with efficiency gain, because this mechanism does not demand expansion of public expenditures with the apparatus of the repressive machine.

It is proposed the study of the constitutional principle of protection of administrative probity, corruption, the microsystem of protection of administrative probity, and related institutes of U.S. law, with special focus on *qui tam actions*, to formulate a proposal for improvement in national law, through the introduction of a new type of lawsuit in the Brazilian procedural system, for the purpose of presenting a doctoral thesis.

2. RATIONALE AND OBJECTIVES (GENERAL AND SPECIFIC)

This research is inserted in the Research Line *Constitutional Principiology, Law Policy and Artificial Intelligence*. It focuses on the founding constitutional principles of a probate Public Administration and the implications arising therefrom with the phenomenon of corruption, which has devastating consequences on the social fabric and prevents the Brazilian State from carrying out its primary task of promoting social justice. By analyzing its causes, consequences, and contours, it is intended to investigate ways by which it is possible to advance in overcoming the obstacles that prevent the Law from carrying out its function as promoter of ethical social values and as an orderly of conduct in favor of equality and democracy.

To this end, we investigate the norms that make up the *anti-corruption microsystem*, forged precisely to induce probate conduct within state relations. In this step, the *Administrative Improbity Law* and the *Anti-Corruption Law* are examined in depth and with a critical eye, in search of explanations for the ineffectiveness of the system.

Completing this approach, we analyze instruments of U.S. law that fulfill functions related to nationals, with a view to extracting inspiration for possible adjustment mechanisms in Brazilian legislation.

As a result of the investigation, *lege ferenda* solutions are sought, which have the potential to improve the legal system in force, based on the assumption that it is the researcher's task to contribute to the production of just, useful and adequate law for the community.

In short, from the inspiration drawn from comparative law, it is proposed the adoption of a new legal mechanism, the *anti-corruption civil action*, whose purpose is to encourage the participation of private agents in the confrontation of state corruption, through the attribution of procedural legitimacy to act in favor of the State in the face of acts of corruption, in exchange for financial reward to the legitimate, deducted from the amount recovered in the action.

The institutional objective of this Thesis is to obtain the title of Doctor in Legal Science by the Doctoral Course in Legal Science of UNIVALI.

Its scientific objective is to demonstrate that the protection of administrative probity can be enhanced with the use of *anti-corruption civil action*.

As specific objectives, the research seeks:

a. To study, based on constitutional principle, the characteristics of the State and the Brazilian Administration that have a closer relationship with the achievement of the objectives of the Republic.

b. Investigate the phenomenon of corruption, its causality, ways of coping and the consequences it generates in the implementation of guaranteed rights.

c. Analyze the national anti-corruption microsystem, with critical examination of its operability.

d. Research instruments of U.S. law with an anti-corruption focus, with a view to improving the national framework.

e. Propose a new legal mechanism that increases the fight against corruption and the recovery of values diverted from the Treasury at the national level.

3. METHODOLOGY

As for the Methodology¹⁵⁶⁵, the parameters adopted by the Stricto Sensu Graduate Program in Legal Science – PPCJ/UNIVALI will be considered. In the Research Phase the Inductive Method was used, in the Data Treatment Phase the Cartesian Method¹⁵⁶⁶, and the Results Report expressed in this Thesis is composed on the inductive logic basis.¹⁵⁶⁷

In the various phases of the Research, the Referent Techniques were activated¹⁵⁶⁸, of the Category¹⁵⁶⁹, of the Operational Concept¹⁵⁷⁰ and Bibliographic Research¹⁵⁷¹.

4. PROBLEMS AND HYPOTHESES

4.1 Formulation of the problem:

a) Constitutional principles configures a provider State, on whose good administrative performance the guarantee of rights depends; And that it has a participatory feature, involving the citizen in public affairs?

b) How does corruption prevent the realization of rights constitutionally enshrined in the Constitution of the Republic, especially the promotion of social development and the effective implementation of the Republican and Democratic State of Law?

1565"[...] moment in which the Researcher seeks and collects the data, under the framework of the established Referent [...]." PASOLD, Cesar Luiz. **Methodology of legal research: theory and practice**. 14 ed. rev., current., and ampl. Florianópolis: Modara Emporium, 2018. pp. 112-113.

1566"[...] research and identify the parts of a phenomenon and collect them in order to have a general perception or conclusion [...]". PASOLD, Cesar Luiz. **Methodology of legal research: theory and practice**. p. 114.

1567On the four rules of the Cartesian Method (evidence, divide, order and evaluate) see LEITE, Eduardo de oliveira. **The legal monograph**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

1568 "[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa." PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 69.

1569 "[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia." PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 41.

1570 "[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 58.

1571 "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 217.

c) Have the fundamental norms of probity protection in the Brazilian Public Administration achieved the objectives that inspired its edition?

d) Is it possible to draw inspiration from U.S. legal statutes to increase the protection of probity and the fight against corruption in Brazil?

e) Could *anti-corruption civil action* enhance the national anti-corruption microsystem and increase the recovery of assets diverted from the Brazilian Public Administration?

4.2 Hypotheses

a) Constitutional principlology founds the Brazilian State with a transformative and participatory aspect and guarantees citizens legal positions that depend on the probito functioning of the Public Administration.

b) Corruption has plagued Brazil since its foundation and impedes the achievement of the fundamental objectives of the Brazilian State.

c) The mechanisms that make up the Brazilian anti-corruption microsystem lack effectiveness, both regarding the discovery of illicit acts, and to the reparation of damages resulting from acts of corruption.

d) U.S. law has good legal tools to attack the phenomenon of corruption, among which stand out the *qui tam* actions, an effective instrument for the discovery of acts of corruption and for the recovery of values diverted from the State.

e) *Anti-corruption civil action* has the potential to reduce the effects generated by corruption and increase the promotion of probity and administrative morality.

5 SUMMARIES OF CHAPTERS

CHAPTER 1

The revolutionary movements of the late eighteenth century bequeathed to Western constitutionalism the tripartite model of separation of powers, a dogma that turned out to be the archetype upon which states¹⁵⁷² began to organize themselves

1572 WEBER, Max. **Ciência e Política** - Duas Vocações. São Paulo: Editora Cultrix, 2011, Edição do Kindle, p. 52.

and that, in a context marked by liberal ideals, refractory to state interventionism, responded sufficiently to the protection of individual rights, for which the negative, or omissive, posture of the Public Power was done enough.

However, the advent of the Social State, and the social rights it contemplated, began to demand an active stance of the state entities, since they were under the influence of satisfying the positive benefits guaranteed by the rights of the second generation.

These positive and transformative benefits, which added to the need to preserve individual rights, brought a budget cost that was not negligible¹⁵⁷³ and, consequently, imposed on the States the need to apply tax revenues in the areas covered by social rights, such as health, education, work, social security, and social assistance.

Much because of this great need to invest, the Brazilian Constitution of 1988 still boasts a series of individual and social commitments without concreteness, such as those related to health, lacking a more explicit rule about the limits and terms of exercise of the rights of those who need it; education, still offered by the Government at a precarious level, at least with regard to early childhood education and primary and secondary education; and in the field of social assistance and reduction of social and regional inequalities, in which welfare policies, uncommitted to overcoming the causes of deficiencies, are the rule.

In fact, the demands imposed by individual and social rights to the rule of law, seen together, are no longer matched by an absentee posture of the State, in force until the first half of the twentieth century, inspired by an exclusively individualistic mentality, of eminently liberal inspiration. The second part of that century began to call for a new state behavior, already committed to the satisfaction of social needs.

The State begins to assume "organizational and directive responsibilities of the whole economy of the country, instead of simply exercising general powers of

1573 SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, Edição do Kindle, p. 562.

legislation and police, proper to the profile of the Minimal State, as it was hitherto known¹⁵⁷⁴".

It is a "set of principles that, in democracy, are subtracted from the will of the majority"¹⁵⁷⁵, mirroring a legal notion, expressed in rigid constitutions through clauses of absolute undecidability, putting certain issues safe from constitutional reform; or relative undecidability, in which case reform is possible, provided that a stricter procedure is observed.

These principles are, in essence, limits and bonds imposed on the public power, including the Legislative Power, which assume the character of legal principles attesting to the legitimacy or invalidity of state action, going far beyond the mere function of political legitimation of its actions.

Although, there are many administrative obstacles that prevent the implementation of the rights enunciated in the Constitution, among which it is worth mentioning, from the outset, corruption, which drains scarce resources and further weakens the effectiveness of constitutionally guaranteed legal positions.

The appropriation of the State for private purposes is closely linked to the classic dichotomy underlined by Machiavelli, according to which "all States, all governments that have had or have authority over men, have been and are either republics or principalities¹⁵⁷⁶".

The republican value is intrinsically related to the principle of popular sovereignty that in the constitutionalism inaugurated at the end of the eighteenth century comes to be characterized as a constituent power. ¹⁵⁷⁷The nation is the sovereign subject and, therefore, "*no debe ni puede someterse a formas constitucionales*". Thus, the revolutionary will could not be contained in time, since "the

1574 STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 72.

1575 FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Trad. Perfecto A. Ibañes, et. al. Madri: Trotta, 2008, p. 102.

1576 MAQUIAVEL, Niccolò. **O Príncipe**. 3ª Ed. Trad. Roberto Grassi. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p. 5.

1577 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitution. From Antiquity to the present day**. Translation by Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p 103.

constitution must discipline the powers that the very revolution institutes but can never pretend to extinguish this engine"¹⁵⁷⁸.

In this scenario, it is a consequence of the rule of law that power emanates from the people and only in their name can it be exercised. Consequently, any State Power or authority vested in State functions has clear limits of action, marked above all, but not only, by the framework of legality, according to which they are only allowed to do what the legal order allows and in strict terms inspired by the principle of the supremacy of the public interest.

From the formatting of a State focused on the well-being of its citizens and that is guided by republican values results the imperative of a permanent civic monitoring of the actions and performance of the public power (social control), which is supported in several passages of the Federal Constitution of 1988, starting already in article 1, characterizing the Republic as a Democratic State of Law; in its item II, which enunciates citizenship as one of the foundations of the Republic; And it is complemented with the declaration that "all power emanates from the people" and in their name must be exercised, which makes them, the people, the master of state actions, legitimizing them to supervise their representatives and demand accountability from them. All detailed in many other passages of the Charter, such as the guarantee of access to information of collective or general interest (article 5, XXXIII) and the gratuity of the acts necessary for the exercise of citizenship (article 5, LXXVII) ¹⁵⁷⁹.

This legitimation for the exercise of social control has very strong implications with the thesis supported here, in the sense that the constitutional principles designed in 1988 (Chapter I), specifically in confronting the phenomenon of corruption (Chapter II), is strengthened by the reinforcement of the norms of the anti-corruption microsystem (Chapter III), supported by the experience of comparative law (Chapter IV), through *anti-corruption civil action* (Chapter V).

As SARMENTO demonstrates, "the republican principle is a fundamental pillar of our legal order. In addition to the unequivocal importance in the constitutional

1578 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días**. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p 112.

1579 VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Controle Social**: promovendo a aproximação entre administração pública e cidadania. *In Perspectivas para o controle social e a transparência na administração pública*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002, p. 89.

system, it has a wide range of coverage, since it projects itself over numerous domains and issues¹⁵⁸⁰. But its consolidation has been very difficult in the Brazilian state.

It should be noted that democracy and republicanism inspire decision-making effectiveness of political power, counterbalanced by the imposition of institutional controls, forged in the belief that there is always a tendency of abuse of power by those who hold it. Thus, agencies are created to supervise other agencies or individuals located on the same plane, such formatting being "consistent with the denial by democracy of giving substantive entity to the private sphere and with the assertion of republicanism that the public sphere is the privileged one"¹⁵⁸¹. But, on the other hand, "liberalism has the pole of protection, focused on the private sphere" taxing a great apparatus of guarantees, "to obtain the effective protection of these rights" doing so that liberalism needs to "endow the state with great, and consequently, always threatening powers."¹⁵⁸².

Nevertheless, a society has been formed accustomed to seeing the confusion of the public with the private and unaccustomed to compliance with norms. Many laws, although enacted and published, 'do not catch', a term that expresses the ineffectiveness of the norm in changing social behaviors. Other measures are taken only 'for English to see'¹⁵⁸³, that is, to give the impression of acting in accordance with what was expected, but without the real intention of altering the *status quo*. Indeed, "as our Republic is fragile, it becomes particularly vulnerable to the attack of its two main enemies: patrimonialism and corruption."¹⁵⁸⁴.

One cannot, however, deny the normative force of constitutional principles that imposes the protection of the Republic and morality. Although it is difficult to extract

1580 SARMENTO, Daniel. **O Princípio Republicano nos 30 Anos da Constituição de 88**: por uma República Inclusiva. Revista EMERJ. Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 296 - 318, Set.- Dez./2018, p. 300.

1581 O'DONNELL, Guillermo. **Accountability Horizontal**. La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política. Rev. ISONOMÍA, No. 14, Abril/2001, p. 12.

1582 O'DONNELL, Guillermo. **Accountability Horizontal**. La Institucionalización Legal de la Desconfianza Política. Rev. ISONOMÍA, No. 14, Abril/2001, p. 13.

1583 A term that refers to the expedient used in the Empire to satisfy the English pressures against the slave trade, which, in practice, was not ceased. "The slave trade, despite the multiple treaties and normative acts signed, by English pressure, with the aim of proscribed it, came to dominate the routine of the young Brazilian Empire. They were measures 'for English to see'. Trafficking generated a parallel economy, outside the law, in which bribery was the usual tool for the authorities to continue to condone such a spurious practice". GARCIA, Emerson. **Repressão à Corrupção no Brasil**: entre realidade e utopia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4.

1584 SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle, p. 68.

postures from them a priori¹⁵⁸⁵, these are 'commandments of optimization' that impose the realization of their content to the extent of the factual and legal possible, in the light of the given circumstances¹⁵⁸⁶.

In this step, the new constitutionalism based on principles comprises the normative force of the values, legal reasoning less formalistic and more open to consideration, constitutionalizing of the Law, with irradiation of constitutional norms on all sectors of the legal order, rapprochement between Law and morality and judicialization of politics and social relations, which attributes a certain shift of power from the Executive and Legislative to the Judiciary¹⁵⁸⁷.

From this principled core, it follows that the successive and increasingly rapid changes that State and society go through have been reflected in the way Public Administration operates¹⁵⁸⁸. In short, and now with attention focused on the successive remodeling of the configuration of the Brazilian State, we pass, following the patrimonialism that characterized the colony (and continues to radiate effects in the Republic), to the bureaucratic model of Weberian inspiration and, already in the 1990s, under neoliberal inspiration, to the managerial model, focused on results and that sees the managed almost as a client; until one arrives, in more recent times, at the *Conformal Public Administration*, "a great entity of composition of interests (public and private) of the most different natures, illuminated by the desideratum of administrative efficiency, which must contemplate the 'long term'"¹⁵⁸⁹.

Such a conforming perspective, which has, or should have, the citizen and society on its radar at the time of elaborating the public decision, does not occur by chance or by political liberality. In fact, if all power emanates from the people, as proclaimed by the Federal Constitution already in its first article, nothing more natural

1585 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 40.

1586 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 90.

1587 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

1588 DE GIORGI, Raffaele. **A administração pública na sociedade complexa**. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 9-12, jan./abr. 2011, p. 19.

1589 BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 51.

and imperative than it, the people, acts directly in the definition of state ways and in their supervision.¹⁵⁹⁰

There is, in fact, a new Administrative Law, of the type that "redraws a set of instruments of collaboration"¹⁵⁹¹ public-private and that has the citizen as the source and recipient of state activity. This public-private path of convergence is beneficial to the people and the state at the same time. By bringing citizens closer to the state, the more influential they become, the stronger the state organization as a center of power, and the more strengthened the founding values of the political order remain¹⁵⁹². It is in this dimension that social control can be seen as 'agglutinating', in which "society will be aware of the difficulties and what can be done", an understanding that brings "a confluence to a common goal rather than a clash between diverse interests"¹⁵⁹³.

Therefore, it is important to remember that "social control should not be a simple procedural element without aptitude to interfere in state management"; In addition, it is essential that it translates into an "effective" mechanism to provide accountability for bad managers"¹⁵⁹⁴.

It is here that social control is intimately connected with corruption, the theme of the next Chapter, because for the realization of the objectives and foundations of the State, especially eradicate poverty, promote equality and other rights guaranteed to the individual and society. It is increasingly necessary for citizens to get involved, "actively participating in and controlling state decisions so that resources are effectively allocated to constitutionally established priorities"¹⁵⁹⁵, for all have an interest in the proper management of public resources, since those who are diverted will be needed for the promotion of those fundamental values.

1590 FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **The consensual Public Administration**: a new paradigm of citizen participation in the formation of state decisions. *Digital Journal of Administrative Law*, vol. 4, n. 2, p. 69-90, 2017, p. 76.

1591 MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 31.

1592 SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito Administrativo de Participação**: Cidadania, Direito, Estado, Município. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

1593 CONCEIÇÃO, Antonio Cesar Lima da. **Controle Social da Administração Pública**: Informação & Conhecimento – interação necessária para a efetiva participação popular nos orçamentos públicos. Brasília: 2010, p. 14. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Orçamentos Públicos do Instituto Serzedello Corrêa – ISC/DF.

1594 ASSIS, Cristiane Costa; SILVA, Adriana Campos. **Controle Social e Responsabilidade Estatal**. Revista PRIM@ FACIE, João Pessoa, PPGCJ, v. 16, n. 33, 2017, p. 2.

1595 ASSIS, Cristiane Costa; SILVA, Adriana Campos. **Controle Social e Responsabilidade Estatal**. Revista PRIM@ FACIE, João Pessoa, PPGCJ, v. 16, n. 33, 2017, p. 9.

Although the Federal Constitution imposes on the State, in a primary and indeclinable character, to prevent and repress corruption, which will be addressed in Chapter 3, one cannot lose sight of the fact that the citizen and society also play an indispensable role, but that it depends on the strengthening of the accountability mechanisms now available, especially *accountability* vertical, exercised by the holder of power (the people) towards their representatives and agents. Thus, the reinforcement of control demands "Strengthening the private sphere" so that "citizens are given the opportunity to control and interfere in the public sphere by demanding responsible action from the State"¹⁵⁹⁶⁻¹⁵⁹⁷. Precisely what is proposed in Chapter 5, based on the American experience, reported in Chapter 4.

In this way, it infringes on the rule of law the Legislator who issues norms of a general nature aimed at benefiting the individual or group to the detriment of the collectivity; as well as the State-judge that sentences considering the political or economic prominence of one of the parties, disregarding the solution established by the order. And it also does so, and this is the vice that says most for the purposes of this thesis, the manager who moves the state machine in deviation of purpose, aiming at undue advantage, to benefit himself or a third party, with contempt for the duties imposed by the supremacy and unavailability of the public interest. This is the case of the one that focuses on corruption, a phenomenon analyzed in the following chapter.

CHAPTER 2

Corruption is an ancient social phenomenon, common to several nations of the globe, although felt to different degrees in each society. Although Political Science, Social Sciences, Anthropology and History are the main branches of knowledge that are dedicated to its study, Economics has increasingly devoted attention to the subject, very concerned with the effects generated in the production of wealth and performance of governments. The Law, in turn, has sought to respond to this practice, especially in countries where there is a higher occurrence, paying less attention to the causes and more to legal mechanisms that can inhibit cases of corruption.

1596 O'DONNELL, William. **Horizontal Accountability**. The Legal Institutionalization of Political Distrust. Rev. ISONOMÍA, No. 14, April/2001, p. 22

1597 ASSIS, Cristiane Costa; SILVA, Adriana Campos. **Controle Social e Responsabilidade Estatal**. Revista PRIM@ FACIE, João Pessoa, PPGCJ, v. 16, n. 33, 2017, p. 16.

In the incursion intended in Chapter 1, it is sought to consider the main causes of corruption already diagnosed, to evaluate its most recurrent effects, to take a look at the particular case of Brazil so that, analyzing available national instruments (Chapter 2) and related American instruments (Chapter 3), it is possible to propose, in Chapter 4, a legal instrument capable of improving the confrontation of the problem in the national scenario.

With this in view, it must be established from this now, with support in the lesson of VALLS¹⁵⁹⁸, that corruption has public and private dimensions, depending on the origin of the resources involved in the act. In the public sector, which is the focus of this study, it manifests itself in administrative activity (execution of overpriced contracts, payment of services not rendered, granting of improper licenses), politics (appointment to public offices to raise funds for party or political project, nepotism, façade candidacies to raise funds from the party fund) and even legislative¹⁵⁹⁹ (elaboration of laws negotiated by vested interests, upon payment of financial consideration, or edition of normative acts that aim to hinder the punishment of corrupt agents)¹⁶⁰⁰.

In short, corruption can be defined as the act of inducing a public official¹⁶⁰¹, by improper means (such as bribery), to commit breaches of duty¹⁶⁰². Or as expressed in the classic definition formulated by ROSE-ACKERMAN¹⁶⁰³, "the abuse of public office for private gain." To this is added the pertinent definition established by NYE, by

1598 VALLS, Alejandro Pastrana. **Estudio sobre la corrupción en América Latina**. México: Revista Mexicana de Opinión Pública, no.27, jul./dic. 2019. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-49112019000200013. Acesso em: 20/07/2020.

1599 Segundo pesquisa realizada pela Transparência Internacional em 2019, nas Américas, 46% dos participantes percebem a polícia e o Legislativo como órgãos mais corruptos. INTERNATIONAL TRANSPARENCY. **Global Corruption Barometer**: citizens' voices from around the world. Disponível em <https://www.transparency.org/en/news/global-corruption-barometer-citizens-voices-from-around-the-world>. Acesso em: 16/07/2020.

1600 VALLS, Alejandro Pastrana. **Estudio sobre la corrupción en América Latina**. México: Revista Mexicana de Opinión Pública, no.27, jul./dic. 2019, p. 16. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-49112019000200013. Acesso em: 20/07/2020.

1601 Defined in Article 2 of the United Nations Convention Against Corruption (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **United Nations Convention against Corruption – UNCAC**. Vienna: 2004, p. 7, Available at: https://www.unodc.org/unodc/corruption/tools_and_publications/UN-convention-against-corruption.html. Access in: 10/11/2020).

1602 KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 344-345.

1603 ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption and Government**: Causes, Consequences, and Reform. London: Cambridge University Press, 1999.

characterizing it as a behavior that deviates from the formal duties of the public service by virtue of private reward (personal, close family, friends), which can consist of both pecuniary and status gains¹⁶⁰⁴.

The act 'sold' by the corrupted agent does not necessarily imply the execution of an illegality. As HUSTED points out, "corruption can be conceived as a transfer of service between the payer of the bribe and its recipient"¹⁶⁰⁵. The service can be of two orders: a. according to the rule (according-to-rule services), in which the recipient sells an act of office, which, in itself, does not violate the law, but in its context reveals dishonesty, such as charging to expedite a license; b. against the law (against-the-rule services), in which the agent is paid to do something that is prohibited by law, how to deliver a contract to those who are no longer qualified or do not offer the most advantageous proposal to the Administration.

Turning now to the historical origins of corruption, KLITGAARD reminds us that corruption is as old as the government itself. It states that, "writing some 2300 years ago, the Brahmin Prime Minister of Chandragupta listed at least forty ways to divert money from the government"¹⁶⁰⁶.

TOCQUEVILLE had also already dedicated, in the famous work *Democracy in America*, of the first half of the nineteenth century, an entire chapter (XIII) to corruption. He pointed out at the time that corruption depended on the form of government adopted, being facilitated in democracies, because "in aristocratic governments, the individuals who are put at the head of affairs are rich men, who desire only power. In democracies, statesmen are poor and have their fortunes to earn." Thus, "in aristocratic states rulers are rarely accessible to corruption and have very little desire for money, while the opposite is the case in democratic nations"¹⁶⁰⁷.

Inquiring about the factors that give rise to corrupt practices is of fundamental importance for the search for solutions to an evil that drains public resources around

1604 NYE, Joseph S. **Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis**. Cambridge: American Political Science Review, 61(2), p. 417-427.

1605 HUSTED, Bryan W. **Honor among Thieves: A Transaction-Cost Interpretation of Corruption in Third World Countries**. Business Ethics Quarterly Vol. 4, No. 1, pp. 17-27, Jan., 1994), p. 19.

1606 KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 176-181.

1607 TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. The Pennsylvania State University, 2002, p. 251.

the world. In fact, investigating the causes of corruption represents entering shaky ground, since it is an extremely controversial subject, insusceptible of simple or unambiguous answers.

In this scenario of complexity and concurrent causality, the investigation of the causes of corruption, when tending to propose concrete solutions, must be limited to its occurrence in each reality. One can think of corruption as a disease, which gradually affects its patient (State and society) and, if left untreated, continues to spread until it significantly compromises the integrity of the body.

In this perspective, just like a doctor who treats a specific patient, for whom it does not matter so much to know about the worldwide incidence of heart disease, or whether heart disease is a greater threat in one country or continent than in another¹⁶⁰⁸; those who set out to ascertain what leads to corrupt behavior must do so taking into account their own 'patient', that is, the state or government that is 'contaminated' by corruption and that is under their 'care'.

This analysis is reinforced by Transparency International, a non-profit non-governmental organization dedicated to the fight against corruption in more than 100 countries. In analyzing reforms that have had a positive effect against corruption, it found that “The effectiveness of certain anti-corruption approaches depends on the political, economic, legal and institutional circumstances of the country”¹⁶⁰⁹.

As CALOCCI, SBERNA and VANUCCI point out, approaches to corruption revolve around three basic lines. The first approach focuses on a cultural perspective, which takes into account social norms and customs that ultimately facilitate or hinder acts of corruption. Already under an economic approach, they underline the role of economic opportunities and incentives in engaging individuals in corrupt acts. Corruption is the result of rational choices of the individual, who responds to stimuli that help him form an equation of costs and benefits of his actions. And there is a third neo-institutional approach, which considers external stimuli and endogenous factors to

1608 KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 224-226.

1609 CHÉNE, Marrie. **REFORMAS EXITOSAS EN MATERIA ANTICORRUPCIÓN**. Transparency International. Anti-corruption Helpdesk. 2015, p. 4. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/reformas-exitosas-en-materia-anticorrupcion>. Acesso em: 17/07/2020.

networks of corruption: “the heritage of corruption in the past produces increasing returns in subsequent periods by neutralizing moral barriers”¹⁶¹⁰.

For the purposes of this work, in which it is sought to inventory the causes already identified as facilitators of corruption, it is possible to inquire about two large groups of factors that, in general, lead to or at least facilitate corruption, factors that can be divided by their structural or personal nature.

There are characteristics of the State and its administrative machinery that can favor the practice of corrupt acts. Countries with greater social inequality and fragile institutions, devoid of efficient control bodies, are easier prey. On this treadmill, he teaches SCHLOSS¹⁶¹¹ that corruption is a complex phenomenon rooted in political distortions, governance problems and negative incentives to the social body.

An analysis of the structural causes suggests that corruption is explained by social and economic inequality. In the line held by KLITGAARD, the conjunction of three main factors tends to increase the incidence of corruption: ¹⁶¹²*monopoly power*, discretion and weak controls.

As for personal factors, reality has shown that the mere existence of the law does not necessarily imply its observance. In dealing with public affairs, it is no different. The proliferation of legal statutes is no guarantee of better conduct. Well for this reason BECKER states that since obedience to the Law cannot be taken for granted, large public and private investments are usually needed to prevent offenses and punish offenders¹⁶¹³.

According to MURPHY, there are three determining factors of the individual decision to corrupt oneself: “*Opportunity, pressure and rationalization*”¹⁶¹⁴. Nesta

1610 CALOSSI, Enrico; SBERNA, Salvatore; VANUCCI, Alberto. **Disasters and Corruption, Corruption as Disaster**. In A. de Guttry et al. (eds.). *International Disaster Response Law*. Hague: ASSER PRESS, 2012, p. 667.

1611 SCHLOSS, Miguel J. **Experiencias Internacionales para fortalecer la gobernabilidad**. Washington: Georgetown University, Universia, 2010, vol. 4 n. 1, p. 16-38.

1612 KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991. Kindle Version, p. 908-913.

1613 BECKER, Gary S. **Crime and punishment**: an economic approach. Chicago: *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, n. 2, Mar.-Abr. 1968, p. 169.

1614 MURPHY, David S. **Las instituciones supremas de auditoría y las iniciativas de anticorrupción**. Lima: *Contabilidad y Negocios: Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas*. V.4, n. 7, Jul.2009, p. 34-35. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277237414_Las_instituciones_supremas_de_auditoria_y_las_iniciativas_de_anticorrupcion. Acesso em: 17/07/2020.

ótica, a oportunidade existe quando uma pessoa identifica um método para desviar recursos públicos e uma forma de encobrir o desvio. A pressão está representada pela necessidade de dinheiro, experimentada by the generality of people, some of whom see the financial problem as insoluble, except for corruption. And rationalization is the mechanism of mental justification of the corrupt act. Low salaries, frequent in the remuneration of public officials in many countries, contribute to the 'pressure' factor and provide arguments for the rationalization of corruption.

The decision to corrupt oneself is part of a broader behavioral context, being, in fact, a reflection of a rationality very well understood by BECKER, whose pioneering approach is very elucidative to help unveil the causes that lead the individual to commit crimes and, consequently, for the design of policies that seek to reduce their incidence. Delinquency (in the sense of breaking the law, whatever its nature) is analyzed from an economic perspective¹⁶¹⁵, seeing the violator of the norm as a rational being, who weighs the possible gains and costs of his acts.

This view treats crime as a kind of economic activity¹⁶¹⁶, which follows a similar logic to other lawful economic activities, understanding that, in addition to the same founding reasoning, the effects of illicit acts also generate consequences in the economy¹⁶¹⁷. This angle of analysis is reinforced by POSNER¹⁶¹⁸, para quem “economics is a powerful tool for analyzing a vast range of legal questions”, since “economics is the science of rational choice in a world — our world — in which resources are limited in relation to human wants”, so that “a man as a rational maximizer of his self-interest implies that people respond to incentives”.

Thus, the change of illegal behaviors, and of the corrupt in particular, presupposes the alteration of the environment that favors them. By changing incentives, the equation can be changed. This is essential, because corruption hinders

1615 BECKER, Gary S. **Crime and punishment**: an economic approach. Chicago: The Journal of Political Economy, Vol. 76, n. 2, Mar.-Abr. 1968, p. 201.

1616 BECKER, Gary S. **Crime and punishment**: an economic approach. Chicago: The Journal of Political Economy, Vol. 76, n. 2, Mar.-Abr. 1968, p. 170.

1617 BECKER, Gary S. **Crime and punishment**: an economic approach. Chicago: The Journal of Political Economy, Vol. 76, n. 2, Mar.-Abr. 1968, p. 173.

1618 POSNER, Richard. A. **Economic Analises of Law**. Cambridge: Wolters Kluwer, 1986, p.3-4.

progress and the realization of rights, by diminishing the efficiency of the State, with a direct impact on economic production¹⁶¹⁹.

Then, the main debates began to focus more on how to measure the exact effect of bureaucratic honesty on the growth of the economy, a theme in which MAURO emerges as a pioneer, indicating, with empirical bases, that corruption reduces private investments and slows the growth of the affected nation¹⁶²⁰.

This examination is crucial to attack its causes in the Brazilian context, since historical records indicate that corruption has occurred in Brazil at least since the arrival of the Portuguese colonizers¹⁶²¹. More than 500 years after the landing of Pedro Álvares Cabral, the theme is still frequent in the headlines of newspapers and in the nation's political debates. The recent scandals even give the impression that corruption may be increasing in recent times, with the country heading towards an endemic situation, "true national cancer"¹⁶²²¹⁶²³. In this context, the change of scenario requires investigating whether the mechanisms provided for by national legislation are working properly.

CHAPTER 3

1619 SPECK, Bruno Wilhelm. **Mensurando a corrupção**: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas. Cadernos Adenauer, Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, no. 10, dezembro de 2000, p. 25.

1620 According to MAURO, a 1-point improvement in the corruption index raises investment by 2.9% of GDP (p. 695). Ainda, "*The negative association between corruption and investment, as well as growth, is significant in both a statistical and an economic sense. [...] there is evidence that bureaucratic efficiency actually causes high investment and growth*". MAURO, Paolo. **Corruption and growth**. The Massachusetts Institute of Technology Press. The Quarterly Journal of Economics. Vol. 110, No. 3, pp. 681-712, Aug., 1995, p.705. Disponível em: URL: <http://www.jstor.org/stable/2946696>. Acesso em: 22/07/2020.

1621 ESTADÃO. **NAS CARAVELAS, A ORIGEM DA CORRUPÇÃO**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,nas-caravelas-a-origem-da-corrupcao-imp-,1092658>. Acesso em: 08/06/2021.

1622 BECHARA, Fabio Ramazzini; GOLDSCHIMIDT, Paul C. (Organizers). **Lessons of Operation Car Wash: A legal, institutional, and economic analysis**. Brazil Institute / Wilson Center Washington, 2020, p. 6.

1623 JACOBSEN, Gilson. **Evolução do Estado e do Direito Administrativo**: breve panorama do direito administrativo à luz da evolução do Estado e dos novos direitos. Curso Modular de Direito Administrativo. Org. VAZ, Paulo Afonso Brum; TEIXEIRA, Ricardo do Valle Pereira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 38.

To confront corruption and dishonesty in the public sphere, national legislation includes a set of rules, called the anti-corruption microsystem¹⁶²⁴. Such a microsystem has as vertices of its civil spectrum the Law 8.429/92 (Administrative Improbity Act – LIA) and the Law 12.846/2013 (Anti-Corruption Law - LAC). In addition to these, the set is informed by other various norms, such as the Law 7.347/85 (Public Civil Action Act – LACP), the Law 4.717/65 (People's Action Act - LAP), Law 12.529/2011 (Competition Law), Lei 12.850/2013 (Law on Criminal Organizations), Complementary Law nº 135/2010 (Clean Record Law) and by articles 312 et seq. of the Penal Code, which deal with crimes committed against the Public Administration¹⁶²⁵.

In the institutional scope of the Federal Public Administration, there is an anti-corruption system, formed by various bodies and entities that bear attributions "to act in the prevention, detection of acts of corruption as well as in the accountability of individuals or legal entities"¹⁶²⁶; in addition, of course, to the courts responsible for syndicating administrative activity and for applying the penalties subject to the reservation of jurisdiction¹⁶²⁷.

It is a complex system in which coordination¹⁶²⁸ it is not always achieved, with direct reflections on the theme of leniency agreements and award-winning collaboration, as examined below. However, the values that inform this system are common and reside in pillars such as "administrative morality, justice, economic and social development, free competition, democracy, good governance and probity in

1624 DINO, Nicolao. **A Colaboração Premiada na Improbidade Administrativa**: Possibilidade e Repercussão Probatória. *In* A Prova no enfrentamento à Macrocriminalidade, Org. Daniel de Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. Salvador: Editora JusPodvium, 2015, p. 457.

1625 GONÇALVES, Benedito. **A Lei 12.846/2013 e a tutela do Direito material coletivo da probidade na Administração pública**. *In* Estudos sobre Administração Pública e o combate à corrupção: desafios em torno da Lei 12.846/2013. Coordenação: Raúl Araújo, Edison Pereira Nobre Júnior, Bruno Leonardo Câmara Carrá. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 33).

1626 BRASIL. COMITÊ INTERMINISTERIAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO. **PLANO ANTICORRUPÇÃO**: Diagnóstico e Ações do Governo Federal, p. 8.

1627 MACHADO, Maira Rocha; PASCHOAL, Bruno. **MONITORAR, INVESTIGAR, RESPONSABILIZAR E SANCIONAR**: A multiplicidade institucional em casos de corrupção. *Novos Estudos*, n. 104, p. 11-36, Mar. 2016, p.21.

1628 MACHADO, Maira Rocha; PASCHOAL, Bruno. **MONITORAR, INVESTIGAR, RESPONSABILIZAR E SANCIONAR**: A multiplicidade institucional em casos de corrupção. *Novos Estudos*, n. 104, p. 11-36, Mar. 2016, p. 29.

public administration", to guarantee the Brazilian citizen the right to good public administration¹⁶²⁹.

In this scenario, the core of the anti-corruption microsystem, as established in its central norms, is to lead to accountability, administrative and judicial, individuals or legal entities involved in corrupt acts. This is an effort, legislative and institutional, that aims to strengthen the protection of morality and the fight against corruption by non-criminal instruments, given the recognition that Criminal Law has been insufficient to placate the phenomenon of corruption in Brazil¹⁶³⁰.

The Federal Constitution of 1988 was emphatic in its reproach to impropriety, expressing in article 37, § 4 the need to repress conduct of this type with the severe sanctions provided therein. Previous Constitutions recorded provisions that also censored corrupt acts, since 1824, which used terms such as "bribery, embezzlement, embezzlement, and concussion" to refer to the phenomenon (art. 157). The text devotes special attention to the theme and connects it with the essential duties of the Administration, indicating the rise in tone of the Brazilian State towards corruption.

Law 8,429/92 densifies the constitutional attention to the subject and is a tool to increase the proper conduct of business and public interests. Through the list of sanctions that it contains, it reinforces the need to observe the governing principles of administrative activity, in essence those provided for in article 37 of the Constitution and, especially, the duty of morality in dealing with public affairs.

However, the duration of the actions of impropriety (4.24 years on average)¹⁶³¹, the low rate of effective compensation to the treasury (less than 11% of the convictions were reverted to effective return of the damage caused)¹⁶³² and the sluggishness and

1629 GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. **O COMPLIANCE E A DOSIMETRIA DA PENA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE: PONDERAÇÕES A PARTIR DA NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO**. Caxias do Sul: Editora Plenum, v. 14, n. 80, p. 7–26, mar. 2018, p. 13.

1630 JACOBSEN, Gilson. **Evolução do Estado e do Direito Administrativo**: breve panorama do direito administrativo à luz da evolução do Estado e dos novos direitos. Curso Modular de Direito Administrativo. Org. VAZ, Paulo Afonso Brum; TEIXEIRA, Ricardo do Valle Pereira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 38.

1631 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Lei de improbidade administrativa**: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 37.

1632 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Lei de improbidade administrativa**: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 69.

large stock of lawsuits pending trial¹⁶³³, are topics that deserve attention and improvement.

The Anti-Corruption Law (LAC, Law 12.846/2013, 'Clean Company Law') is closely related to the LIA, as they form the core of the anti-corruption microsystem. The LAC emerged as an immediate response to the popular movements of 2013, which demanded, among other things, greater rigor against corruption. Before, however, the insufficiency of the LIA to respond to administrative immorality was already felt, especially by its inefficient application in the Judiciary, which was faced with great delay in the processing of actions and small recovery of assets¹⁶³⁴.

External pressures were also decisive for the enactment of the Law, especially on the part of the OECD, a body in which Brazil seeks entry, but which has doubts about the soundness of the national business environment, especially due to its history of corruption¹⁶³⁵.

It is also from the external plane that LAC draws inspiration, more precisely in the *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA)¹⁶³⁶, first legal instrument in the world to target corporate corruption and its relations with public officials¹⁶³⁷. In essence, the diploma issued in 2013 represents a clear effort to reach the legal entities that finance the phenomenon of corruption, people who had been successful in escaping the webs of the LIA, according to data from the National Council of Justice on the incidence of lawsuits for impropriety against companies¹⁶³⁸.

1633 UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO; TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – BRASIL; FGV DIREITO. **NOVAS MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO**. Disponível em: <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/tibr-downloads/pdf/sumario-novasmedidas-bloco2.pdf>. Acesso em: 26/07/2021.

1634 TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. **Decifrando a esfinge**: como o sistema de multiplicidade institucional anticorrupção brasileiro permitiu que se produzissem meia centena de acordos de leniência. *In* Compliance no direito empresarial. Org. Modesto Carvalhosa; Fernando Kuyven. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., p.130.

1635 PIMENTA, Raquel de Mattos. **A CONSTRUÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO**. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda, 2020, p. 68.

1636 SCURO N., Pedro. **Luta Anticorrupção**: Arca dos Insensatos. Revista Sociologia Jurídica, 2016, p. 11.

1637 REDIKER, Ezekiel K. **THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT: JUDICIAL REVIEW, JURISDICTION, AND THE "CULTURE OF SETTLEMENT"**. Seton Hall Legislative Journal, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015, p. 57-58.

1638 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Lei de improbidade administrativa**: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Grogório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 33.

The LAC is relatively recent, and its interpretation is still under construction, which has occurred especially in the administrative jurisdiction, due to the profusion of leniency agreements concluded, especially in the wake of Operation Lava Jato. In fact, the LAC was designed to avoid the judiciary as much as possible, given that the LIA, forged to circumvent the difficulty of the criminal sphere in punishing corruption cases, did not achieve the desired results, which is attributed to the excess of formalities and excessive delays in judicial procedures¹⁶³⁹.

In the courts, the issue is still incipient. Typically, discussions have revolved around the effects of the leniency agreement on misconduct and criminal proceedings. In fact, this lack of judicial review over the disputes involving the punishable acts of the LAC can even be pointed out as a problem, since it causes a deficit of clarification in the exact contours of the LAC. Criticism of this nature is made by the American doctrine in relation to the application of the foreign *corrupt practices act (FCPA)*, a statute considered vague and very broad, which is projected, inclusively, on foreign jurisdictions. The FCPA has also not been the subject of further judicialization, given its almost absolute application through settlements, entered by the Department of *Justice (DOJ)* and, to a lesser extent, by the Securities and Exchange Commission (SEC)¹⁶⁴⁰, a circumstance that has hindered further definition of its content and scope; and assigning to the Administration great discretion in its application.

However, although this concern is well founded, it cannot be forgotten that the LAC, in recent years, has shown great capacity to confront corruption, whether in the aspect of curbing and repressing corrupt acts, or in relation to the alignment of corrupt companies to more effective *compliance* mechanisms, an essential requirement to achieve the benefits that result from the leniency agreement¹⁶⁴¹.

1639 PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. **Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement**: Potential Lessons for Institutional Design. International Research Initiative on Brazil and Africa, Working paper n. 9, p. 19. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2497936>. Acesso em: 08/05/2021.

1640 REDIKER, Ezekiel K. **The Foreign Corrupt Practices Act**: Judicial Review, Jurisdiction, and the “Culture of Settlement”. Seton Hall Legislative Journal, v. 40, n.1, p. 53-87, 2015, p. 56.

1641 By February 2022, more than R \$ 15 billion have been negotiated, of which more than R \$ 6 billion have already rejoined the public coffers. BRAZIL. COMPTROLLER GENERAL OF THE UNION. **Leniency Agreements Panel**. Available in: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTU2MmWI0MjYtY2EzOS00NzYyLTg3MmWQYWE3MmFiMmY0ODM4IiwidCI6IjY2NzhkOWZILTA5MjEtNDE3ZC04NDExLTVmMWMxOGRlZmJiYjJ9>. Access in: 27/02/2022.

Nevertheless, there are difficulties that prevent better results, especially in interagency coordination, which is reflected in less than possible asset recovery, which is attributed to factors of legal uncertainty in the conclusion of agreements within the anti-corruption microsystem. Although these problems are more frequent in leniency agreements, the recent establishment of the ANPC, unaccompanied, however, by the due legal discipline of the instrument, places the new agreement under the same risks and questions to which the leniency agreement is subject, with potential disincentive to the use of these instruments¹⁶⁴², as will be detailed below.

Above all, there is a lack of clarity as to the legitimacy to represent the State in these agreements. It should be noted that this is a serious weakness, which may compromise the long-term effectiveness of leniency programs in Brazil. Without knowing clearly what the procedure to follow, what advantages will come from the agreement and, above all, which (reliable) authority should be sought to negotiate¹⁶⁴³, it is very likely that the potential employee will choose not to cooperate, as the potential risks would outweigh the divisible benefits.

The institutional multiplicity in the approach to corruption is not negative. On the contrary, many benefits are added with this formatting, such as (a) competition that makes entities more open to innovation and more effective performances; (b) compensation, which makes it possible for another institution to make up for any shortcomings of some other; (c) collaboration, through which there is a sum of human and financial resources in the pursuit of a common end; and (d) complementarity, in which, through the specialization of each institution, one contributes to the other with the performance of specific tasks, which, taken together, lead to better results¹⁶⁴⁴.

In Brazil, however, the adoption of the multiagency model can be explained less by a conscious arrangement and more by *path dependency theory*, "a hypothesis according to which the cost of institutional redesign would consume so many and high

1642 ROS, Luiz Guilherme. **Teoria dos jogos para a celebração de acordos**: uma análise das ações penais da Lava Jato. Brasília: Editora WebAdvocacy, 2021, Edição do Kindle, p. 48.

1643 RUFINO, Victor dos Santos. **OS FUNDAMENTOS DA DELAÇÃO**: ANÁLISE DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA DO CADE À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Universidade de Brasília, 2016, p. 56.

1644 PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. **Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement**: Potential Lessons for Institutional Design. International Research Initiative on Brazil and Africa, Working paper n. 9, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2497936>. Acesso em: 08/05/2021.

efforts, that it is more viable, economically and politically, a circumvention of traditional structures, even at the expense of overlaps."¹⁶⁴⁵. Thus, the national multi-agency model is a possible arrangement, resulting in certain overlaps, for which no clear adjustment mechanisms are foreseen. With this, assignment conflicts become frequent, and it is not uncommon that it leads to wasted time and resources.

Thus, it is possible to glimpse that the mechanisms that form the Brazilian *anti-corruption microsystem* are well designed at the normative level, but have flaws in sensitive points and lack effectiveness, both in what it says with the discovery of illicit acts, and with regard to the reparation of damages resulting from acts of corruption, which is largely due to the lack of incentives to collaborate with the State and its ineptitude in coordinating its different agencies with anti-corruption role. The second hypothesis raised in this thesis has been proved.

There is a need to give greater vigor to measures capable of recovering diverted assets and increasing means to discover the crimes committed, their participants and their real extent. In this second point, there is a clear need for a step further, to bring the citizen and society into the anti-corruption arena, the theme of chapter 4. For this task, one can look to comparative law for inspiration.

CHAPTER 4 ¹⁶⁴⁶

U.S. law has developed important instruments to combat corruption, the most prominent of which, within the scope of this thesis, are the *False Claims Act (FCA)*, the *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, and the *Racketeer Influenced And Corrupt Organizations (RICO)*. These three norms, in different gradations and forms, reflect two fundamental characteristics of the American system with regard to the *enforcement* of regulatory measures¹⁶⁴⁷, that is, the means employed to ensure the

1645 TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. **Decifrando a esfinge:** como o sistema de multiplicidade institucional anticorrupção brasileiro permitiu que se produzissem meia centena de acordos de leniência. *In Compliance no direito empresarial*. Org. Modesto Carvalhosa; Fernando Kuyven. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4^a ed., p.129.

1646 The research that underpins this Chapter was developed at Widener University – Delaware Law School, Wilmington-DE, in the months of January, February and March 2023.

1647 [...] "*any governmental effort to control behavior by other entities', including business firms, government at any level, or individuals*" (FARHANG, Sean. *Legislating for Litigation: Delegation, Public Policy, and Democracy*. **California Law Review**, v. 106, n. 5, p. 1529-1616, Oct./2018, p. 1574).

observance (*deterrence*) and the application (*compensation*) of the Law: 1. frequent and intensive use of *ex post facto* measures; 2. ample scope for *private enforcement*, including lawsuits brought by private agents, in aid of or in substitution for exclusively state activity¹⁶⁴⁸.

The first characteristic, the preference for *ex post facto enforcement*, contrasts sharply with the model adopted in welfare states, especially those in Western Europe and, to some extent, with the Brazilian framework. Instead of creating numerous bureaucracies to prevent the law from being broken (*ex ante*)¹⁶⁴⁹, and the allocation of significant amounts of the budget to institute social insurance to compensate for any injured by the action authorized by the State, the legal system of the United States bets on the accountability of those who violate it through reprehensive administrative or judicial actions (*ex post facto*). In principle, one can do everything without asking the government for permission; If something goes wrong, the rapist responds, compensating the victims¹⁶⁵⁰.

With this, we seek to circumvent the high costs of creating bureaucratic structures, the result of which cannot always be guaranteed, since the lack of funding, human structure and even capture by the regulated sector can compromise its functioning.¹⁶⁵¹

To this is added the second characteristic, broad use of *private enforcement* measures, usually in conjunction with other *public enforcement*¹⁶⁵². It is a tradition

CLOPTON. Zachary D. Redundant Public-Private Enforcement, **Vanderbilt Law Review** v. 69, n. 2, pp. 288-332, Mar./2016.

1648 GLOVER, J. MARIA. The Structural Role of Private Enforcement Mechanism in Public Law. **William and Mary Law Review**, v. 53, n. 4, Mar./2012, p. 1140-1141.

1649 An exception to this standard is the Food and Drug Administration (FDA), which conducts a rigorous process to approve the marketing of drugs and foods before they can cause any harm to users. How it elucidates GLOVER: "*With some notable exceptions-for instance, Food and Drug Administration (FDA) approval for pharmaceuticals and other biologics and licensing or permitting requirements under various environmental regulations-the predominant approach to regulation in the United States is ex post rather than ex ante. In other words, we often regulate by imposing consequences on those who violate substantive law after the resulting harms have occurred*". GLOVER, J. MARIA. The Structural Role of Private Enforcement Mechanism in Public Law. **William and Mary Law Review**, v. 53, n. 4, Mar./2012, p. 1145.

1650 FITZPATRICK, Brian T. Deregulation and Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v.24, n.2, pp. 685-696, 2020, p. 688.

1651 SANT'AMBROGIO, Michael. Private Enforcement in Administrative Courts. **Vanderbilt Law Review**, v. 72, no. 2, Mar./2019, pp. 425-500.

1652 ENGSTROM, David Freeman. Harnessing the Private Attorney General: Evidence from Qui Tam Litigation. **Columbia Law Review**, v. 112, n. 6, p. 1244-1325, Oct./2012, p. 1253.

embodied by the United States¹⁶⁵³ still in colonial times¹⁶⁵⁴ and widely adopted after independence, especially in the second half of the nineteenth century, during the *westward expansion (bounty hunters)* and in other situations of weakness of the state system for law enforcement¹⁶⁵⁵; A feature that continues in full force, because when it deems it appropriate, the public power resorts to private support, in the most diverse ways, to apply the law^{1656_1657_1658}.

In the private enforcement category, there are several measures for the protection and application of the legal order, partially or totally, to private initiative, such as *qui tam actions* (examined below), *class actions*¹⁶⁵⁹, *mass tort litigation*¹⁶⁶⁰,

1653 LANDINI, Sara. Private Enforcement and Market Regulation. **Market and Competition Law Review**, v. 2, n. 2, pp. 47-70, Oct./2018, p. 48.

1654 JAFFE, Louis L. Standing to Secure Judicial Review: Private Actions. **HARVARD LAW REVIEW**, v. 75, n. 255, A. 1961, p. 302.

1655 GILLES, Myriam E. Reinventing Structural Reform Litigation: Deputizing Private Citizens in the Enforcement of Civil Rights. **Columbia Law Review**, v. 100, 2000, p. 1429.

1656 By way of illustration, see that the Justice Department, in litigation against Microsoft, hired a private attorney to represent the state in its intense antitrust campaign against the company. GILLES, Myriam E. Reinventing Structural Reform Litigation: Deputizing Private Citizens in the Enforcement of Civil Rights. **Columbia Law Review**, v. 100, 2000, p. 1427.

1657 Between 1974 and 1998, Congress created 474 new causes of action, with respect to the environment, “every major environmental law passed since 1970 now includes a citizen suit Provision” (THOMPSON, Barton H. Jr. The Continuing Innovation of Citizen Enforcement, **University of Illinois Law Review**, v. 185, a. 2000, p. 192).

1658 Faced with the difficulties faced by the government to regulate violent or fraudulent speech committed on social media platforms, private companies are undertaking initiatives to fill part of this regulatory vacuum, including with unusual measures such as Facebook’s “Supreme Court” (analogy made by the company’s CEO), in the process of implementation: a body of independent technicians, tasked with issuing a definitive judgment on what may or may not be characterized as acceptable speech. Although the measure is related to the preservation of the image and value of the company, one cannot ignore the fact that it is a measure of governance that ends, through a partial renunciation of its autonomy (KLONICK, Kate. The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression. **Yale Law Journal**, v. 129, n. 8, Jun./2020, p. 2418-2499), por dar proteção a valores constitucionais e legais não assegurados pelo Estado no ambiente virtual.

1659 “The claimant(s) in a class action, known as the lead, named or representative claimant(s), direct the litigation by filing the requisite pleadings, propounding and responding to discovery, sitting for depositions, filing and opposing dispositive motions, moving to certify the class, and ultimately, if successful at the class certification stage, either negotiating a settlement on behalf of the class or participating in a trial on behalf of themselves and the absent class members”. KLIEBARD, Kenneth M. et al. **Class/collective actions in the United States**: overview. Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-617-9264?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-617-9264?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).

1660 In the mass tort there are several demands, proposed by several individuals, which have points in common, because they identify injuries similar to people or their properties. However, because they are perceived in different ways and in different degrees, there is no uniformity that satisfies the requirements for a class action certification, which would authorize litigants to be viewed and treated procedurally as a single collectivity (class). Even so, the courts need to surrender to the fact that the *complexity, diversity, and volume of mass tort claims require adapting traditional procedures to new contexts, to achieve both fairness and efficiency* (UNITED STATES. Federal Judicial Center. **Manual for Complex Litigation**. Washington: 2004, 4ª edição, p. 347), o que determina a reunião das causas individuais como fator crucial para adequado tratamento do problema e para não embarçar o sistema judiciário.

*nationwide injunctions*¹⁶⁶¹ or *universal injunctions*¹⁶⁶²; and other tools that encourage private action, such as reversal of procedural expenses and qualified compensation provisions (*double, triple, and punitive damages*¹⁶⁶³).

This characteristic of the American system causes some perplexity for those who are accustomed to essentially public models of law enforcement¹⁶⁶⁴, for these are based on the conception that the public power is in charge of designing norms that promote the public interest and the related duty to give them application; while the laws regulating particular relations, identified with the scope of private law, must be guaranteed by the interested individuals themselves.

It is, as explain ROACH e TREBILCOCK¹⁶⁶⁵, a conception very identified with Hobbesian ideals, which presupposed the exit from the state of nature through the handing over of the monopoly of law enforcement to the public power; and with Rousseau's thought that law enforcement should be exclusively state-owned, as an expression of public policy. To this are added the formulations of WEBER, supposing that a well-organized bureaucracy, with full-time public lawyers and subject to hierarchical control, are in a better position to give course to the public objectives.

Those who refute private participation ignore the complex network of interrelations between state and non-state agents in the production of administrative decision-making, in the supervision of governmental acts (*accountability*) and in the implementation and execution of public deliberations; that is, they disregard that the management of the State, in a broader aspect identified with the idea of governance,

1661 “[...] *an injunction at any stage of the litigation that bars the defendant from taking action against individuals who are not parties to the lawsuit in a case that is not brought as a class action*”. FROST, Amanda. In *Defense of Nationwide Injunctions*. **New York University Law Review**, v. 93, n. 5, pp. 1065-1119, Nov./2018, p. 1071).

1662 SOHONI, Mila. The Lost History of the Universal Injunction. **Harvard Law Review**, v. 133, n. 3, pp. 920-1009, Jan./2020, p. 922.

1663 “*Punitive damages are awarded in addition to actual damages in certain circumstances. Punitive damages are considered punishment and are typically awarded at the court's discretion when the defendant's behavior is found to be especially harmful. Punitive damages are normally not awarded in the context of a breach of contract claim*” (CORNELL LAW SCHOOL. Legal Information Institute. **Punitive Damages**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/medicaid>. Acesso em: 07/03/2023).

1664 ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, pp. 1689-1756, 2013, p. 1690.

1665 ROACH, Kent; TREBILCOCK, Michael J. Private Enforcement of Competition Laws. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 34, n. 3, pp. 461-508, Fall 1996, p. 473-474.

It is done routinely in articulation and with the collaboration of private individuals¹⁶⁶⁶.
1667.

Nevertheless, the theory of Public Law still rests, essentially, on the mistaken assumption that there are two isolated kingdoms, the public and the private, dominated by the State and the private, respectively, which do not interpenetrate or exchange *inputs*. Such a division, although it serves important theoretical-scientific purposes¹⁶⁶⁸, it exists only as a technical-legal formulation¹⁶⁶⁹.

The reality is richer. There are constant cases in which it becomes difficult to understand where a decision that gives concreteness to a public policy emanates. To denote the argument, see the reflective example formulated by FREEMAN¹⁶⁷⁰ - which demonstrates how the Administrative State has become the 'Contracting State', since it is through contracting with private entities that many services and rights linked to social welfare are delivered to the recipients -: how can the beneficiary of a public policy (right to care in a private home for the elderly financed by the program estatal

1666 FREEMAN, Jody. The Private Role in the Public Governance. **New York University Law Review**, v. 75, n. 3, pp. 543-675, Jun./2000.

1667 Esta característica sobressalta na realidade presente, de um novo contexto normativo-institucional, caracterizado como *government by policies*, passo além do *government by law*. Trata-se de panorama que demanda o “exercício combinado de várias tarefas que o Estado liberal desconhecia por completo”, como entregar saúde ou escola para amplo número de indivíduos, trabalhos que reclamam intenso planejamento, a denotar “capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjunção de forças ou a mobilização de recursos – materiais e humanos – para a sua consecução” (COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas públicas**. In: *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. Direito Administrativo e Constitucional. Celso Antônio Bandeira de Mello (org.) São Paulo: Malheiros, 1997. p. 351). No governo por políticas, o Estado se vale desses planos normativos abertos para fazer a “determinação e conformação material das leis e das decisões políticas a serem executadas no nível administrativo” (DANIEL, Juliana Maia. **Discrecionalidade administrativa em matéria de políticas públicas**. In: *O Controle jurisdicional de políticas públicas*. Grinover, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 114), mobilizando, sem uma estanque separação de tarefas, as esferas de poder necessárias, inclusive recorrendo ao auxílio privado (como um hospital particular credenciado para atender pelo SUS), para a consecução de determinado objetivo Constitucional, a fim de assegurar, concretamente, o “implemento dos direitos fundamentais positivos, que exigem uma prestação positiva do Poder Público” (DE SOUSA, Pedro Ivo; DE CASTRO COURA, Alexandre. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. Anais do CONPEDI, p. 4054. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf. Acesso em: 10/12/2022).

1668 TURNER, Christian. Law's Public/Private Structure. **Florida State University Law Review**, v. 39, n. 4, pp. 1003-1076, Summer 2012, p. 1005 e 1016.

1669 FREEMAN, Jody. The Private Role in the Public Governance. **New York University Law Review**, v. 75, n. 3, pp. 543-675, Jun./2000, p. 564.

1670 FREEMAN, Jody. The Private Role in the Public Governance. **New York University Law Review**, v. 75, n. 3, pp. 543-675, Jun./2000, p. 568-602.

*medicaid*¹⁶⁷¹) who was responsible for denying the elderly person admission to the house or for reducing the level of care they should receive there?

Note, it is a deliberation that concretizes a legal statute that supports the program and that says about its conditions, limits and beneficiaries; but, even supervised by a federal agency (*Centers for Medicare & Medicaid Services - CMS*), who decides whether or not the elderly enters the care home, or eventually determines the reduction of the level of support due, is the administrator of the private establishment, with support in the evaluation of also private doctors. It is, of course, a model of governance that mixes state and private impulses, highlighting the fictional character of the strict division between the public and private kingdoms.

Indeed, it may be said that the objections and estrangement which are usually directed at private collaboration in general, and *at private enforcement*, lie in a mere simplification¹⁶⁷², before reflecting a reading imposed by the foundations and systems developed to apply the law over the centuries, currently reinforced by a growing search for the effectiveness of rights and civic participation¹⁶⁷³.

Focus on the United States, it is noted that the *private enforcement* of federal legislation is fundamental to the *Rule of Law*. Its importance is empirically demonstrated by the fact that, in 2018, of the 179,308 lawsuits brought before the federal courts to enforce some legal statute only 3,298 (1.84%) had the State as author, and the rest were deducted by private authors¹⁶⁷⁴.

On the other hand, laws that employ exclusively public enforcement tend to have low enforcement, and the rare and inefficient initiatives initiated by the public agencies in charge end up reinforcing the non-compliance *status*¹⁶⁷⁵.

The fact is that there is a wide spread of *private enforcement*, explained by its concrete results associated with a great openness of the Courts to the mechanism,

1671 CORNELL LAW SCHOOL. Legal Information Institute. **Medicaid law: an overview**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/medicaid>. Acesso em: 26/02/2023.

1672 ROACH, Kent; TREBILCOCK, Michael J. Private Enforcement of Competition Laws. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 34, n. 3, pp. 461-508, Fall 1996, p. 471.

1673 ROACH, Kent; TREBILCOCK, Michael J. Private Enforcement of Competition Laws. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 34, n. 3, pp. 461-508, Fall 1996, p. 474.

1674 SANT'AMBROGIO, Michael. Private Enforcement in Administrative Courts. **Vanderbilt Law Review**, v. 72, n. 2, pp. 425-500, Mar./2019, p. 428.

1675 ORMEROD, Peter. Privacy Qui Tam. **Notre Dame Law Review**, v. 98, n. 1, pp. 267-336, Nov./2022, p. 282.

often through the recognition of implied private *rights of action*)¹⁶⁷⁶. Under this theory, the interested party is not always dependent on an explicit legal provision authorizing the right of action, since often its source is the reading that the Courts make of the material content of the law to be applied, which claims, in given circumstances, an underlying right to act in court, implicit in the normative structure.

These rights are recognized in an instrumental way, to give due concreteness to the order, based on current notions of the *federal common law*, which are the pursuit of legislative intent and the need to accomplish the objectives of the law. And its recognition is not hindered even when the statute in question has provided for public means of *enforcement*¹⁶⁷⁷.

However, even in the face of strong theoretical support and empirically demonstrated advantages, the use of private means of law enforcement is not free from criticism¹⁶⁷⁸, many centered on encouraging frivolous initiatives by "bounty hunters" and the high fees received by lawyers in *class actions*.

Above all, it is argued that the displacement of the protection of the *rule of law* to the judicial arena weakens democratic control (because judges are not elected and are not subject to popular control) and degrades the quality of public policies (since the Judiciary has less information and structure for its formulation and application)¹⁶⁷⁹.

Detailing the objections to *private enforcement*, BURBANK, FARHANG and KRIETZER summarize the main risks involved in these measures, which embody the criticism of their opponents: judges, who do not have political expertise, end up stimulated to make decisions of a political nature (special case of *class actions*); the fragmentation and lack of hierarchy of the judicial structure tends to produce contradictory decisions; weaken the administrative capacity to articulate a coherent scheme of regulation; affect state persecutory discretion and cooperation with

1676 [...] "*suits brought by private litigants against private persons allegedly acting in violation of a statute*". STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R. Public Programs and Private Rights. **Harvard Law Review**, v. 95, n. 6, pp. 1193-1322, Apr./1982, p. 1196.

1677 STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R. Public Programs and Private Rights. **Harvard Law Review**, v. 95, n. 6, pp. 1193-1322, Apr./1982, p. 1196.

1678 PRYOR, William H. Jr. A Comparison of Abuses and Reforms of Class Actions and Multigovernment Lawsuits. **Tulane Law Review**, n. 1885, v. 74, Issues 5 and 6, pp. 1885-1909.

1679 FARHANG, Sean. Legislating for Litigation: Delegation, Public Policy, and Democracy. **California Law Review**, v. 106, n. 5, p. 1529-1616, Oct./2018, p. 1601.

regulators; reduce the power of oversight of policy implementation by the Legislative and Executive; and lack democratic legitimacy and means of accountability¹⁶⁸⁰.

But the criticisms and risks pointed out, which will be analyzed in detail in Chapter 5, are counterbalanced by a vigorous defense of *private enforcement*, based on the detection of conduct that would not otherwise be discovered¹⁶⁸¹, in stimulating innovation¹⁶⁸², in the mobilizing power of society¹⁶⁸³, in the fight against '*bureaucratic ossification*'¹⁶⁸⁴ (when the agency gets used to always acting in the same way, making it predictable and ineffective) and in saving resources¹⁶⁸⁵, objective, in fact, decisive in the adoption of private *enforcement* models by the United States Congress, a phenomenon that have intensified from the end of the 1960s¹⁶⁸⁶ and today it is a fundamental part of law enforcement tools in the United States¹⁶⁸⁷.

The defense of private enforcement is based, in general terms, on the notion that the model has the virtue of: multiplying the resources devoted to law enforcement; transferring the costs of government regulation to private agents; taking advantage of information held by private individuals; encouraging legal and political innovation;

1680 BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M. Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v. 17, n. 3, PP. 637-722, 2013, p. 667.

1681 FITZPATRICK, Brian T. Deregulation and Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v.24, n.2, pp. 685-696, 2020, p. 693.

1682 BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. **Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, pp. 1-18, Jan./1974, p. 17.

1683 GILLES, Myriam E. Reinventing Structural Reform Litigation: Deputizing Private Citizens in the Enforcement of Civil Rights. **Columbia Law Review**, v. 100, n. 6, pp. 1384-1453, Oct./2000, p. 1387.

1684 SANT'AMBROGIO, Michael. Private Enforcement in Administrative Courts. **Vanderbilt Law Review**, v. 72, n. 2, pp. 425-500, Mar./2019, p. 434.

1685 LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Private Enforcement of Law. **Journal of Legal Studies**, v. 4, n. 1, pp. 1-46, Jan./1975, p. 36.

1686 A survey of about 400 enforcement regimes instituted by U.S. federal laws between 1947 and 2002 reveals that 24% have private enforcement measures in the areas of protection of labor relations (41%), communications (39%), civil rights (34%), the environment (34%) and consumer protection (30%, an area that also has large delegation to the Länder to apply the protective rules) the application of these instruments is even more intense. BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M. Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v. 17, n. 3, PP. 637-722, 2013, p. 685-686. It is interesting to note, in the field of labor relations, that the dependence on private measures is extreme: "*Private actions enforcing federal civil rights in employment statutes are one of the largest categories of suit reflected in statistics compiled by the Administrative Office of the U.S. Courts. In the decade from 2001 to 2010, there were an average of 17,253 such suits per year, 98% of which were privately prosecuted, with 2% prosecuted by the EEOC or the Department of Justice*". BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M. Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v. 17, n. 3, PP. 637-722, 2013, p. 695.

1687 "[...] our society places extensive reliance upon such private attorneys general to enforce the federal antitrust and securities laws, to challenge corporate self-dealing in derivative actions, and to protect a host of other statutory policies". COFFEE, John. C. Jr. Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working. **Maryland Law Review**, v. 42, Issue 2, Article 3, pp. 215-288, 1983, p. 216.

sending a clear signal that violations will be investigated, even if the administrative system is captured; facilitate democratic participation and governance¹⁶⁸⁸.

Among the virtues pointed out, one of them, the ability to evade the capture of regulatory bodies by the regulated sector is seen with great enthusiasm, because capture is a subject of much concern in American doctrine. In this step, the implementation of private enforcement measures is seen as an effective antidote to maintaining law enforcement in circumstances where the bureaucratic structure cannot or will not do so¹⁶⁸⁹.

Political reasons are also at the root of the widespread adoption of private law enforcement measures in the United States. In a polarized political landscape, there has been permanent mistrust between the legislative and executive branches. Thus, allocating responsibility for *enforcement*, or at least part of it, outside the bureaucratic realm can ensure that political decisions of yesteryear are respected by the incumbents of the moment, even in the face of a non-aligned administrative agency or a change by the political majority that led to the approval of the norm¹⁶⁹⁰.

The creation of private rights of action to enforce federal statutes, contrary to widespread belief, has the sympathy of both parties that dominate the American scene¹⁶⁹¹, not just for the above reasons, but also for catering to the ideological aspirations associated with liberals and the austerity yearnings espoused by conservatives¹⁶⁹².

1688 BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M. Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v. 17, n. 3, PP. 637-722, 2013, p. 662.

1689 ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, 2013, pp. 1689-1756.

1690 "[...] *in the American institutional environment Congress has incentives to rely on private enforcement regimes to carry out its will in the face of potential resistance by (1) Presidents, (2) future legislative majorities, and (3) bureaucrats whose interests or preferences are not aligned with the goals of the enacting Congress. This institutional environment also frequently gives rise to the need for broad supermajoritarian coalitions to pass a law, and privatization of enforcement costs in a regulatory law is one strategy to achieve this goal*". BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M. Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v. 17, n. 3, PP. 637-722, 2013, p. 679.

1691 BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean. A New (Republican) Litigation State? **UC Irvine Law Review**, vol. 11, no. 3, February 2021, p. 657-692.

1692 Nevertheless, in general, Republicans are refractory to litigation, especially because of the effects it has on the economy; while the Democrats are sympathetic to it in the face of its role in promoting individual and social freedoms. How they synthesize BURBANK e FARHANG, "*In recent decades these two views have become attached to the major political parties: Republicans deploring litigation, Democrats defending it*" (BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean. A New (Republican) Litigation

Most of the statutes passed in recent decades aim to safeguard values of clear liberal inspiration (civil rights, environment, protection against discrimination in employment and consumer), whose defense is more identified in the Democratic Party; but they only garnered the support of the Republican Party, without which these laws would not be passed, by undertaking that their *enforcement* would be carried out primarily by private lawsuits, rather than by a new and costly public bureaucracy¹⁶⁹³.¹⁶⁹⁴

The existence of a right to act to enforce the violated law can also be seen as a result of a culture that values individual freedom and autonomy. Likewise, the recognition of this right is linked to the impositions of the Rule of *Law*, which does not live with transgressions without consequences, even in the face of transgressors of great prominence¹⁶⁹⁵, perception that underlies the recognition of a '*judicial lawmaking*'¹⁶⁹⁶, granting the judiciary the power to recognize a private right of action, even if this has not been explicitly provided for by Congress¹⁶⁹⁷.

Nevertheless, while one should not ignore the existence of criticism and resistance, to reflect concerns that cannot be disregarded in the formulation and application of private *enforcement* measures; it is necessary to recognize that these have a consistent theoretical foundation and a consecrated practice of their adoption. Thus, since they are a concrete reality and have important effects for the *rule of law*, the most consistent discussions in American doctrine do not deal with their

State? **UC Irvine Law Review**, v. 11, n. 3, p. 657-692, Feb./2021, p. 658). Even with this distinction, both parties have relied on litigation, less as a means of conflict resolution and more as a means of reallocation of power (DIVER, Colin S. The Judge As Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions. **Virginia Law Review**, v. 65, n. 1, p. 43-106, Feb./1979, 45).

1693 FITZPATRICK, Brian T. Deregulation and Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v.24, n.2, pp. 685-696, 2020, p. 691.

1694 GARTH, Bryant G.; NAGEL, Ilene H.; PLAGER, S. Jay. The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action Litigation. **Southern California Law Review**, v. 61, n. 353, 1988, p. 353).

1695 ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, pp. 1689-1756, 2013, p. 1730.

1696 STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R. Public Programs and Private Rights. **Harvard Law Review**, v. 95, n. 6, pp. 1193-1322, Apr./1982, p. 11318.

1697 [when someone] "*seeks to assert an implied cause of action*" [...] *separation-of-powers principles are or should be central to the analysis*, [...] [e o Congresso] "*most often is the appropriate branch to decide whether to provide for a private remedy*" (UNITED STATES. Supreme Court. *Ziglar v. Abbasi*, n.15-1358, June 19, 2017).

extermination but circulate about what kind of interest should preferably be protected by such mechanisms.

In this field, a study by BECKER and STIGLER gained great notoriety, which argued that, as a rule, private shares should prevail over public ones. They point out that the level of law enforcement varies directly depending on the investment that society makes to do so¹⁶⁹⁸, an investment that, as seen above, American society is not very willing to authorize the state to make—and that fewer wealthy nations are unable to make. In addition, they point out that public agents usually have less to gain from the prevention or punishment of offenses than the gains expected by violators of the norm, so that, given the asymmetry of incentives, the greater the gain envisioned by them, the worse the quality of enforcement should be¹⁶⁹⁹.

This inconvenience can be avoided, in the economic analysis they make, with the legitimation of the victim to adopt measures against the violator, because, for them, there is the incentive to recover the lost value, plus any pecuniary sanctions provided for in the legislation, to which is added the availability of better conditions to invest in their judicial defense¹⁷⁰⁰, as is the case with large companies interested in enforcing antitrust law, which have vast sums to apply in litigation, or with groups and law firms specialized in moving class actions, holders of important know-how.

Within this view, in which the financial incentive is useful to motivate victims to act against violators, they conclude by questioning why this system should not be generalized, leaving "anyone to apply the statutes and receive compensation for their performance?"¹⁷⁰¹.

The defense of the broad application of *private enforcement* received a response from LANDER and POSNER, also based on the *economic analysis of the Law*. But these scholars, instead of completely refuting the mechanism, have limited themselves to defending its circumscription to the field of private law, in which,

1698 BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. **Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, pp. 1-18, Jan./1974, p. 3.

1699 BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. **Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, pp. 1-18, Jan./1974, p. 4.

1700 BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. **Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, pp. 1-18, Jan./1974, p. 13.

1701 BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. **Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, pp. 1-18, Jan./1974, p. 14.

moreover, it is already widely and historically employed, as in the protection of the validity of contracts, in civil liability or violations of property. They also proposed that the incentives to the private author be properly calibrated, to direct them to the achievement of an optimal level of enforcement of social interests, without ending up in over-enforcement.

In their view, the optimal enforcement model is not exclusively private, as advocated by BECKER and STIGLER, but a combination of public and private means, depending on the type of violation being treated¹⁷⁰².

Still, they maintain that law enforcement is an economic activity, not calling it a 'market', like containers, but 'industry' (*Private Enforcement Industry*), whose production lies in detecting and punishing violators of the law¹⁷⁰³. This industry, in essence, is driven by incentives reaped from the outcome of the suit, but it is no worse or better than public enforcement, as both are subject to risks of over-enforcement or misconduct.

Basically, the choice should – and according to his analysis, has been – guided by economic reasons that point to the optimal type of enforcement demanded in concrete, glimpsed by the degree of investigation necessary to hold the violator accountable. In private relationships, in which the injured party is always economically incentivized to seek redress, almost no investigation is required, because the victim of, for example, a car accident or the injured party in a contract usually knows from the beginning who has violated the legal order. In public domain relations, criminal law in particular, it is more difficult to know from the outset who committed a theft or a kidnapping, which requires the creation of a specific apparatus to unravel such illegalities, making this area more prone to a public monopoly of enforcement¹⁷⁰⁴.

1702 LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Private Enforcement of Law. **Journal of Legal Studies**, v. 4, n. 1, pp. 1-46, Jan./1975, p. 3.

1703 LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Private Enforcement of Law. **Journal of Legal Studies**, v. 4, n. 1, pp. 1-46, Jan./1975, p. 3.

1704 LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Private Enforcement of Law. **Journal of Legal Studies**, v. 4, n. 1, pp. 1-46, Jan./1975, p. 30-31.

From this debate, becomes clear that *private enforcement* is an ingrained tradition and a tool intensely employed by U.S. law. And there is no great dichotomy between public and private forms of *enforcement*; in fact, they are complementary¹⁷⁰⁵.

The two mechanisms are "commonly used in combination, with some powers delegated to administrative agents, while others are left to private litigants and the Courts by the same statute." So, in these "hybrid regimes, both the public and private focus can take on a dominant role, while the other plays an auxiliary role."¹⁷⁰⁶

To ensure a right, the choice between a public or private enforcement tool does not matter in choosing a weak or strong model of law enforcement, both of which can vary from strong to weak, depending on the configuration given to the instrument. In fact, a private framework can be more effective than a public one, endowed with low powers, small budget and leadership with little impetus to perform its function¹⁷⁰⁷.

Before a competition, the main benefit of a hybrid system¹⁷⁰⁸ *de enforcement* lies in 'redundancy' (autonomous systems operating independently, with the same purpose, so that, in case of failure, the absence of one is supplied by the other), a concept brought from engineering and adapted to the social sciences, employed by CLOPTON¹⁷⁰⁹ to describe, and defend, its application in U.S. law.

In this field, the U.S. federal *enforcement* system predominantly employs a hybrid model¹⁷¹⁰, a '*redundant enforcement*', bifurcating into the notions of '*redundant authority*' e '*redundant litigation*'. The first expresses the prerogative that public agents and private actors must move law enforcement actions, which, however, are mutually preclusive: if there is public initiative, the private one remains hindered, and vice versa. As there is a replication of the possibility of presenting cases to administrative agencies

1705 COFFEE, John. C. Jr. Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working. **Maryland Law Review**, v. 42, Issue 2, Article 3, pp. 215-288, 1983, p. 218

1706 BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M. Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v. 17, n. 3, PP. 637-722, 2013, p. 661.

1707 BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean; KRITZER, Herbert M. Private Enforcement. **Lewis & Clark Law Review**, v. 17, n. 3, PP. 637-722, 2013, p. 662.

1708 FARHANG, Sean. Legislating for Litigation: Delegation, Public Policy, and Democracy. **California Law Review**, v. 106, n. 5, p. 1529-1616, Oct./2018.

1709 CLOPTON. Zachary D. Redundant Public-Private Enforcement, **Vanderbilt Law Review** v. 69, n. 2, pp. 288-332, Mar./2016.

1710 ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, pp. 1689-1756, 2013, p. 1753.

or the judiciary, the reduction of errors is promoted, budget constraints, problems of information deficit and costs of case selection by state agencies are circumvented, ensuring that “*fewer good cases are missed*”.

In the second (redundant litigation) there is the possibility of multiple and overlapping actions being deduced by public and private authors, without the solution of one being harmed by the other. In addition to responding to the same objectives of redundant *authority*, *redundant litigation* also makes it possible to avoid errors of judgment, whether arising from agreements closed for underestimated values, or judgments of merit that did not reach the real extent of the injury, due to an insufficient performance of any of the legitimates¹⁷¹¹.

Indeed, this second species carries risks of *over-enforcement*, in the form of multiple and excessive punishments¹⁷¹². However, these problems are usually balanced with procedural provisions that make one case await the judgment of the other (*stay rule*), that determine the joint proceedings or, as in *qui tam actions*, impose on the private plaintiff the duty to communicate the government about the suit; and, also, provisions for compensation of damages already agreed in the previous action.

In fact, private enforcement measures are a reality, with wide adoption to ensure the application of U.S. federal statutes. Especially in the field of lawsuits used to give concrete form to federal laws, from the late 1960s to the early 2000s there was an 800% growth in the volume of lawsuits filed by private individuals¹⁷¹³.

According to empirical data and doctrinal analyses examined in this Chapter, the advantages in adopting private means of collaboration with the State are outweighing the risks, which, moreover, will be analyzed in detail in Chapter 5 of this thesis.

This is very clear when examining the legal rules forged to confront acts of corruption. Specifically on this issue, which has occupied a prominent place in the legal debates of the United States since the nineteenth century, the most significant legal

1711 CLOPTON, Zachary D. Redundant Public-Private Enforcement, **Vanderbilt Law Review** v. 69, n. 2, pp. 288-332, Mar./2016, p. 290.

1712 ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, pp. 1689-1756, 2013, p. 1697.

1713 FARHANG, Sean. **The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the U.S.** Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 3-4.

framework, the *False Claims Act* (FCA) of 1863, enacted as a response to the looting perpetrated on the public coffers during the Civil War, makes intense use of private enforcement, through qui tam actions.

Even before the edition of the FCA, due to the influence of the law of the metropolis, the colonies already employed means of private enforcement to reinforce the action of the State in the confrontation of acts harmful to the treasury, and there are several records of institution of qui tam actions in that context.

In the same wake comes the *Racketeer Influenced And Corrupt Organizations* (RICO) of 1970, which arose in response to the Italian-American mafia, mainly to confront rising criminality and its worrying infiltration of lawful businesses, often through the participation of state agents.

It is an instrument of great relevance, because it is directed to confront the chain of command of delinquency, not only the mere executors of the higher orders, a task for which it innovated in approach and persecutory instruments, producing hitherto unprecedented effects in the fight against organized groups dedicated to the systematic practice of illicitness.

Like the FCA, the RICO uses private enforcement measures, since *RICO's private attorneys* can take the initiative of civil prosecution, stimulated by the award represented by the *treble damages* (compensation for three times the damage suffered).

Another prominent statute in the anti-corruption field is the *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) of 1977, which targets the corruption of foreign agents carried out by U.S. enterprises or with ties in that territory, practiced to gain advantages, especially commercial, to corruptors.

The FCPA is the only statute analyzed here that does not expressly provide for means of *private enforcement*. Nevertheless, there is a strong defense of the acceptance, by the Courts, of implicit rights of action for the application of the statute,

or, at least, of its amendment, to allow *qui tam actions*¹⁷¹⁴ or another type of *citizen actions*.

In addition, due to the phenomenon of *collateral civil litigation*, many private plaintiffs end up indirectly reinforcing the application of the FCPA, since they have replicated in private initiative proceedings facts identical to those articulated by the Department of Justice (DOJ) or the *Securities and Exchange Commission* (SEC) in actions that such public entities promote to impose the penalties of the statute. In their lawsuits, individuals seek redress for violations of the FCPA, but because they have no *cause of action* for its application, they do not invoke it as the basis of their claim, preferring to rely on other rules, such as the RICO, antitrust laws, and state laws against unfair competition¹⁷¹⁵, while they are, in essence, litigating for FCPA violations.

On the other hand, despite the absence of express provision for private enforcement, the examination of the FCPA is essential because it is an important vector for recognizing the extraterritorial effects of corruption and its harmful consequences for a healthy business environment. In addition, the FCPA was the driving force behind a series of international treaties and national legislation (including the Brazilian LAC) against the corruption of public officials from foreign countries, bringing innovations and legacy that deserve to be studied.

Thus, with a propositional intent and assuming that the big question is not to choose a public or private law enforcement regime, but that the essential thing is “*how to structure institutions- or combinations of institutions- that can optimally coordinate multiple, overlapping, and interdependent enforcement mechanisms*”¹⁷¹⁶; the examination of the FCPA, RICO and FCA is essential for reflection on the incorporation of a mechanism similar to *qui tam actions* in Brazil's anti-corruption legislation.

CAPÍTULO 5

1714 LEVINTOW, David. A Positive-Sum Game: Why a Qui Tam Provision in the FCPA Would Benefit Both Whistleblowers and Covered Entities. **Business & Finance Law Review**, v. 4, n. 2, pp. 65-96, Apr./2021, p. 76).

1715 MARK, Gideon. Private FCPA Enforcement. **American Business Law Journal**, v. 49, n. 3, pp. 419-505, Sep./2012, p. 420.

1716 ENGSTROM, David Freeman. Public Regulation of Private Enforcement: Empirical Analysis of DOJ Oversight of Qui Tam Litigation under the False Claims Act. **Northwestern University Law Review**, v. 107, n. 4, pp. 1689-1756, 2013, p. 1754.

The actions of improbity are an efficient means of combating corruption, although the process of the process is long (more than 4 years until the first trial)¹⁷¹⁷, surveys indicate that most of it ends with the conviction of those accused of corruption. In this sense, a survey carried out within the scope of the CNJ attested that half of the actions are considered valid or partially upheld¹⁷¹⁸. Also the study coordinated by COSTA and SILVA corroborates this conclusion, pointing out that 63.8% of the actions for improbity end with judgment of origin or partial provenance¹⁷¹⁹. Nevertheless, these researchers point out that the main problem in coping with acts of impropriety is obtaining information about their occurrence.

Transparency International – Brazil also points out that, although there is good anti-corruption legislation and successful actions are underway to combat corruption in Brazil, "greater action is still needed in the identification and accountability of illicit acts by the State"¹⁷²⁰.

The process of punishing corrupt acts is long and complex. How you detail DA ROS¹⁷²¹, It involves many stages (legislation, potential incidence, detection, investigation, prosecution and adjudication). It is essential to have an efficient system of discovery of illicit acts, which can occur by exposure – when whistleblowers, members of the scheme, third sector bodies or the press denounce the cases -; or detection, when discovery occurs directly through state control bodies¹⁷²².

1717 This places the confrontation with administrative impropriety as one of the Macro Challenges of the Judiciary, to be overcome by the National Strategy of the Judiciary 2021-2026. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **RESOLUÇÃO nº 325**, DE 29 DE JUNHO DE 2020.

1718 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Lei de improbidade administrativa**: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 47.

1719 COSTA, Suzana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coordenadores). **Improbidade Administrativa**. Brasília, Ministério da Justiça, Universidade de São Paulo, Série Pensando o Direito, 2010, p. 100.

1720 TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – Brasil. **Integridade e Empresas no Brasil**. Org. Claudia Sanen e Guilherme Donegá. 2018. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/25:bica-integridade-e-empresas-no-brasil?stream=1>. Acesso em: 15/12/2020.

1721 DA ROS, Luciano. **Mayors in the Dock**: Judicial Responses to Local Corruption in Brazil. Dissertação apresentada para obtenção do grau de Doutor em Ciência Política na Universidade de Illinois. Chigado: 2014, p. 32.

1722 DA ROS, Luciano. **Mayors in the Dock**: Judicial Responses to Local Corruption in Brazil. Dissertação apresentada para obtenção do grau de Doutor em Ciência Política na Universidade de Illinois. Chigado: 2014, p. 34.

In this way, in order to have an efficient system¹⁷²³ to confronting corruption, it is essential to involve private agents in exposing the schemes. This is the central role of the *anti-corruption civil action*, which follows the American model, in which the private initiative in the actions for the defense of the treasury revolves around 80% of the cases filed¹⁷²⁴, this testifies to the great strength of private information for the functioning of the anti-corruption system of that country.

In contrast, Brazil has a paternalistic system of probity protection, as it concentrates on a few agents the legitimacy to prosecute violations. It is a dissonant archetype of the so-called third phase of the Democratic State of Law, in which citizen participation cannot be restricted to mere formal delegations of public power but depends on "the performance of the private directly in the management and control of the Public Administration, (...) reducing barriers between State and Society"¹⁷²⁵.

The current model, in addition to being costly, "prevents members of society from participating in the protection of probity" and "removes from the judicial assessment acts of improbity of private science", not brought to the attention of the authorities, which makes it essential to expand the legitimacy for the filing of *anti-corruption civil actions*, such as the action for improbity and the action of accountability of the LAC, allowing its filing by civil associations and individuals¹⁷²⁶, for which it becomes essential to offer rewards and protection to those who are willing to collaborate with the State.

The greater the institutional quality and the level of democracy of a country the broader the existing means of control and transparency, at the institutional, social and collective levels, since they are control and transparency remedies to eradicate ignorance about what happens and what is due to individuals and society; and "There

1723 DINO, Nicolao. **A colaboração premiada na improbidade administrativa**: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 533.

1724 MAHONEY, Joshua Patrick. **Qui Tam Relators, the First Amendment, and the False Claims Act**. University of Chicago Legal Forum: Vol. 2012: Iss. 1, Article 13, p. 299. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol2012/iss1/13>. Acesso em 11/12/2020.

1725 JACOBSEN, Gilson. **Evolução do Estado e do Direito Administrativo**: breve panorama do direito administrativo à luz da evolução do Estado e dos novos direitos. Curso Modular de Direito Administrativo. Org. VAZ, Paulo Afonso Brum; TEIXEIRA, Ricardo do Valle Pereira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 35.

1726 COSTA, Suzana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coordenadores). **Improbidade Administrativa**. Brasília, Ministério da Justiça, Universidade de São Paulo, Série Pensando o Direito, 2010, p. 179-181.

is greater corruption when a society does not fully know its rights and does not defend them.”¹⁷²⁷.

The essence of the *anti-corruption civil action*, dealt with here, is precisely to expand the involvement and collaboration of private persons with the state prosecution of corrupt acts, opening an alternative channel¹⁷²⁸ e indispensable for the entry of information otherwise almost unattainable¹⁷²⁹.

It should be noted that in addition to new channel¹⁷³⁰ and fed up with the entry of information, the *anti-corruption civil action* is a mechanism that favors democracy and that brings an indispensable element for the fight against corruption, citizen participation, with propositional and proactive involvement of private people in public affairs, starting from the understanding that the government has ceased to be the central reference of the political organization to be only one of its elements¹⁷³¹.

The involvement of society in the control of the Administration is a concern that occupies the long-standing Constituent. Popular action was the first instrument instituted to protect public assets in Brazil, still under the influence of the 1934 Constitution. In the 1988 Charter, this concern was reinvigorated, when the Constituent Assembly proclaimed its intention to call on the collectivity to help control public

1727 BRITOS, Armando Rafael Aquino. **La corrupción como fenómeno y la afectación al sistema político.** In *Combate a la corrupción: reflexiones y experiencias multilaterales*. Colección Buen Gobierno, Derechos Humanos y Combate a la Corrupción. ALVAREZ, Adriana de Santiago; TRUJILLO, Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera (Organizadores). Guanajuato, 2020, p. 22.

1728 ROCHA, Márcio Antônio. **A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude:** uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial *qui tam action* e dos programas de *whistleblower*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.65, abr. 2015. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Marcio_Rocha.html. Acesso em: 15 dez. 2020.

1729 Portugal has also documented the difficulty of uncovering acts of corruption. As is now supported in this thesis, also in the Lusitanian reality we see in the citizen and in society the way to the perennial overcoming of systemic corruption. **MEDIDAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO EM PORTUGAL.** CUNHA, Ricardo Alexandre Souza da; SERRA, Sara Alexandra da Eira; COSTA, Maria Manoela Oliveira. Algarve: Book of Proceedings – Tourism and Management Studies International Conference Algarve, vol.2. 2012, p. 698-700.

1730 "The lower the exercise of accountability, the higher the levels of corruption" (NASCIMENTO, Melillo Diniz. **O controle da corrupção no Brasil.** In *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei 12.846/2013*. Coord. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 68). Nesta linha, a ampliação das fontes de controle, com a atração do cidadão para esse espectro, seria, por si só, um grande avanço, pois envolveria mais um agente na função de *watch dog*, aumento o risco – e o custo – de praticar corrupção.

1731 ZAMUDIO, José Jafet Noriega. **La reforma constitucional anticorrupción en México:** a un lustro aproximado de su difusión y vigencia. In *Combate a la corrupción: reflexiones y experiencias multilaterales*. Colección Buen Gobierno, Derechos Humanos y Combate a la Corrupción. ALVAREZ, Adriana de Santiago; TRUJILLO, Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera (Organizadores). Guanajuato, 2020, p. 122.

management, placing in the hands of the members of society a mechanism of guarantee, of correction, intended to make the Administration never neglect to pursue the public purposes that weigh on it¹⁷³².

However, the set of popular action + public civil action (Law 7.347/85 is another instrument of involvement of civil society in the control of the Administration), has proved insufficient to mobilize private actors to join in the effort to mitigate and repair the damage caused to the State by acts of corruption.

Until the present block, the fact is that Brazil has not been able to effectively involve society in the protection of probity, a circumstance that, in addition to meaning the waste of the opportunity to consolidate civic involvement, has ceased to consider an important source of information about corrupt acts, because it ceases to make use of the "knowledge arising from the capillarity of citizens in the daily life of companies, of public works, of public services"¹⁷³³ to combat illegal acts that have been committed and kept in hiding.

The dogmas of supremacy and unavailability of the public interest, seen from a classical conception of Administrative Law, have contributed to generate a sense of distrust in relation to the private and an adversarial posture between Administration and administered. As well elucidated Palma¹⁷³⁴, the Brazilian enforcement system was all based on the command and control technique, according to which the Administration is responsible for establishing the rules of conduct and the individual their strict observance, which, if it does not occur, implies the imposition of sanctions.

But the system is ineffective, because in addition to difficulties to unravel the violations, the punishments, when they occur, are intensely judicialized, with serious damages to the administrative authority and to the deterrent effect of new crimes. In this step, the great corruption, formation of cartels, insider trading and other complex

1732 SUNDFELD, Carlos Ari. **Ação Civil Pública e Ação Popular**. BDA - Boletim de Direito Administrativo, Jul./1996, p. 449.

1733 ROCHA, Márcio Antônio. **A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude**: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial qui tam action e dos programas de whistleblower. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.65, abr. 2015. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Marcio_Rocha.html. Acesso em: 15 dez. 2020.

1734 PALMA, Juliana Bonacorsi de. **O autorrelato e o papel do particular na apuração de ilícitos**. In: *Justiça Consensual: Acordos penais, cíveis e administrativos*. Coordenadores Daniel Resende Salgado, Luis Felipe Schneider Kirscher e Ronaldo Pinheiro Queiros. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 935-955.

and lucrative illicit "will hardly be identified by the public authority except by the receipt of 'tips'"¹⁷³⁵.

Individuals belonging to (insiders) or very close to the delinquent group have information that is often inaccessible to the control bodies¹⁷³⁶; or that they are only discovered long after the onset of the injury, making its repair very difficult. It should be borne in mind that "corruption is made possible by the manipulation of rules and laws, and acts invisibly, successfully thanks to the usual pacts of silence, between corrupter and corrupted"¹⁷³⁷.

In this context, which is aggravated by an unprecedented asymmetry of information between Public and Private Power, generated by disruptive technological advance, it is essential to overcome classic dogmas of Administrative Law and a "reform of Brazilian public enforcement by the most effective private collaboration"

This reality has long been captured by American pragmatism, as demonstrated by the *qui tam* actions, which make use of offering financial incentives to the private collaborating agent to stimulate him to unravel and bring to judicial accountability corruption schemes and their participants, without this implying an increase in state expenditure, since the incentive is funded by the value recovered by the action itself¹⁷³⁸, that would hardly exist without private collaboration.

One might think that there is a civic duty, inherent in every member of society, to denounce unlawful acts of which he is aware, which would make it insignificant, or

1735 PALMA, Juliana Bonacorsi de. **O autorrelato e o papel do particular na apuração de ilícitos.** In: *Justiça Consensual: Acordos penais, cíveis e administrativos*. Coordenadores Daniel Resende Salgado, Luis Felipe Schneider Kirscher e Ronaldo Pinheiro Queiros. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 937-938.

1736 LEVCOVITZ, Silvio. **A corrupção e a atuação da Justiça Federal no Brasil 1991 – 2014.** Tese de doutorado apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas: 2020, p. 110.

1737 MORGADO, Maria. **Corrupção** - estrutura e significado. Lisboa: Comunicação apresentada no Congresso da Justiça, Ago/2003. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiTmKG5nNXtAhUED7kGHdqyAvQQFjAAegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fasficipj.pt%2Fimages%2Farquivo%2F2003%2Fmorgado.pdf&usq=AOvVaw3lh-MHyTSMMSIgz3K3II0h>. Acesso em: 17/12/2020.

1738 "The most important benefit of a *qui tam* provision is the large recoveries available to private plaintiffs through statutorily mandated percentages of large, fixed penalties allocated for the *qui tam* relator. The U.S. FCA experience shows that this is highly effective in attracting knowledgeable insiders willing to serve as whistleblowers. As noted earlier, plaintiffs take a substantial risk when bringing whistleblower cases. U.S. Senator Grassley once said '[w]histleblowers frequently risk everything when bringing false claim cases'." KIM, Sang Beck. **Dangling the Carrot, Sharpening the Stick: How an Amnesty Program and Qui Tam Actions Could Strengthen Korea's Anti-Corruption Efforts.** *Northwestern Journal of International Law & Business* Vol. 36, No. 1, p. 235-265, 2016, p. 261.

even morally reprehensible, to offer financial benefit to the citizen who would be, in essence, simply fulfilling an obligation.

However, it cannot be forgotten that, by dedicating himself to activities of social control, the citizen renounces part of his time, which ceases to be employed in work and leisure. In addition, by denouncing acts of corruption, it exposes itself to high risk, either of criminal retaliation, or through the costs involved with defense in proceedings or loss of its labor activity. In this way, the one who denounces benefits from the action as much as his fellow citizens, by ridding society of a wound; but it pays a greater price for this, in relation to those who simply expect the State or someone else to do something, a problem particularly present in Brazilian society, with low social cohesion and with a marked tendency to delegate the supervision of governmental acts to the state institutions themselves¹⁷³⁹.

Therefore, financial incentive and whistleblower protection become fundamental to reinforce the civic aspect and make the gains of the action more attractive than inertia. It is essential that the "government recognizes the problem of incentive and, understanding that this involves a typical director-agent relationship, assumes the role of director and builds a mechanism that motivates the agent to devote his own time to social control"¹⁷⁴⁰.

The reward offer has the virtue of creating a second incentive, this one of a negative character for those who plan acts of corruption. The possibility that members of the criminal group or people close to them have an open and attractive door to the judicial system to report the occurrence of acts of corruption creates a deterrent effect of such conduct, since there is a constant and well-founded fear that someone may report the crimes to the authorities¹⁷⁴¹.

1739 BUGARIN, Maurício S.; VIEIRA, Laércio M. **Benefit Sharing**: An Incentive Mechanism for Social Control of Government Expenditure. *Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 48, n. 4, 2008, p. 682.

1740 BUGARIN, Maurício S.; VIEIRA, Laércio M. **Benefit Sharing**: An Incentive Mechanism for Social Control of Government Expenditure. *Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 48, n. 4, 2008, p. 682.

1741 It is the "virus of instability in the relationships between potential offenders." (MARRARA, Thiago. **Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega**. *Conjur*, 15.11.2013. Disponível em: www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega. Acesso em: 02/05/2020), which "allows the Public Administration to destabilize the harmony of relations between the members of criminal organizations, by inserting in this environment the constant suspicion that at any time one of the offenders may 'betray' the criminal scheme." (FARIA, Luzardo. **ACORDO DE**

Moreover, the possibility that the silence is broken also influences the action of the public authority itself that considers a corrupt action, since it begins to live with concrete fear of discovery of the illicit practice. In this context, *anti-corruption civil action* is an important incentive to solve the classic question "who watches the watchman?", serving as a stimulus to "keep the caretakers honest"¹⁷⁴².

The importance of private collaboration with the State has already been proven by the recent cases of national corruption, whose investigations have depended significantly on award-winning collaborations and leniency agreements, which even imply the offer of benefits to the perpetrators of the crimes themselves.

The *anti-corruption civil action* strengthens this field, opening a new avenue¹⁷⁴³ for private collaboration with the public power, in order to franchise access to information almost unreachable otherwise, which becomes possible with low state investment and great potential for return of diverted values¹⁷⁴⁴, scope in which it is urgent to increase the results verified, because, according to data from the national register of convicted for impropriety, maintained by the CNJ, out of a total of R \$ 1.9 billion of amounts due to the State, only R \$ 2.7 million were effectively recovered¹⁷⁴⁵.

It should be noted: the action reinforces the control apparatus and, with this, increases the probability of being caught, which increases the risk of illicit activity and potentially leads to a decrease in illegal acts, all this without increasing the costs of investigating and apprehending the violators, since the cost of the additional control will leave the amount to be returned to the State¹⁷⁴⁶. In this way, the *anti-corruption*

LENIÊNCIA E NEGOCIAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA: REFLEXÕES A PARTIR DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, vol. 13/2020, p. 197 - 219 | Abr - Jun / 2020).

1742 HARDIN, Garrett. **The Tragedy of the Commons**. Science, Vol. 162, Dez./1968, p. 1245-1246.

1743 ABREU, Cristina de. **A ECONOMIA DA CORRUPÇÃO – A ANÁLISE ECONÔMICA DA CORRUPÇÃO NAS SOCIEDADES DESENVOLVIDAS CONTEMPORÂNEAS**. Porto: Fronteira do Caos Editores, 2011, p. 20.

1744 In recent years, the average raised annually by the U.S. government has been more than \$3 billion. MEHTA, Jason; SHORT, Jennifer A. **Big Data Makes Big Cases: How Data Analytics Is Shaping False Claims Act Enforcement**. Federal Lawyer, v. 67, n. 4, p. 42–48, 2020. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=145379313&lang=pt-br&site=eds-live&scope=site>. Acesso em: 21/01/2021.

1745 SADEK, Maria Tereza Aina. **Combate à corrupção: novos tempos**. Revista da CGU, 20, ago-dez/2019, p. 1282.

1746 KLITGAARD, Robert. **A cooperação internacional contra a corrupção**. Revista Finanças e Desenvolvimento, Mar./1998, p. 4.

civil action fits the criteria of efficiency and optimal point of application of the law, sustained by BECKER¹⁷⁴⁷.

It is a mechanism that can influence the illegal market of corruption, affecting the marginal costs of its production, to generate a new balance: as the risk of being discovered tends to increase, the price of corruption will tend to rise, which will inevitably imply fewer corrupt transactions¹⁷⁴⁸.

It should be emphasized that such discouragement of the corrupt – the *anti-corruption civil action* – does not imply the need to increase the public machinery and compromise the budget in the long run¹⁷⁴⁹, the main problem that arises in the design of anti-corruption policies, because the nature of corruption brings special difficulties in the way to obtain information and balance this search with a rational allocation of resources¹⁷⁵⁰.

The financial incentive offered to the private author of the *anti-corruption civil action* is supported exclusively by the compensation due to the public power, which would hardly occur without such collaboration.

This, in fact, is the reason that has inspired, in the United States, the flourishing of *qui tam* action programs throughout the country, as denoted by California's Private Attorneys General Act (PAGA), which began with the recognition that severe staffing

1747 BECKER, Gary S. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1976, Parte 3, Cap. 4.

1748 ROSE-ACKERMAN, Susan. **Susan Rose-Ackerman e a corrupção como troca econômica**. Folha de São Paulo, 07/08/2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/08/1799288-susan-rose-ackerman-e-a-corrupcao-como-troca-economica.shtml?origin=folha>. Acesso em: 11/08/2021.

1749 To illustrate, it should be noted that California's 2016 budget proposal held that the program established to increase compliance with the state's labor laws (Private Attorneys General Act - PAGA), which includes a special type of *qui tam*, would be fully paid, even with the possibility of surplus, through the damages collected for the actions proposed by citizens on behalf of the State. GILLES, Myriam; FRIEDMANN, Gary. **The New Qui Tam: A Model for the Enforcement of Group Rights in a Hostile Era**. Texas Law Review, Vol. 98, 2020, p. 539.

1750 BANFIEL, Edward C. **Corruption as a Feature of Governmental Organization**. The Journal of Law and Economics, vol. 18, no. 3, pp. 587-605, Dec./1975, p. 189. In fact, the challenge is so intense that BANFIELD himself points out that "It is evident that the costs of eliminating, or controlling, corruption may on occasion be greater than the gains from doing so"; o que leva a dilemas extremos como "what level of corruption is optimal for it-that is, the level at which the marginal cost of anticorruption measures equals the gain from them" (BANFIEL, Edward C. **Corruption as a Feature of Governmental Organization**. The Journal of Law and Economics, vol. 18, no. 3, pp. 587-605, Dec./1975, p. 189).

shortages in public law enforcement agencies allowed many labor laws to be violated and employers to violate these laws unpunished¹⁷⁵¹.

It should be remembered that, in order to prevent corruption, it is not enough to predict, in theory, high penalties¹⁷⁵². More than harsh penalties, it is the greater probability of being punished that can reduce the incidence of illicit acts. On the other hand, a state equipped to the point of widely discovering corruption is very expensive, which increases the social cost of delinquency. The equilibrium point (optimal enforcement) can be achieved with *anti-corruption civil action*, which, like *qui tam*, harmonizes the need to increase the chance of discovering corrupt acts and to promote their effective punishment with the rigid Brazilian budget limits. Thus, the idea in question has the effect of making public corruption more costly than its prevention.

The *anti-corruption civil action* represents an addition to the already existing mechanisms of private collaboration with the State, with the peculiarity that active procedural legitimacy is attributed to the private collaborator and a financial reward for his effort and exposure, which will be deducted precisely from the value recovered by the public power. In addition, the incorporation of *anti-corruption civil action* into the national system is in line with commitments made by the country at the international level, as reflected in article 13 of Decree 5,687/2009, which promulgates the United Nations Convention against Corruption.

In short, since there are several arguments that inspire the institution of the action now under discussion, its objectives must be limited to promoting the compensation of the damage caused to the treasury and the reversal of the illicit profit earned by the practitioners of corruption. That is, its focus is the undoing of the patrimonial effects caused by corruption, which, once again, aligns with the provisions of the United Nations Convention against Corruption¹⁷⁵³.

1751 GILLES, Myriam; FRIEDMANN, Gary. **The New Qui Tam: A Model for the Enforcement of Group Rights in a Hostile Era.** *Texas Law Review*, Vol. 98, 2020, p. 494.

1752 BOMFIM, Gilberto; BLANCHET, Luiz Alberto. **O “NUDGE” DA LEI ANTICORRUPÇÃO (12.846/13) PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE.** *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 20, n. 02. p. 51-70, abr./jun. 2021, p. 54.

1753 “Article 51 General Provision: The restitution of assets in accordance with this Chapter is a fundamental principle of this Convention and States Parties shall lend themselves to the widest cooperation and assistance among themselves in this regard”.

Thus, following the experience of the United States, it is essential that Brazilian legislation be amended to give legitimacy to individuals and private legal entities to sue on behalf of and in favor of the State, in the search for reparation of the patrimonial effects of corruption.
