Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Matheus Meott Silvestre

Sistema Brasileiro de Controle da Probidade: fontes disfuncionais e valores jurídicos dissonantes

Rio de Janeiro
2022

Matheus Meott Silvestre

Sistema Brasileiro de Controle da Probidade: fontes disfuncionais e valores jurídicos dissonantes

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ, como, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Direito Público.

Orientador: José Vicente Santos de Mendonça

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S587 Silvestre, Matheus Meott

Sistema brasileiro de controle da probidade: fontes disfuncionais e valores jurídicos dissonantes / Matheus Meott Silvestre. - 2022.
203 f.
Orientadora: Prof. Dr. José Vicente Santos de Mendonça

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Moralidade (Direito) - Teses. 2. Administração pública –Teses. 3.Improbidade administrativa – Teses. I.Mendonça, José Vicente Santos de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.3 (81)

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Matheus Meott Silvestre

Sistema brasileiro de controle da probidade: fontes disfuncionais e valores jurídicos dissonantes

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovada em 07 de julho de 2022.

Banca Examinadora:

_____
Prof. Dr. José Vicente Santos de Mendonça (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

_____
Profª. Drª. Patrícia Ferreira Baptista
Faculdade de Direito – UERJ

_____
Prof. Dr. Valter Shuenquener de Araújo
Faculdade de Direito – UERJ

_____
Prof. Dr. André Saddy
Universidade Federal Fluminense

_____
Prof. Dr. Rafael Carvalho Rezende Oliveira
Universidade Veiga de Almeida

Rio de Janeiro
2022

Para Clarice e Gabriel, partida e chegada do amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Ser grato é um ato espontâneo, faz parte da natureza humana. Exercitar a gratidão, contudo, é um esforço incômodo e desafiador. Deixar fluir para si mesmo o sentimento e racionalizar as coisas e pessoas boas da vida não é um ato trivial. Os agradecimentos a seguir são, portanto, genuínos e refletidos, fruto da generosidade que tenho recebido ao longo dos anos.

Primeiramente, agradeço à minha família, pelo suporte e incentivo, sem os quais não seria possível terminar esse capítulo da jornada. À **Vivian**, minha esposa, por ser minha maior incentivadora, meu ombro amigo, minha crítica, minha companheira. Sou verdadeiramente privilegiado de poder compartilhar a vida com você.

Aos meus filhos, **Clarice** e **Gabriel**, por mesmo sem saber, terem caminhado comigo, tendo suportado a ausência e a desatenção. Sou absolutamente grato por ter a oportunidade de ser pai de filhos tão maravilhosos.

À **Rita**, minha mãe, por servir de exemplo de dedicação e abnegação por todos esses anos. Por insistir naquilo que é melhor para mim, mesmo quando eu não queria ouvir seus conselhos e por suportar meus piores momentos. Não tenho dúvida que o amor de mãe é o ápice da generosidade que um ser humano pode dedicar a outro. Ao **Geraldo**, meu pai, pelo apoio nos momentos em que precisei e pelo orgulho de ver essa caminhada chegar ao fim.

À **Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, por ter me recebido com generosidade. Desde os tempos da graduação, estar no Programa de Pós-Graduação da UERJ era uma utopia, um desejo impossibilitado pela lenda urbana de que apenas os egressos da própria instituição conseguiriam ingressar em seu mestrado ou doutorado. Felizmente, incentivado por pessoas que acreditaram em mim, pude descobrir que a lenda era apenas isso: uma lenda.

Ao meu orientador, **José Vicente Santos de Mendonça**, por ser uma referência no Direito Público atual e compartilhar conosco não só seu conhecimento, mas sua forma de pensar e de interpretar o mundo. Sua *persona* pública é conhecida e admirada por muitos jovens juristas de todo país, mas tive, ao longo desses anos, a oportunidade de conhecer um lado pessoal que não está em evidência para todos: tenho certeza de que sem sua compreensão em momentos

cruciais dessa jornada, teria sumariamente desistido. Sou grato pela paciência e generosidade nos momentos que mais necessitei.

Às professoras **Patrícia Baptista** e **Ana Paula de Barcellos**, pela generosidade acadêmica e pela compreensão do momento pessoal que passei e que, acredito, tenham ficado verdadeiramente felizes de me ver não desistir.

Aos amigos e colegas que pude conhecer na UERJ, pelo engrandecimento acadêmico e pessoal que as discussões e as conversas me proporcionaram. Seria injusto tentar elencar todos aqueles que mereceriam estar aqui nominados, mas seria ainda mais injusto não destacar, pelo menos, minhas amigas **Carina** e **Mariana**, pela parceria.

À **Universidade Federal Fluminense**, onde me graduei, fiz mestrado e pude ser professor substituto. Uma relação de quase uma década, em que entrei um garoto de 18 anos e saí para a vida, conheci minha esposa e fiz verdadeiros amigos. Um agradecimento especial aos amigos **André**, **Danilo** e **Renato**, pelas discussões jurídicas, pelo compartilhamento das angústias da advocacia e, sobretudo, pelas besteiras que servem de alívio cômico na rotina desgastante.

Um especial agradecimento ao meu co-orientador de mestrado **Eduardo Val**, um daqueles que não me deixou desistir de tentar o doutorado na UERJ. Ainda, ao **Siddharta Legale**, por ter enxergado em mim o potencial para a jornada acadêmica, com a oportunidade de ser monitor de sua disciplina.

Ao **Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça & Associados** por me desafiar cada dia a ser um profissional melhor. Agradeço especialmente ao sócio **Márcio Reis**, meu colega de doutorado que estendeu a mão com a oportunidade de ser advogado da sua equipe, apesar da falta de experiência na área. Ainda, um agradecimento especial às minhas colegas de equipe **Priscilla**, **Maria Clara** e **Carolina**, pela parceria profissional.

Agradeço, por fim, à vida. Os últimos anos foram extremamente desafiadores. Os diagnósticos de transtorno ansioso depressivo e, posteriormente, de transtorno de déficit de atenção e hiperatividade significaram viradas radicais na compreensão da minha personalidade, dos meus defeitos, qualidades e dos desafios que eu enfrento diariamente para ser produtivo. Tive a sorte e o privilégio de encontrar profissionais qualificados e dedicados que puderam diagnosticar e iniciar o tratamento, que continuo até hoje, um dia de cada vez.

Sou grato ainda por ter sobrevivido ao *covid*. Ficar internado uma semana, com o pulmão apertando e pensando que poderia não conhecer o meu filho Gabriel que ainda estava na barriga foi, sem dúvidas, a experiência mais assustadora que já tive em toda vida. Grato ainda pela vida e pela saúde da minha esposa e do meu filho, que enquanto eu estava internado também batalhavam em casa contra a doença.

Por fim, aquele agradecimento que tem se tornado uma tradição: ao povo brasileiro, por dedicar seus esforços ao ensino público de qualidade. Desde a alfabetização até o doutoramento, tenho me beneficiado de políticas públicas de ensino que, aos trancos e barrancos, têm sobrevivido a crises econômicas e desinteresse político. A certeza é de que não basta ser grato, é preciso também ser responsável e contribuir com uma sociedade melhor e mais justa.

Eu, por mim, queria isso e aquilo
Um quilo mais daquilo, um grilo menos nisso
É disso que eu preciso ou não é nada disso
Eu quero todo mundo nesse carnaval...
Eu quero é botar meu bloco na rua

Sérgio Sampaio, 1972

RESUMO

SILVESTRE, M. M. *Sistema Brasileiro de Controle da Probidade*: fontes disfuncionais e valores jurídicos dissonantes. 2022. 203 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

A retidão na gestão da coisa pública é uma preocupação histórica no Brasil e durante sua história tem sido marcada pelo moralismo e pela reação a eventos de relevância nacional. O resultado é um sistema propositalmente desconexo, formado por diversas normas que não dialogam, atribuindo competência a instituições que atuam sob racionalidades diferentes, apurando os mesmos fatos e tendo à disposição sanções semelhantes. Para os acusados, a descoordenação significa desrespeito aos seus direitos e garantias, sendo soterrados por processos distintos, com potenciais resultados divergentes ou colocando-se à disposição soluções consensuais que não garantem resultados efetivos. O presente trabalho divide-se em três objetivos: busca entender a origem histórica dessa descoordenação; descrever os valores dissonantes que resultam dessa busca reativa à punição das improbidades, tendo de um lado os direitos e garantias constitucionais e de outro a incessante busca pela punição, entendendo o sistema de controle como um fim em si mesmo e não como um instrumento; e, por fim, tenta oferecer soluções para os principais problemas identificados, como a pluralidade de instituições envolvidas no sistema de controle da probidade e o inevitável *bis in idem* que dela resulta.

Palavras-chave: Moralidade. Direito Administrativo sancionador. Controle da Administração Pública. Improbidade Administrativa.

ABSTRACT

SILVESTRE, M. M. *Brazilian Probity Control System:* dysfunctional sources and dissonant legal values. 2022. 203 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

Righteousness in the management of public affairs is a historical concern in Brazil and during its history it has been marked by moralism and by the reaction to events of national relevance. The result is a purposely disconnected system, formed by several norms that do not dialogue, attributing competence to institutions that act under different rationales, investigating the same facts and having similar sanctions available. For the accused, lack of coordination means disrespect for their rights and guarantees, being buried by different processes, with potential divergent results or making available consensual solutions that do not guarantee effective results. The present research is divided into three objectives: it seeks to understand the historical origin of this lack of coordination; to describe the dissonant values that result from this reactive search for the punishment of improbity, having on one hand the constitutional rights and guarantees and on the other the incessant search for punishment, understanding the control system as an end in itself and not as an instrument; and, finally, it tries to offer solutions to the main problems identified, such as the plurality of institutions involved in the probity control system and the inevitable bis in idem that results from it.

Keywords: Morality. Sanctioning Administrative Law. Control of Public Administration. Administrative Dishonesty.

LISTA DE SIGLAS

AC	Apelação Cível
ACP	Ação Civil Pública
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	Ato Institucional
AgInt	Agravo Interno
ANPC	Acordo de não persecução cível
ANPP	Acordo de não persecução penal
ARE	Agravo no Recurso Extraordinário
AREsp	Agravo no Recurso Especial
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	Código Civil – Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002
CF	Constituição Federal
CGI	Comissão Geral de Investigações
CGU	Controladoria-Geral da União
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CP	Código Penal – Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940
CPC	Código de Processo Civil – Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015
CPP	Código de Processo Penal – Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941
CRG	Corregedoria-Geral da União
DL	Decreto-Lei
D.O.U.	Diário Oficial da União
ED	Embargos de Declaração
FCPA	*Foreign Corrupt Practices Act,* de 19 de dezembro de 1977.
LAC	Lei Anticorrupção – Lei n. 12.846 de 1º de agosto de 2013
LAP	Lei da Ação Popular – Lei n. 4.717 de 29 de junho de 1965
LDC	Lei de Defesa da Concorrência – Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011
LEL	Lei da Empresa Limpa - Lei n. 12.846 de 1º de agosto de 2013

LIA	Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429 de 2 de junho de 1992
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942
LOTCU	Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – Lei n. 8.443 de 16 de julho de 1992
MC	Medida Cautelar
MPF	Ministério Público Federal
MS	Mandado de Segurança
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PAD	Processo Administrativo Disciplinar
PAR	Processo Administrativo de Responsabilização
PAS	Processo Administrativo Sancionador
Pet	Petição
ProAfR	Proposta de Afetação
Rcl	Reclamação
RDC	Regime Diferenciado de Contratação
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SCOTUS	*Supreme Court of the United States*
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TADE	Tribunal Administrativo de Defesa Econômica
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	13
1	**DEFESA DA PROBIDADE NO BRASIL**	17
1.1	**Escopo da pesquisa**	18
1.2	**Antecedentes à Constituição de 1988**	25
1.3	**A Constituição de 1988 e a probidade dos agentes públicos**	42
1.4	**Lei de Improbidade Administrativa e controle dos agentes públicos**	49
1.5	**Lei Anticorrupção e a responsabilização das pessoas jurídicas**	55
1.6	**Conclusão parcial: um sistema fragmentado**	61
2	**PANORAMA ATUAL DO CONTROLE DA PROBIDADE**	64
2.1	**Esferas de responsabilização**	65
2.2	**Instâncias de responsabilização**	73
2.3	**Racionalidades sancionatórias diversas**	82
2.4	**Conclusão parcial: um sistema autoexcludente**	91
3	**DISFUNÇÕES NO CONTROLE DA PROBIDADE**	92
3.1	**Cautelaridade no controle da probidade**	92
3.2	**Soluções consensuais que não solucionam**	111
3.3	**Proibição de contratar com o Poder Público**	122
3.4	**Conclusão parcial**	131
4	**POR UM EFETIVO SISTEMA DE DEFESA DA PROBIDADE**	133
4.1	**Premissas para um controle efetivo**	134
4.2	**Fundamentos jurídicos da pretensão punitiva**	145
4.3	**Reinterpretando o sistema de controle da probidade**	156
	CONCLUSÕES	171
	EPÍLOGO: A Lei n. 14.230/2021	177
	REFERÊNCIAS	190

INTRODUÇÃO

Enquanto os homens exercem
Seus podres poderes
Motos e fuscas avançam
Os sinais vermelhos
E perdem os verdes
Somos uns boçais

Caetano Veloso, 1984

A percepção de que o Brasil é um país assolado por uma corrupção generalizada leva ao sentimento desesperançoso de que não se pode esperar resultados positivos do Poder Público. Embora não se possa fundamentar o desalento em dados empíricos, o sentimento social tem justificado uma série de reações à corrupção ao longo da história brasileira. Nesse contexto, o resultado é um sistema punitivista, moralista e invariavelmente descoordenado.

A busca pela retidão na gestão da coisa pública tem sido, portanto, assunto recorrente nas produções legislativas, nos debates jurídicos e nos precedentes judiciais, marcados pelo moralismo de que a corrupção generalizada é o mal que atrasa o país. Assim, perde-se de vista outros interesses, direitos e garantias em nome de um suposto interesse da coletividade.

A presente pesquisa tem início na experiência pessoal do autor advogando na área de improbidade administrativa e anticorrupção empresarial. Ao se deparar com as incongruências do sistema de controle da probidade durante a atividade profissional e a necessidade de explicar as dificuldades por elas impostas àqueles que delas sofrem pessoalmente, surgiu a ideia de elaborar um trabalho que o próprio autor gostaria de ter lido quando do seu primeiro contato com a prática nessa área.

Nesse ponto é necessário, mais uma vez, agradecer aos professores Patrícia Baptista e José Vicente Mendonça pela generosidade de, na banca de qualificação, guiarem o trabalho para o escopo que possui na sua versão atual. Inicialmente, a pesquisa dedicava-se aos desafios enfrentados pelas pessoas jurídicas e a relação conflituosa entre a Lei Anticorrupção e demais dispositivos normativos do controle de probidade. Com a contribuição dos mencionados professores, o trabalho

orientou-se para um escopo mais amplo que visa analisar o sistema como um todo, aplicando-se a todos os seus destinatários.

A partir dessa nova perspectiva, a primeira preocupação foi a definição da extensão da pesquisa, o que se entende como (im)probidade, sua diferenciação da corrupção como fenômeno do Direito Penal e a circunscrição da pesquisa do Direito Administrativo Sancionador.

Também com o novo escopo, o trabalho debruçou-se com mais atenção aos desenvolvimentos históricos do controle de probidade no Brasil, analisando as previsões constitucionais e os desenvolvimentos legislativos desenvolvidos desde a década de 1950 ao regulamentarem a Constituição de 1946. A preocupação com a retidão – e a visão de que o problema é generalizado – é antiga.

A análise histórica buscou não se limitar ao texto da norma, mas também ao seu processo legislativo, as justificativas dos projetos e as discussões travadas nos seus processos de elaboração, a literatura contemporânea de sua vigência e outras fontes, apresentando ao leitor o moralismo que marca a temática e que, conforme é demonstrado ao longo da pesquisa, justifica parte considerável dos problemas enfrentados atualmente.

Com a Constituição Federal de 1988, expandiu-se consideravelmente a compreensão da necessidade de controle da retidão na gestão da coisa pública, elencando-se a moralidade como princípio da Administração Pública e a improbidade como ilícito a ser sancionado, não só com a perda de bens eventualmente adquiridos de maneira ilícita como já previsto, mas também de atos que, embora não importem em enriquecimento do agente público, causam dano ao Estado.

A nova regulamentação do dispositivo só viria a ser elaborada em 1992 após escândalos de corrupção no Governo Federal, mostrando o caráter reativo dos instrumentos de controle. Nessa mesma época são produzidas normas que buscam moralizar a Administração Pública sob outros enfoques, como a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e a Lei de Licitações, colaborando para a descoordenação, embora não se possa afirmar que seja fruto de um acidente, mas de um projeto reativo em que se aumentam os mecanismos na esperança de que assim aumentar-se-á a probabilidade da punição.

E o que se verifica na prática é uma verdadeira avalanche sobre os agentes públicos e os agentes privados que mantêm relações com a Administração. Os

supostos desvios podem ser punidos na seara criminal e administrativa, enquanto não afastam, por óbvio, a necessidade de ressarcimento integral de qualquer dano causado. A responsabilização acontece pela via administrativa ou judicial, dependendo da norma utilizada como fundamento, tendo como autoridade competente a própria pessoa jurídica lesada, o Ministério Público ou o Tribunal de Contas.

Não há dúvidas, portanto, de que a solução do legislador foi pulverizar o sistema para que as chances de alguma instância, sob algum fundamento e a partir de alguma instituição de controle funcione – o fato de que todas poderiam perseguir os mesmos fatos, com punições semelhantes à disposição e com comportamentos dissonantes não foi uma preocupação inicial.

O moralismo se manifesta também na aplicação prática de um sistema que já é confuso no seu desenho: a aplicação da cautelaridade pelos Tribunais se desconecta do texto normativo para adotar um posicionamento ainda mais moralista, baseado no duvidoso *in dubio pro societate,* o Ministério Público e os Tribunais de Contas buscam expandir suas competências determinadas nas normas a partir da teoria dos poderes implícitos, firmando acordos de leniência sem que tenham recebido da lei tal competência. Ainda, analisa-se a subsistência da sanção de proibição de contratar com o Poder Público e sua (in)congruência com os valores jurídicos privilegiados pela atual ordem constitucional.

Para analisar os problemas brevemente descritos, o trabalho se divide em quatro capítulos: (i) inicialmente, busca-se delimitar o escopo da pesquisa e realizar a análise histórica das normas que compõem o que se chamou de controle da probidade; (ii) em seguida, analisa-se a descoordenação do sistema, fazendo uma análise descritiva da incidência das diversas normas; (iii) o terceiro capítulo dedica-se à análise de problemas específicos que exemplificam as questões levantadas nos dois capítulos anteriores; (iv) por fim, o último capítulo tem um caráter propositivo, buscando na análise econômica e também jurídica os elementos para oferecer medidas que podem racionalizar o sistema de controle da probidade.

Ao final do trabalho, incluiu-se um epílogo sobre a Lei n. 14.230/2021 que realizou diversas alterações na Lei de Improbidade Administrativa. A adoção de um epílogo separado do corpo do trabalho justifica-se por duas razões: a nova lei, embora avance em diversos aspectos apontados como problemáticos ao longo do trabalho, não os soluciona de maneira inequívoca e definitiva e, além disso, foi

elaborada já na fase final da pesquisa, sendo recente para que os impactos da sua aplicação possam ser relatados de maneira confiável. Assim, apesar de ser mencionada na análise histórica e em outros pontos do corpo da pesquisa, a conclusão do trabalho se deu de maneira independente da referida norma.

Assim, a presente pesquisa tem como tema o controle da probidade no Brasil, focando seu objeto na disfuncionalidade originada do moralismo reativo subjacente à produção normativa que o organiza. Adota-se como moralismo a conduta dos atores institucionais envolvidos no combate à corrupção imbuídos de uma percepção casuística do fenômeno, motivados por eventos concretos da histórica ou da percepção de que o país é assolado por uma corrupção generalizado, o que justificaria – e justificou – a adoção de medidas sobrepostas e concorrentes na persecução dos comportamentos corruptos.

O problema em questão é que as disfuncionalidades resultantes desse sistema desorganizado criam valores dissonantes, pois, enquanto na ordem constitucional se busca preservar os direitos e garantias fundamentais, dentre eles os de caráter individual, no plano infraconstitucional se tem um sistema punitivo que se interpreta como um fim em si mesmo, hipótese que se confirma à toda evidência apresentada, já que salvo exceções recentes, o que se busca é a expansão da punição e não sua racionalização.

1 DEFESA DA PROBIDADE NO BRASIL

> A corrupção em numerosos e importantes setores governamentais do nosso país assumiu tal intensidade e extensão que, desgraçadamente, parece ter sido institucionalizada.
> A pertinácia com que a improbidade administrativa se exerce e a apatia da opinião pública em face dela retiraram tôda a acústica às vozes isoladas que a denunciam e condenam.
>
> *Francisco Bilac Moreira Pinto, 1960*

O presente capítulo é estruturado em dois blocos: primeiro, estabelecem-se as premissas que delimitam o objeto da pesquisa, com a compreensão do que é improbidade, sua relação com a corrupção e o direito administrativo sancionador; feitas as considerações iniciais, passa-se à análise histórica do objeto.

A análise histórica se divide da seguinte forma: (i) antecedentes à Constituição de 1988, começando pela previsão do perdimento e sequestro de bens na Constituição de 1946 e as leis que regulamentaram o dispositivo, abordando ainda o período do regime militar e as Constituições de 1967 e 1969, com os Atos Institucionais que permitiram a tomada de bens dos agentes públicos pelo Estado; (ii) após, aborda-se a Constituição de 1988, a previsão do princípio da moralidade administrativa e a figura da improbidade administrativa; (iii) em seguida, trata-se da lei de improbidade administrativa e outros diplomas normativos que buscaram combater a improbidade do agente público; e (iv) por fim, encerra-se o capítulo abordando a Lei Anticorrupção e a previsão normativa específica para sanção de pessoas jurídicas implicadas em atos que atentem contra o Poder Público.

Busca-se no presente capítulo, portanto, estabelecer premissas sobre o objeto da pesquisa e oferecer um panorama da trajetória histórica do combate, pela via administrativa, ao comportamento desviante dos agentes públicos.

1.1 Escopo da pesquisa

A primeira premissa a ser estabelecida é o que se compreende como probidade. Não se pretende aqui fazer um glossário ou uma definição etimológica, mas sim uma questão pragmática para continuidade do trabalho. Entende-se, para a finalidade do presente trabalho, a probidade como a conduta lícita, razoavelmente esperada do agente, em busca dos interesses legítimos para os quais está juridicamente obrigado a perseguir. Sua contraparte é a improbidade, isto é, a conduta ilícita, diversa daquela razoavelmente esperada e que privilegia interesses escusos ou, ao menos, não visa os interesses para os quais o agente estava juridicamente obrigado a perseguir.

A literatura – e a linguagem popular - trata tal comportamento indesejado como *corrupção*, embora, como será brevemente abordado, não corresponda ao conceito técnico-jurídico adotado no Brasil, isto é, os tipos penais de corrupção.[1]

A corrupção será tratada, quando não expressamente se referir aos tipos penais, como aquele comportamento em que o agente (público[2]), tendo recebido poderes para executar determinada ação em benefício próprio ou de outrem, em detrimento do interesse público.[3] Corrupção, nessa perspectiva mais ampla, é

---

[1] No Direito Penal, o Código Penal Brasileiro de 1940 decidiu por cindir o crime de corrupção em dois tipos penais distintos: corrupção passiva (art. 317) e corrupção ativa (art. 333). O primeiro se refere à conduta do agente público enquanto o segundo se refere à conduta do particular, ainda que ambos possuam uma conexão lógica. Tal conexão, entretanto, não é necessária para a configuração delitiva, na prática podendo ocorrer isoladamente cada crime.
Merece menção ainda o tipo penal da concussão, previsto no art. 316 do CP, em que tipifica a conduta de "Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida". A redação, como pode ser observado, é muito próxima daquela adotada pelo art. 317 para a corrupção passiva. Entretanto, a sutileza está na adoção do verbo exigir, enquanto a corrupção ocorrerá quando o agente público solicitar ou receber. Diferentemente da corrupção, em que há participação do particular representada pela dicotomia entre corrupção ativa e passiva, na concussão o particular é vítima da exigência, ainda que de maneira secundária

[2] A prática da corrupção pressupõe, ao menos, a existência, de um lado, de um agente público dotado de competência para produzir atos e decisões administrativas e, de outro, de agentes privados que têm seus interesses diretamente afetados pela manifestação da vontade administrativa. Atos de consentimento de polícia são produzidos (como, por intermédio da exploração de licenças e de autorizações); autos de infração são expedidos, materializando o exercício do poder extroverso; objetos contratuais são adjudicados a particulares que se sagram vencedores em procedimentos licitatórios. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O Direito Administrativo e a Corrupção. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; MORGAN, Fernanda. *Direito Administrativo e Corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 44.

[3] "Embora se trate de um fenômeno antigo e conhecido, estudar a corrupção se mostra uma tarefa tormentosa. Mesmo a definição do que exatamente seria corrupção já é, por si só, tema controvertido

improbidade, mas improbidade é mais do que corrupção, pois engloba, ainda, condutas que não dependem da obtenção de vantagens indevidas para o agente ímprobo ou terceiros (ou pelo menos da tentativa de obtê-las). O descaso consciente, o erro grosseiro, entre outras condutas que não poderiam ser classificadas como corrupção também fazem parte do conceito de improbidade.[4]

Tal conclusão não significa, entretanto, que o estudo da corrupção não seja relevante para o combate à improbidade, pelo contrário. A literatura a respeito do assunto será a base da análise e das propostas do presente trabalho.

Um sistema de controle da probidade é o conjunto de normas jurídicas que, ao dialogarem (ainda que com ruídos) estabelecem mecanismos de prevenção e repressão de condutas ímprobas.[5] O escopo do trabalho limita-se ao direito

---

na literatura. A Transparência Internacional, conceituada organização não governamental dedicada ao combate do problema em exame, a define como o "abuso do poder delegado para ganhos privados". O elemento central – "poder delegado" ou "poder confiado", tradução livre do original entrusted power – é suficientemente amplo para açambarcar qualquer ato, de natureza pública ou privada, que se espera que um terceiro desempenhe adequadamente a partir do poder que lhe é outorgado. Susan Rose-Ackerman, por sua vez, em conceito nitidamente permeado pelo pensamento econômico, afirma que a corrupção representa um uso ilícito da propensão dos particulares a pagar por dado benefício como um critério de tomada de decisão." CARVALHO, Victor Aguiar de. Corrupção e Análise Econômica: como o sistema de incentivos influencia o quadro de comportamentos ilícitos. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; MORGAN, Fernanda. *Direito Administrativo e Corrupção.* Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 90-91.

[4] "Temos afirmado constantemente que a improbidade administrativa se revela, do ponto de vista material, como sendo uma conduta desonesta e desleal.
Esses 2 (dois) elementos conformam a improbidade administrativa sob o ponto de vista subjetivo.
O significado de desonestidade deve ser entendido como uma conduta em sentido oposto a probidade, a decência, a moral e aos costumes. Trata-se de um ato violador dos padrões morais, daquilo que é aceitável pela sociedade do ponto de vista da condução dos negócios administrativos. A honestidade do agente público é medida segundo os princípios e regras da Administração Pública que são inclusive muito mais agressivas que as do setor privado. [...]
A desonestidade, no âmbito da Administração Pública, pode ser definida como a conduta que viola a boa-fé administrativa, ou seja, a conduta, assim compreendida uma ação ou omissão, que possa ser classificada como uma ofensa a probidade administrativa no sentido da má-fé. Já a má-fé que capitaneia a desonestidade é aquela conduta produzida com fraude ou dissimulação, impregnada de maldade no trato da coisa pública e, ainda, conscientemente praticada, pois a desonestidade é produto de um ato voluntário ou desejado." SIMÃO, Calil. A Desonestidade e a Deslealdade como Elementos Essenciais do Conceito de Improbidade Administrativa. In: AUFIERO, Aniello; LINS, James. *Do Combate à Improbidade Administrativa:* considerações sobre a Lei 8.429/92 e afins. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 39.

[5] "Nessa perspectiva, a lei em matéria de corrupção não pode, pois, limitar-se a estabelecer sanções a serem estritamente aplicadas, de modo automático e às cegas, pelas autoridades competentes caso constatada a configuração de prática ilícita. É necessário que ela contemple também competência às autoridades públicas que lhes permita, casuisticamente, decidir a respeito da própria aplicação da lei, da sua isenção à atenuação. Isso sempre com foco nos objetivos dos poderes públicos – afinal, está-se a falar do exercício de função administrativa. As competências atribuídas aos agentes públicos merecem ser exercitadas com vistas ao respectivo cumprimento mais eficiente – que atinja os objetivos públicos, se possível, com os menores custos." MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloísa Conrado. O Controle da Corrupção e a Administração Pública: o dever de negociar como regra. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; MORGAN, Fernanda. *Direito Administrativo e Corrupção.* Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 137.

administrativo sancionador, ainda que, como apontado, o Direito Penal tenha sua contribuição para a repressão de parte considerável dos ilícitos compreendidos no conceito de improbidade.

Não se pretende fazer incursões muito abrangentes sobre a diferença entre direito penal e direito administrativo sancionador. Discussão profícua na literatura, observa-se cada vez mais uma aproximação entre as duas esferas e a adoção de uma compreensão de que a questão é de grau e não de natureza. Direito penal e direito administrativo sancionador teriam objetivos similares[6], diferenciando-se nas sanções aplicáveis, com alguns autores apontando o grau de reprovabilidade para a adoção de um ou de outro.[7][8]

Sobre esse ponto, cabe uma discordância que se aprofundará com a análise histórica do presente capítulo: diferentemente do observado por alguns autores, o direito administrativo sancionador no caso da improbidade não trata de uma adoção de punições mais brandas em razão de menor grau de reprovabilidade da conduta

---

[6] "As diferenças existentes entre os ilícitos penal, administrativo e civil constituem manifestações de um mesmo conceito, que não é próprio desta ou daquela disciplina, antes compreende todos os tipos de ilícitos do ordenamento. Trata-se de conceito lógico-jurídico, de validez universal. O conceito de ilícito não decorre deste ou daquele ordenamento jurídico, não é conceito jurídico positivo; aplica-se a todos, independentemente do lugar e do tempo em que tiverem vigência." VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30.

[7] "De acordo com a tese diferenciadora, proposta inicialmente por James Goldschmidt, e aprofundada por Erick Wolf e Eberhard Schmidt, direito penal e direito administrativo sancionador possuiriam uma diferença essencial, ontológica, decorrente do fundamento das sanções das duas áreas. Segundo Goldschmidt, a desvaloração ético-social seria algo inerente ao direito penal, e as condutas tuteladas por essa área seriam mala in se, ou seja, reprováveis eticamente antes mesmo (e independentemente) de serem incluídas no rol de condutas puníveis. Esse desvalor ético seria intrínseco ao direito penal, e exclusivo dessa área, ao passo que as sanções administrativas seriam eticamente neutras, respondendo às demandas imediatas de regulação e ordenação por parte do Estado. As infrações administrativas, na interpretação de Goldschmidt, seriam metas contrariedades às ordenações do Estado, e não contariam com a identificação social de injusto." GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. A Corrupção e o Direito Administrativo Sancionador. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARGAZÃO JUNIOR, Laerte I. (coord.) *Direito Administrativo Sancionador.* São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 326.

[8] "De acordo com essa posição, ambos os ramos são protetores de bens jurídicos, em diferentes níveis de proteção, ambos estabelecem padrões de cuidado e conduta (mais reforçados no tocante ao direito penal), orientam a ação dos cidadãos, e exercem uma função preventivo geral, com a cominação abstrata de penas e multas. O argumento de peso dessa corrente, no entanto, é o peso da decisão legislativa no momento de criar novos tipos penais, e a existência de condutas que não contam com a reprovabilidade ético-social necessárias para diferenciá-las o suficiente de normas administrativas.
Quando voltamos a atenção para os tipos penais característicos da modernização do direito penal, especialmente aqueles de cunho econômico, ou normas penais em branco, de forte dependência de complementariedade pelo direito administrativo, é forçoso admitir que, de fato, o que diferencia esses tipos penais das previsões administrativas é uma mera decisão de conveniência do legislador, seja por razões de política criminal ou não." GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. A Corrupção e o Direito Administrativo Sancionador. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARGAZÃO JUNIOR, Laerte I. (coord.) *Direito Administrativo Sancionador.* São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 330.

(um movimento de descriminalização), mas sim de uma sobreposição ao direito penal, motivado pela compreensão da sua incapacidade de lidar adequadamente com as condutas indesejáveis. Assim, soma-se o direito administrativo sancionador ao direito penal na expectativa de que haja uma redução da impunidade.

Em síntese, a repressão à improbidade pelo direito administrativo sancionador busca somar esforços ao direito penal, não o substituir na compreensão de ter havido uma redução da reprovabilidade social e abandono, portanto, da *ultima ratio*.[9]*,* movimento que gerará diversas críticas, uma delas quanto à precariedade do direito administrativo para lidar com punições dessa magnitude. [10] [11]

Sendo o escopo do trabalho a sanção administrativa, algumas considerações merecem ser trabalhadas.

---

[9] "Contudo, a aproximação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo já se via presente muitos anos antes, e em diferentes abordagens. Primeiramente já se falava sobre a inteiração de um Direito Penal Administrativo, em especial no que dizia respeito a considerações relativas às punições como as contravenções penais. Há cerca de um século, James Goldschmidt já ponderava a esse respeito, mencionando que se poderia distinguir entre um Direito Penal Administrativo e um Direito Penal judicial visualizando-se uma diferença entre as normas. Assim, se poderia dizer que a sanção legal do jus puniendi da Administração não deveria ser encontrada no preceito legal administrativo, mas sim na autorização da Administração para aprovação de disposições legais. Sob essa percepção, o ordenamento penal administrativo se enunciaria simplesmente como uma forma de expressão do poder coativo da Administração, como era típico dos delitos de polícia. Ter-se-ia, pois, uma significativa aproximação entre Direito Penal e Direito Administrativo." SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. Direito Penal, Direito Administrativo Sancionador e a Questão do Ne Bis In Idem: O Parâmetro da Jurisprudência Internacional. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARGAZÃO JUNIOR, Laerte I. (coord.) *Direito Administrativo Sancionador.* São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 290-291.

[10] "Outros, até de maneira cínica, para garantir a aplicabilidade dessa Lei e de outras, que privilegiam o denominado Direito Administrativo Sancionador, chegam ao ponto de defender a fragmentariedade e a subsidiariedade do Direito Penal, conferindo um aspecto magno às suas posturas, ou seja, afasta-se a criminalização de condutas, pelo bem da sociedade, pois se trata da *ultima* ratio; em lugar disso, mais adequado punir com sanções administrativas. Ocorre que, ao defenderem o uso do Direito Penal como última instância, fazem questão de olvidar que o referido Direito Administrativo Sancionador cada vez mais alarga as suas sanções e ele mesmo não ocupa o seu devido lugar. Extravasa e avança para outros ramos do direito, como se fosse onipotente e o único preparado a dar conta dos ilícitos perturbadores da sociedade. Errados estão os que pensam trata-se tal ramo do direito de algo positivo, nos tempos atuais, pois ele já mostrou a que veio, bastando ver o conteúdo dessa Lei. Quer ocupar os lugares privilegiados da punição, sem permitir garantias mínimas, desenvolvidas ao longo de séculos pelas ciências criminais." NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção.* Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 87.

[11] "Ocorre que a expansão do direito administrativo sancionador positivo não foi acompanhada por um desenvolvimento de uma teoria geral desse fenômeno. Boa parte de nossa doutrina mencionava o tema como manifestação do denominado poder de polícia, mas sem aprofundamento sobre as características do ilícito administrativo, os limites do poder sancionatório estatal, natureza da sanção e as garantias processuais correspondentes." COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: A Necessidade de Desenvolvimento de uma política Sancionadora Integrada. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARGAZÃO JUNIOR, Laerte I. (coord.) *Direito Administrativo Sancionador.* São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 110.

Ao se aderir a alguma definição de sanção administrativa, por exemplo, não se ignora questões fundamentais subjacentes, como a razão de punir, a efetividade da punição ou sua eficiência.[12]

Feitos os esclarecimentos iniciais, a presente pesquisa adotará a conceituação de direito administrativo sancionador feita por Fábio Medina Osório, abaixo transcrita:

> Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.[13]

Do conceito, algumas características fundamentais devem ser destacadas: (i) a sanção administrativa configura um castigo; (ii) pode ser aplicada pela Administração Pública ou pelo Judiciário; (iii) aplica-se a pessoa física ou jurídica; e (iv) é consequência de uma conduta ilegal tipificada em norma proibitiva.

A primeira premissa fundamental, portanto, é de que a sanção é um castigo, uma punição – relembra-se do apontamento feito acima sobre o diferimento de discussões sobre a justificação e a procedimentalização. A ideia de que sanção configura castigo leva à consequência de que aquilo que não tem o objetivo de penalizar não está no âmbito do direito administrativo sancionador. É o caso do ressarcimento ao erário, inserido no âmbito da responsabilidade civil, que, conforme será analisado, não tem, como regra, o objetivo de sancionar o causador do dano, apenas o restabelecimento do *status quo ante*.

---

[12] "São raciocínios desse tipo, e.g., aqueles que enxergam a sanção administrativa como uma consequência necessária e automática do descumprimento de uma obrigação administrativa, ou que investigam se a punição é legítima tendo como parâmetro apenas a observância ou não de princípios e regras inerentes ao seu regime jurídico. Ambas as construções negligenciam preocupações anteriores e fundamentais. A sanção é apresentada como um dado; um instituto de certa forma "autorreferenciado", o que deixa em aberto perguntas como: no caso específico, ela era necessária? Sua aplicação foi uma resposta adequada e legítima da Administração Pública? A penalidade se apresentou como uma estratégia eficiente e racional para cumprir os propósitos a que direcionada? Aliás, que propósitos são esses?" VORONOFF, Alice. *Direito Administrativa Sancionador no Brasil:* Justificação, interpretação e Aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 55

[13] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 105.

A segunda característica é de fundamental importância para a presente pesquisa. A responsabilidade administrativa pode acontecer tanto pela via administrativa quanto pela via judicial. Portanto, não é a instância de responsabilização que definirá sua natureza.

É comum que determinados diplomas normativos limitem as sanções disponíveis a serem aplicadas pela via administrativa, reservando as sanções de mais graves à via judicial – como é o caso da Lei Anticorrupção. Há também as normas que aplicam sanções exclusivamente pela via judicial – como é o caso da Lei de Improbidade Administrativa. Outras normas são pensadas com o processo administrativo em destaque, mas dada a inafastabilidade da jurisdição e as competências do Ministério Público, coexistem as instâncias administrativa e judicial ou mesmo a competência dos Tribunais de Contas ao exercerem o controle externo. Daí surge uma das disfuncionalidades a serem analisadas pela presente pesquisa: a competência de diferentes autoridades por meio de diferentes instâncias resulta em diversos processos que nem sempre se comunicam.

A terceira característica é a aplicabilidade de sanções administrativas às pessoas jurídicas tanto quanto às pessoas físicas. Entretanto, o ponto que merece destaque é a existência de sistemas dedicados à responsabilização de pessoas físicas, cuja aplicabilidade às pessoas jurídicas é preocupação quase secundária; enquanto há sistemas dedicados à responsabilização de pessoas jurídicas, cuja aplicabilidade às pessoas físicas é secundária e muitas vezes confusa. Daqui surge outra disfuncionalidade analisada na pesquisa: sistemas dedicados a propósitos distintos, adotam racionalidades distintas, que gerarão resultados indesejados e indesejáveis quando aplicados concomitantemente.

Por fim, a quarta característica vai exigir a tipificação das condutas proibidas. Conforme será analisado, a tipificação para as sanções administrativas carece da mesma especificidade daquelas adotadas pelo direito penal. Adota-se no direito administrativo sancionador tipos mais abertos e, muitas vezes, previsões de aplicabilidade das sanções a descumprimento de princípios jurídicos, normas com alto grau de abstração.

O conceito de poder de polícia é, talvez, um dos conceitos de direito administrativo que mais evoluiu com o fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro e com a crescente valorização do Estado Democrático de Direito. Parte-se de um conceito extremamente estatista, calcado na

ideia da supremacia do interesse público, para um conceito de caráter instrumental na defesa dos direitos da coletividade, respeitados os direitos do particular.

A definição de Gustavo Binenbojm expressa essa visão: o poder de polícia é a conformação da liberdade e da propriedade realizada pelo Estado (ou por entes não estatais) tendo como objetivo o interesse da coletividade, fruto da deliberação democrática, respeitados os limites constitucionais. Para alcançar seu objetivo, forma-se um conjunto de regulações sobre a atividade privada, estimulando comportamentos desejáveis e desestimulando comportamentos indesejáveis. O uso da coerção, segundo o autor, é uma possibilidade, mas não uma característica intrínseca ao conceito de direito administrativo ordenador.[14]

Portanto, ainda que haja a sanção como parte do poder de polícia, isto é, a necessidade de prover ao Estado instrumentos capazes de impor o cumprimento da ordenação, a sanção é instrumental. Já o direito administrativo sancionador é centrado na imposição da sanção e seu regime jurídico existe para punir. [15]

Estabelecidas as premissas que permitem o recorte da presente pesquisa, passa-se à análise histórica dos instrumentos de controle da probidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro.

---

[14] "Com efeito, o poder de polícia apresenta-se na atualidade como uma ordenação social e econômica que tem por objetivo conformar a liberdade e a propriedade, por meio de prescrições ou induções, impostas pelo Estado ou por entes não estatais, destinadas a promover o desfrute dos direitos fundamentais e o alcance de outros objetivos de interesse da coletividade, definidos pela via da deliberação democrática, de acordo com as possibilidades e os limites estabelecidos na Constituição. Cuida-se, assim, de um conjunto de regulações sobre a atividade privada, desvinculadas ou complementares a relações especiais de sujeição (estatutárias ou contratuais), dotadas ou não de força coercitiva, conforme o caso, que erigem um sistema de incentivos voltados à promoção de comportamentos socialmente desejáveis e ao desestímulo de comportamentos indesejáveis, de acordo com os objetivos político-jurídicos predeterminados. Tem-se aqui o campo do chamado direito administrativo ordenador." BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador.* Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 71.

[15] "A sanção administrativa não resulta ligada a um genérico poder de polícia, embora possa, não raro, servir instrumentalmente à atividade administrativa no sentido de uma consecução de determinados objetivos públicos. Não se deve desprezar a íntima conexão do poder de polícia com as sanções administrativas, mas tampouco se pode conectá-los de forma a dissipar o conceito e a autonomia da atividade sancionadora, a qual está regida por princípios e regras específicos. É verdade, não obstante, que o poder sancionador derivou do poder de polícia, dele se tornando autônomo, para adquirir contornos jurídicos mais próximos ao Direito Penal. Hodiernamente, é o contrário que parece prevalecer, ou seja, o poder administrativo de polícia assume, não raramente, feições e funcionalidades ligadas instrumentalmente à proteção cautelar de direitos que, do ponto de vista processual, são resguardados por normas proibitivas e respectivas sanções, tudo no bojo do Direito Administrativo. Daí porque, se é certo desvincular, teoricamente, Direito Sancionador e poder de polícia, porquanto ambos possuem regimes jurídicos distintos, não menos certo será reconhecer o íntimo parentesco entre tais institutos, cujas conexões remontam às origens do Direito Punitivo e do Estado de Polícia, confluindo na constitucionalização dos direitos fundamentais e na expansão dos mecanismos estatais de proteção desses direitos." OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 106.

1.2 Antecedentes à Constituição de 1988

A literatura estabelece como marco normativo do controle da probidade dos servidores públicos a Constituição Federal de 1946 e as leis que a sucederam.[16] Até aquele momento da história nacional, não havia dispositivo, seja constitucional ou infraconstitucional, que se dedicasse ao controle da probidade na esfera administrativa, limitando o ordenamento a enquadrar as condutas que atentassem contra o patrimônio e o interesse públicos no âmbito do direito penal. O presente subcapítulo dedica-se à exploração histórica do percurso da responsabilização administrativa antecedente à Constituição Federal de 1988.

Tal afirmação, contudo, não contempla o fato de que as Constituições brasileiras anteriores previram, de alguma maneira, a responsabilidade dos agentes do Estado. A Constituição de 1824, em seu art. 179, XXIX[17], previu a responsabilidade dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício das funções e a Constituição de 1891 em seu art. 72, §9º[18], permitia a denúncia de abusos das autoridades para promoção da responsabilidade dos culpados. Não se ignora também o fato de que as Constituições republicanas sempre previram a improbidade como causa de responsabilidade política dos altos mandatários da República, mas não estenderam as consequências aos demais servidores públicos.[19]

---

[16] Ver, por exemplo, PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício dos cargos públicos.* Rio de Janeiro: Forense, 1960. Apesar de alguns episódios esporádicos de reação à corrupção governamental anteriores à Constituição de 1946, foi o novo texto constitucional que estabeleceu instrumentos para o controle (patrimonial) dos servidores públicos.

[17] Art. 179, XXIX: "Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos."

[18] § Art. 72, 9º: "É permittido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes publicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados."

[19] "O enfoque de todas as Constituições republicanas, desde 1891, salvo a de 1988, foi o da improbidade como fenômeno político-penal, sem destacar seu nomen iure como modalidade autônoma de ilícito, independentemente dos delitos de responsabilidade. Esse era o sentido terminológico que se emprestava à improbidade administrativa, tratada singularmente como improbidade, no âmbito constitucional precedente a 1988, mas somente em passant considerada também ilícito distinto do campo da responsabilidade política." OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 107.

Portanto, não se pretende afirmar que a Constituição de 1946 inova a partir de um vácuo absoluto. Não se trata de uma superação de um estado de completa irresponsabilidade para um cenário onde se torna possível a responsabilização. Entretanto, deve-se reconhecer que os dispositivos constitucionais acima mencionados não trazem consigo previsão de sanções no âmbito administrativo, como inaugurará a Constituição de 1946 com a perda de bens oriundos de enriquecimento ilícito, tampouco se nega a possibilidade já anterior de responsabilização na esfera penal por atos que atentem contra o patrimônio público.

Diferentemente da Constituição de 1988, que conta com um capítulo específico para a Administração Pública, no qual estabelece disposições gerais (arts. 37 e 38) e disposições específicas para os servidores públicos (arts. 39 a 41) e militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 42), a Constituição Federal de 1946 continha, já ao final, antecedendo somente suas disposições gerais, o Título VIII, *"Dos Funcionários Públicos".* Nele, limitava-se a prever questões como a estabilidade, acumulação de cargos, hipóteses de perda do cargo e aposentadoria, não tendo a mesma carga axiológica observada, por exemplo, no art. 37, *caput*, da Constituição atual, ou mesmo a riqueza da regulamentação de seus incisos e parágrafos.

Assim, coube ao capítulo dos direitos e garantias individuais, ao trazer as exceções aos direitos ali previstos, prever em seu art. 141, §31, a possibilidade da sanção de perdimento de bens, podendo ser precedida pelo sequestro dos mesmos:

> § 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica

A previsão constitucional para o sequestro e perdimento de bens não ficou imune às críticas. Veja-se, por exemplo, a irresignação de Pedro Calmon, catedrático da Faculdade Nacional de Direito:

> É lamentável que a obsoleta figura do sequestro, de tradições ominosas, voltasse ao harmonioso quadro dos direitos e garantias individuais. Aparece, porém, deslocado neste art. 141. Para todos os casos de peculato, abuso de confiança, crime de responsabilidade e atos ilícitos, há na lei ordinária pena adequada, diante a devolução ou a reposição dos valores de que se apropriaram. O sequestro como providência preventiva para

> assegurar o ressarcimento, e a perda dos bens desonestamente ganhos – compreendem medidas judiciárias determinadas em processo próprio. Porque doutro modo o §31, *in fine*, se chocaria com os parágrafos anteriores, que garantem a ampla defesa, a propriedade, a aplicação a todos os casos criminais da lei que os prevê. E para que haja processo próprio, basta revigorar a legislação existente. O que explica o inciso é a ênfase declaratória, de uma advertência formal aos concussionários, que pagarão com os valores do seu ilícito enriquecimento as fraudes cometidas. Lei anterior: Decreto-lei n. 3240, de 8 de maio de 1941, que "sujeita a seqüestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a Fazenda Público, e outros". O texto constitucional inovou, acrescentando: "em entidade autárquica".[20]

Há alguns pontos da crítica que merecem ser destacados. Primeiramente, a ideia implícita de que, havendo norma infraconstitucional que resolva a questão, seria desnecessário que o texto constitucional trouxesse a exceção aos direitos garantidos por ela própria. Percebe-se ainda que o foco da crítica se destina às hipóteses de cometimento de crime, não referenciando o fato de que o dispositivo em nenhum momento restringe sua aplicabilidade à seara penal.[21] E por fim, reconhece o valor simbólico do dispositivo ao afirmar que serviria de "advertência formal aos concussionários".

Do trecho destacado, observa-se que a Constituição de 1946 não inova por completo em relação ao sequestro de bens dos servidores, dada a existência do Decreto-Lei n. 3.240/1941 quando da sua elaboração. Contudo, o referido decreto-lei prevê a possibilidade exclusivamente para os casos de crimes que resultem em prejuízo para a fazenda pública ou para pessoa indiciada por crime definido no Livro II, Títulos V, VI e VII da Consolidação das Leis Penais[22], isto é, crimes contra a boa

---

[20]CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro.* 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1951, p. 284

[21] Veja-se, por exemplo, as considerações de Francisco Bilac Moreira Pinto sobre o dispositivo: "A sanção estabelecida na segunda parte do §31 do art. 141 da Constituição Federal é, a nosso ver, modalidade nova que não se ajusta perfeitamente a nenhuma das três espécies acima citadas. Não é sanção penal, porque sua aplicação não está condicionada à prática de qualquer crime ou contravenção.
Essa ausência de vínculo entre este tipo de sanção e a norma penal cria a impossibilidade lógica de sua conceituação como sanção penal." PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Público.* Rio de Janeiro: Forense, 1959, pp. 107-108.

[22] Trata-se da legislação penal antecedente ao Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Embora o Decreto-Lei n. 3.240/41 seja posterior à edição do Código Penal, seu art. 10 previa aplicabilidade imediata aos processos criminais já iniciados na data da sua publicação (art. 10), enquanto o Código Penal continha em seu art. 361 vactio legis até 1º de janeiro de 1942. Por tal razão, o Decreto-Lei n. 3.240/41 fez referência à Consolidação das Leis Penais, instituída pelo Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932, que adotava o trabalho do Sr. Desembargador Vicente Piragibe, publicado sob o título "Código Penal Brasileiro [Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890] completado com as leis modificadoras em vigor" (art. 1º).

ordem e administração pública, crimes contra a fé pública e crimes contra a fazenda pública.[23]

Seu art. 2º prevê que o sequestro será decretado pela autoridade judiciária, sem audiência da parte, a requerimento do Ministério Público, mesmo antes da existência da ação penal pelos crimes mencionados no art. 1º (art. 2º, §1º). A decisão judicial dependeria da existência de indícios veementes da responsabilidade, "os quais serão comunicados ao juiz em segredo, por escrito ou por declarações orais reduzidas a termo, e com indicação dos bens que devem ser objeto da medida" (art. 3º).

A natureza criminal do instituto, entretanto, não impediu que houvesse previsão resguardando a possibilidade de ressarcimento pela via cível.[24] Contudo, seu objetivo é o de servir como medida assecuratória de eventual sentença penal condenatória. Portanto, há mérito na previsão constitucional do art. 141, §31, da Constituição Federal de 1946 ao não restringir a figura do sequestro somente aos processos criminais, fato que pode ser depreendido das leis que buscaram regulamentar o dispositivo constitucional em questão.

A Lei n. 3.164/1956 (Lei Pitombo-Godói Ilha), referenciando expressamente o art. 141, §31, da Constituição de 1946, criava a ficha de declaração de bens do servidor público. Fruto do Projeto de Lei 670, de 19 de junho de 1951, apresentado pelo Deputado Ari Pitombo (PST-AL).

A exposição de motivos do projeto é marcada pelo tom moralista e a visão negativa da situação nacional, embora se faça um aceno aos agentes públicos honestos:

> Trata-se, sem dúvida alguma, de um dispositivo altamente moralizador e que, até hoje, não foi regularizado. Mister se torna a sua regularização a fim de que ela possa produzir os efeitos necessários uma vez que o ambiente moral a respeito exige infelizmente, por parte do Poder Público, a maior energia.
> Reconheço que o projeto poderá ferir susceptibilidades, já que, encarado de maneira geral, atingira também os que, na maioria, desempenham a função pública com zêlo, probidade, honestidade e dando a ela o maior dos seus esforços. Mas, êsses, côncios da sua missão, também se sentirão

[23] "Art. 1º Ficam sujeitos a sequestro os bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a fazenda pública, ou por crime definido no Livro II, Títulos V, VI e VII da Consolidação das Leis Penais desde que dele resulte locupletamento ilícito para o indiciado."
[24] "Art. 7º A cessação do sequestro, ou da hipoteca, não exclue: 2) o direito, para a fazenda pública, de pleitear a reparação do dano de acordo com a lei civil."

> satisfeitos, pois o projeto em questão, virá separar o jôio do trigo. Virá apontar os desonestos aqueles que procuram o enriquecimento ilícito por influência ou com abuso do cargo, deixando mal a reputação de tôda uma classe.
> Infelizmente, o Brasil atravessa uma fase de desconfiança quanto à moralidade em muitos setores da administração pública. Muitos são os que traindo a confiança que lhes foi depositada, fazem do cargo uma fonte de renda ilícita e se transformam do dia para e noite em verdadeiros nababos, compretendo o bom nome da administração e colocando mal os que a ela prestam serviços honestamente.

Originalmente, o projeto previa a obrigatoriedade do preenchimento da ficha de declaração (art. 1º) por *"todo aquele que receber como servidor da Nação, dinheiro dos cofres públicos"* (art. 2º). A falsa declaração seria punida com a demissão do serviço público. O art. 4º assim definia a hipótese de sequestro dos bens:

> Art. 4º. O servidor público, constatada a deshonestidade funcional terá os de origem duvidosa, constantes da ficha financeira, sequestrados.
> Parágrafo único. Verificar-se-á o perdimento dos bens, uma vez comprovada a sua aquisição por influência ou com abuso do cargo ou função ocupados pelo servidor.

Durante o processo legislativo na Câmara dos Deputados, o relator Deputado Godói Ilha apresentou seu Parecer à Comissão de Constituição e Justiça, reforçando o discurso moralista e propondo diversas emendas ao projeto original:

> 2. O projeto tem um alto cunho moralizador e decorre mesmo de um dispositivo constitucional ainda não regulamentado (art. 141, §31). Como assinala Temístocles Cavalcante a disposição constitucional deixou caminho aberto a [ilegível] ordinária para uma severa repressão a desonestidade administrativa a advocacia equívoca, ao tráfico de influência e a todo o enriquecimento ilegítimo por influência ou abuso da função pública. Já se estão tornando escandalosos esses processos de corrupção que minam o organismo nacional e avultam o prestígio da administração e da própria autoridade.
> 3. A Constituição do Rio Grande do Sul votada em 1947 dispõe que "o Estado e os Municípios providenciarão para que todos quantos exerçam cargos ou funções públicas eletivas ou não dêem a registro no órgão indicado em lei os valores e bens pertencentes ao seu patrimônio privado e, mais que a lei estabelecerá a obrigatoriedade do registro prévio como condição indispensável a posse, bem como o dever de atualizar as declarações sempre que forem adquiridos novos bens e antes do afastamento do cargo ou da função.
> Ainda recentemente divulgou a imprensa a representação feita ao Congresso Americano pelo Presidente Truman, encarecendo a necessidade e a conveniência de uma providência legislativa no sentido de tornar obrigatório para todos os funcionários altamente remunerados, inclusive congressistas, juízes e altos funcionários dos principais partdios (sic) políticos – fazerem anualmente declaração pública de bens, haveres e rendimentos estranhos aos proventos da função.

Vale aqui o destaque para as normas estaduais que antecederam o projeto. A mencionada Constituição do Rio Grande do Sul de 1947 previa em seu art. 240 a necessidade de declaração de bens para todos que exercessem cargos ou funções públicas, sendo o preenchimento da mesma condição para a posse.[25]

O Estado de São Paulo também previu, ainda em 1948, a necessidade de preenchimento da declaração de bens pelo servidor. Trata-se do art. 40 da Lei Estadual n. 185, de 13 de novembro de 1948[26], regulamentada pelo Decreto n. 18.441, de 31 de dezembro de 1948.

Quanto à relação entre as figuras do sequestro e do perdimento de bens com o direito penal, havia confusão ainda durante o processo legislativo, apesar de não haver no dispositivo constitucional menção à natureza penal das medidas. Outra confusão que pode ser observada é quanto à relação entre as medidas mencionadas e a responsabilidade civil. Veja-se trecho do parecer apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em que ambos os pontos são destacados:

> 5. O projeto tem por escopo evidentemente complementar o preceito do §31 do art. 141 da Carta Constitucional em virtude do qual "a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento dos bens, no caso de enriquecimento ilícito por influência ou com abuso do cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica". Não se trata aí da pena de confisco prescrita da nossa legislação, a apropriação dos bens particulares pelo Estado sem qualquer indenização. O sequestro dos bens do criminoso é medida acauteladora para eficácia da sentença condenatória, que impõe o amplo ressarcimento do dano causado pelo dito. No caso o sequestro é medida preventiva preliminar a decretação da perda dos bens havidos de modo ilícito por influência ou abuso do cargo ou função.
> 6. O problema, entretanto, oferece dificuldades quase invencíveis para cuja solução exoramos os suplementos e as luzes da douta Comissão. O enriquecimento ilícito a que alude o texto constitucional estará subordinado ao conceito do ilícito penal, e a perda dos bens só poderá decorrer da

[25] "Art. 240 - O Estado e os Municípios providenciarão para que todos quantos exerçam cargos ou funções públicas, eletivas ou não, deem a registro, no órgão indicado em lei, os valores e bens pertencentes ao seu patrimônio privado.
§ 1. ° - A lei estabelecerá a obrigatoriedade do registro prévio como condição indispensável à posse, bem como o dever de atualizar as declarações sempre que forem adquiridos novos bens e antes do afastamento do cargo ou da função.
§ 2 ° - Ficam excluídos dessa exigência os funcionários que não exerçam função de direção, nem sejam responsáveis pela arrecadação ou conservação de dinheiros ou valores públicos, especificados em lei."

[26] "Art. 40. Todo servidor que exercer funções fiscalizadoras de arrecadação de rendas públicas; e obrigado a fazer, na forma que o regulamento determinar, declaração de bens, que compreenderá os existentes em seu nome e nos da mulher, filhos e outras pessoas que vivam de sua dependência."

> condenação criminal? São questões a desafiar a argucia dos mais entendidos.
> 7. O Código Penal capitula no Cap. I do Título XI os crimes contra a Administração Pública, como tais considerados não só os de malversação dos dinheiros públicos (peculato, excesso de exação, emprego irregular de verbas ou rendas públicas) como os de improbidade funcional seja pela concussão pela corrução passiva, pela facilitação de contrabando pela advocacia administrativa e outras modalidades de prevaricação. E, como efeito da condenação criminal comina o nosso estatuto penal a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terreiro (sic) de boa-fé do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do ato criminoso.
> 8. O decreto-lei n. 3.240 de 8-5-41, dispõe ficarem sujeitos a sequestro os bens de pessoa indicada por crimes de que resulte prejuízo para a fazenda pública e por crimes contra a boa ordem e administração pública e contra a fé pública. Dispõe ainda [ilegível] responsáveis pela arrecadação ou conservação de dinheiros ou valores públicos (§2º do artigo 240). Talvez a exclusão não se justifique, mas deve ser considerada.
> 9. Temos aí um exemplo de que mesmo na ausência de uma sentença condenatória criminal pode se dar a perda dos bens ilegitimamente adquiridos como [ilegível] funcionário demandado na instância civil para reparação do dano atendendo-se ao princípio da lei civil de que a responsabilidade civil pelo ato ilícito é independente da criminal.

Ambas as confusões seriam dirimidas com o amadurecimento dos institutos após a aprovação da lei e a complementação dos institutos com a aprovação da Lei n. 3.520/1958.

A redação efetivamente aprovada trouxe diversas considerações relevantes que não constavam do projeto original, como a competência do juízo civil, a iniciativa do Ministério Público ou de qualquer pessoa do povo, a independência entre a ação penal e o perdimento de bens[27], bem como outras considerações específicas sobre a declaração de bens prevista no projeto original.

Não se pode ignorar, entretanto, que a lei aprovada possuía lacunas significativas. Apesar de viabilizar o acompanhamento da evolução patrimonial do servidor público, subsidiando eventuais processos de sequestro de bens, a norma não se aprofundou na conceituação de enriquecimento ilícito.[28]

---

27 “Art. 2º A extinção da ação penal ou a absolvição do réu incurso nos crimes capitulados no Título XI da Parte Especial do Código Penal ou em outros crimes funcionais, de que resulte locupletamento ilícito, não excluirá a incorporação à Fazenda Pública dos bens de aquisição ilegítima, ressalvado o direito de terceiros de boa fé.”

28 Até mesmo para o sequestro e perdimento de bens, a lei pouco serviu sem decreto que a regulamentasse, como pode se observar das críticas feitas por Francisco Bilac Moreira Pinto: “A Lei Pitombo-Godói Ilha, que tomou o n.º 3.164, de 1º de junho de 1957, apesar de ter sido sancionada há mais de dois anos, ainda não foi regulamentada pelo Poder Executivo.
Somente em razão dessa injustificável omissão é que o sistema de declaração de bens dos servidores públicos da União e das entidades autárquicas ainda não vem sendo executado.
Agora que está em pleno vigor a Lei Bilac Pinto, que estabelece o processo para o seqüestro e a decretação da perda dos bens e valores resultantes do enriquecimento ilícito por influência ou abuso

A referida lacuna seria então solucionada pelo Projeto de Lei n. 505, de 4 de agosto de 1955, apresentado pelo Deputado Bilac Pinto (UDN-MG) que também buscava regulamentar a parte final do inciso 31 do artigo 141 da Constituição de 1946. Posteriormente o projeto foi aprovado como a Lei n. 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto).

Durante seu processo legislativo, destaca-se o parecer do relator, Deputado Nestor Duarte, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados:

> Sem precedentes legislativos, entre nós, a não ser os que constem das normas do Código Penal, o autor do projeto e da emenda substitutiva oferece, apesar disso, diploma legislativo cabal no definir o enriquecimento ilícito, no indicar as pessoas que possam nele incorrer e os bens e valores que constituam seu objeto. Regula o processo de sequestro, como medida preliminar e assecuratória, e o processo da perda dos bens e valores que segue aquele, guardados, num e noutro caso, o rito e as regras do art. 685 e dos arts. 291 e 297 do Código de Processo Civil. Ao pedido do perdimento de bens e valores se acumula o de pleitear o ressarcimento, como é justo, das perdas e danos que haja sofrido as entidades, cujo patrimônio valha o resguardo da lei, art. 5º da Emenda Substitutiva.
>
> No art. 4º do Substitutivo que vimos adotando para nosso exame e parecer, estabelece que o enriquecimento ilícito sujeitará também os responsáveis à pena de reclusão de um a oito anos quando resultar de tolerância ou autorização ou ordem verbal, escrita ou tácita para exploração de jogos de azar ou de lenocínio; de declaração falsa em medição de serviços e obras públicas; ou declaração falsa sobre quantidade, peso, qualidade ou características de mercadores ou bem entregue a serviço público, autarquia e etc.
>
> Surge aqui a nossa principal objeção ao projeto. A nosso vêr, todo enriquecimento ilícito, nos termos de definição e classificação do projeto, cai francamente no terreno do ilícito penal e, assim, não nos parece razoável que só as hipóteses acima enumeradas, algumas até das menos carregadas desse ilícito, abram ensejo para o procedimento criminal e a imposição da pena. Julgamos que o art. 4º deve passar à condição de parágrafo para ser dominado por uma regra geral que determine que o enriquecimento ilícito equipara-se aos crimes contra a administração e o patrimônio público, sujeitando os responsáveis ao processo criminal e a imposição de pena, na forma das leis penais em vigor.

A Lei Bilac Pinto teve dois méritos em relação à Lei Pitombo-Godói Ilha. Primeiro, trouxe em seu art. 2º as hipóteses de enriquecimento ilícito. E, ainda, trouxe sistemática processual, tal como o fez o Decreto-Lei n. 3.240/1941 para a seara penal. Em termos processuais, repetiu-se a fórmula de cautelaridade do

---

do cargo ou função no serviço público [...] não pode o Govêrno Federal procrastinar mais a decretação dos regulamentos complementares do art. 3º da Lei [...]" PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos.* Rio de Janeiro: Forense, 1959, pp. 123-124.

sequestro, devendo ser proposta a ação principal no prazo de trinta dias após sua efetivação (art. 5º, §4º).

Por conveniência processual, admitia-se ainda que na ação principal pudesse ser pedido, cumulativamente, o ressarcimento integral de perdas e danos sofridos (art. 5º, §5º). É esse dispositivo que deixa cristalina a intenção do legislador em diferenciar a sanção de perdimento de bens (precedida pelo sequestro) e a responsabilidade civil:

> O legislador ao autorizar a cumulação do pedido de decretação da perda do enriquecimento ilícito com o da indenização das perdas e danos, teve em vista que o suporte fático dos dois pedidos é o mesmo.
> A ação ou omissão do servidor público ou do dirigente ou empregado da entidade pública ou privada, que dá causa ao enriquecimento ilícito, é a mesma que acarreta perdas e danos para a pessoa jurídica autora ou litisconsorte.
> O fato gerador é único, embora a causa de pedir e a decretação da perda do enriquecimento ilícito seja uma e a da condenação ao pagamento das perdas e danos seja outra. Na primeira hipótese é a ilicitude do enriquecimento que constitui a causa de pedir seu perdimento em favor da pessoa jurídica interessada; na segunda são as perdas e danos causados à pessoa jurídica autora ou litisconsorte, pela ação ou omissão que tenha propiciado a obtenção de enriquecimento ilícito por parte de seu servidor, dirigente ou empregado.
> A distinção entre as duas causas de pedir, irradiadas do mesmo fato, concorre para a fiel interpretação do §5.º do art. 5.º.
> Nem sempre, porém, ocorrerá simultaneamente com o enriquecimento ilícito, perdas e danos.
> Hipóteses haverá e muitas em que a causa de pedir será apenas uma: a da decretação da perda do enriquecimento ilícito.[29]

Outro ponto relevante da lei era a redação do art. 5º, §2º, que previa a possibilidade de ação popular quando esgotado o prazo dado às pessoas jurídicas da Administração Pública. O dispositivo, entretanto, foi vetado.[30] [31]

---

[29] PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos***.** Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 257-258.

[30] "Não se aconselha a fixação do prazo previsto no §1.º do art. 5.º do projeto, para que a pessoa jurídica ingresse em juízo. A prevalecer aquela fixação – período de 90 dias – poderia parecer que, findo esse prazo, ocorreria a perempção. Ora, não deve haver dúvida quanto à possibilidade de tal procedimento em qualquer tempo, dentro do lapso de 90 dias, ou, se for o caso, e as circunstâncias o exigirem, mesmo desse trimestre. Pode acontecer que se tornem necessárias diligências demoradas, que somente seriam ultimadas em meses. Assim, o veto vem tornar viável a medida em questão, logo esteja a pessoa jurídica apta a tomar as providências mencionadas, sem que se ponha dúvida quanto a qualquer possível perempção da ação."

[31] Francisco Bilac Moreira Pinto menciona artigo publicado na edição 5 de agosto de 1959 no jornal O Correio da Manhã intitulado "Medo da Ação Popular", em que se dizia: "Em nossas edições de domingo e de ontem, revelamos o que então ocorreu nos altos conselhos presidenciais. Tiveram eles a impressão de que a lei, que é de caráter geral e impessoal como toda lei, tinha o desígnio de colher em suas malhas o atual Presidente da República que agora se quer resguardar com a emenda dos conselheiros. Movido pela força do pânico, o Sr. Juscelino quis vetar totalmente a lei. Sua assessoria

Não se tratava exatamente de uma novidade da lei, pois o mesmo art. 141 da Constituição Federal de 1946 que previa o sequestro e o perdimento de bens, também previa em seu parágrafo 38 a possibilidade da legitimidade do cidadão para pleitear a anulação ou a declaração e nulidade de atos lesivos ao patrimônio público[32], embora não se trate exatamente do mesmo objeto previsto na Lei Bilac Pinto.[33]

Outro ponto de destaque para a responsabilização administrativa se deu com o Projeto de Lei 952, 17 de janeiro de 1956, também de autoria do Deputado Bilac Pinto (UDN-MG), posteriormente promulgado como Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965, previu a responsabilidade administrativa, civil e penal nos casos de abuso de autoridade. Apesar da previsão da responsabilização nas três esferas, a justificação do projeto deixa claro a predominância da sanção penal:

> Dos três tipos de responsabilidade que está sujeito o servidor público – a administrativa, a civil e a penal – a última é a que constitui o instrumento amis eficaz para prevenir os abusos de autoridade, dados o valor intimidativo da pena, o aparato e a publicidade do julgamento penal. Nos casos em que o abuso de autoridade se consuma é também a sanção penal que se revela mais adequada aos fins visados pela Constituição, por ser a que contém mais denso conteúdo punitivo.
> Essas as razões que nos levaram a conceituar como crime o abuso de autoridade e a estabelecer um processo oral e expedito para o seu julgamento.[34]

---

técnica mostrou-lhe esta impossibilidade – a lei era ato complementar da Constituição, nela não se continham dispositivos inconstitucionais ou contrários ao interesse nacional. Foi, então, que surgiu a ideia do veto parcial retirando da lei o que parecia constituir a mais séria ameaça ao Sr. Juscelino: a ação popular." PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Público.* Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 206-207.

[32] "§38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista."

[33] "Como se percebe pelo cotejo entre o texto do §2.º do art. 5.º da Lei n. 3.502, de 21 de dezembro de 1958, e o do art. 141, §38, da Constituição Federal, as duas modalidades de ação popular se distinguem quanto ao seu objeto.
A primeira visa a coibir o enriquecimento ilícito dos servidores públicos (art. 1.º, §1.º) e dos dirigentes e empregados das autarquias e dos que lhes são equiparadas (artigo 1.º, §.2º), mediante a ação cautelar de sequestro e a ação constitutiva ou condenatória, conforme o caso, para a decretação da perda dos bens ou valores correspondentes àquele locupletamento ilegítimo, em favor da pessoa de direito público ou privado de que o réu seja servidor, dirigente ou empregado.
A segunda tem por fim a anulação ou a decretação de nulidade dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das autarquias e das sociedades de economia mista." PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos.* Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 196-197.

[34] BRASIL. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Suplemento. 17 de janeiro de 1956, p. 4.

O parecer apresentado pelo Deputado Adauto Cardoso à Comissão de Constituição e Justiça reforça o discurso moralista que marca a edição das leis de controle da probidade:

> E finalmente institui, na apuração da responsabilidade administrativa, civil ou penal pelo abuso de autoridade, um sumário sistema de oralidade que, sem comprometer os interesses legítimos da acusação e da defesa, impede a procrastinação dos julgamentos e a efetividade da punição dos desmandos da violência e do arbítrio, tão comuns no Brasil.
> Considero o projeto rigorosamente conformado à Constituição e ao direito positivo vigente. Sua transformação em lei valerá por uma conquista de extraordinária importância na evolução de uma sociedade política como a nossa na qual até hoje, para milhões de criaturas, os direitos e garantias individuais tem tido existência puramente nominal.

A referida predominância fez com que o rol de sanções administrativas de seu art. 6º, §1º[35], seja quase uma reprodução literal das penalidades contidas no art. 201 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952, vigente à época da sua edição.[36] Assim, as sanções administrativas impostas pela lei equivalem à atuação disciplinar da Administração Pública.[37]

A lei coexistiu com os Estatutos dos servidores públicos federais até a edição da Lei n. 13.869/2019, que passou a tratar exclusivamente do caráter penal do abuso de autoridade, quando a sanção administrativa (disciplinar) passou a depender exclusivamente do regime estatutário para sua aplicação.

---

[35] "Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal. § 1º A sanção administrativa será aplicada de acordo com a gravidade do abuso cometido e consistirá em: a) advertência; b) repreensão; c) suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens; d) destituição de função; e) demissão; f) demissão, a bem do serviço público."

[36] "Art. 201. São penas disciplinares. I – repreensão; II – multa; III – suspensão; IV – destituição de função; V – demissão; VI – cassação de aposentadoria ou disponibilidade."

[37] "Como é sabido, os servidores públicos, no exercício de suas funções podem cometer infrações administrativas, civis e penais.
As primeiras resultam da infringência de alguma norma funcional e interessam, apenas, aos limites internos da Administração. Trata-se de ilícito administrativo que pode gerar punição disciplinar pela autoridade competente.
A sanção civil será estabelecida como forma de ressarcimento do dano por ele provocado, no caso, com o seu proceder abusivo. E a sanção penal resultará da infringência de uma das figuras elencadas nos arts. 3.º e 4.º da lei em estudo, sendo aplicada de conformidade com as regras do [Código Penal]." FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Lei n. 4.898 de 9.12.65*, Notas de legislação, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 88-89.
Portanto, todo aquele que, no exercício de uma função pública ou a pretexto de exercê-la, incidir numa das figuras previstas nos citados arts. 3.º e 4.º, estará sujeito à sanção administrativa, civil e penal."

Outro ponto que chama atenção na lei era a redação de seu art. 10: “As ações civis e penais serão autônomas, não havendo nenhuma influência de um julgado sobre o outro.”, o que contrariava a comunicabilidade entre esferas de responsabilização já prevista no Código Civil e no Código de Processo Penal. Ao simplificar o processo penal para os crimes de abuso de autoridade[38], quis o legislador resguardar a possibilidade de responsabilização no juízo cível, para o qual a lei não trazia alterações. Contudo, o dispositivo foi vetado pelo Presidente da República.[39]

A regulamentação da legitimidade ativa de qualquer cidadão para requerer a anulação ou declaração de nulidade por atos lesivos ao patrimônio público (art. 141, §38 da Constituição Federal de 1946 e anteriormente previsto no art. 113, n. 38 da Constituição de 1934[40]) só viria a acontecer com a apresentação do Projeto de Lei n. 2.725, de 21 de abril de 1965, de autoria do Poder Executivo, que em sua exposição de motivos número 211-B-65, elaborada pelo Ministério da Justiça e Negócios Interiores apontava a importância política do instituto:

> Excelentíssimo Senhor Presidente da República.
> Desde os primeiros dias de seu governo, anunciou Vossa Excelência, entre as iniciativas de reforma legislativa que pretendia tomar, a da ação popular.
> 2. Trata-se de instituto previsto na Constituição, artigo 141, §38: [...]
> 3. Acena-se, assim, na lei magna, para o espírito público e a vigilância dos cidadãos em geral, a fim de estarem presentes no andamento dos negócios

---

[38] O objetivo de simplificar o processo penal para os crimes de abuso de autoridade é expressamente referido quando do parecer do relator Deputado Adauto Lúcio Cardoso ao substitutivo apresentado pelo Deputado Martins Rodrigues ao projeto: “O nosso atual sistema penal se caracteriza pela cominação de sanções relativamente severas e por um procedimento demorado, em que há sempre duas fases probatórias: a policial e a judicial.
Os inconvenientes desse regime penal e processual para as infrações cujas sanções não ultrapassem de um ano são manifestos, pois quase todos os processos a ela relativos terminam, depois de andamento sempre lento e sujeito às procrastinações ensejadas pelo processo comum, pela porta larga da prescrição, que ocorre em dois anos.
O Projeto nº 952/56 procurando corrigir essa anomalia adotou o critério de fixas penas suavíssimas, cuja aplicação poderá ser feita autônoma ou cumulativamente. [...]
Para que as suaves sanções previstas no Projeto possam ser efetivamente aplicadas foi adotado um sistema oral e concentrado de julgamento que possibilita a rápida decisão da ação penal; impede a irracional repetição da prova na polícia ou em juízo e obriga o juiz a proferir sua sentença na própria audiência de instrução e julgamento.”

[39] Mensagem nº 642, de 1965 (Nº 1.082, na origem) “Com a redação do art. 10 do projeto fazendo exceção injustificada, o crime de abuso de autoridade seria disciplinado diferentemente dos demais crimes, quanto à responsabilidade civil.
Nenhum motivo justifica que um único crime tenha tratamento especial, quanto à ação civil dele decorrente, sendo curial que a todos se apliquem as regras gerais da responsabilidade, cuja modificação não foi objeto do projeto.”

[40] Art. 113, n. 38: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.”

> públicos e contribuírem com sua iniciativa para o bom andamento dos assuntos administrativos.

Trata-se da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular. O instrumento processual de tutela dos interesses difusos tem como objetivo a desconstituição de atos atentatórios ao patrimônio público (entendido em acepção ampla, englobando os *"bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico"* – art. 1º, §1º da Lei).

Não se trata, portanto, de lei cujo objetivo seja a responsabilização administrativa dos agentes públicos, limitando-se a apontar o Ministério Público como responsável por promover a responsabilidade civil ou criminal dos que incidirem nos atos, embora seja possível vislumbrar que os atos descortinados no curso da ação sirvam como fundamento para eventual sanção disciplinar a ser aplicada pela própria Administração Pública, que a lei admite que atue ao lado do autor popular em defesa do interesse público.

Entretanto, a Constituição de 1988 ao disciplinar a ação popular sem seu art. 5º, LXXIII, alargou o cabimento da medida em comparação aos textos constitucionais anteriores, razão pela qual a ação popular passou a ser utilizada para viabilizar a legitimidade ativa de qualquer cidadão contra ato de improbidade administrativa. Tal ponto, entretanto, será explorado no capítulo dedicado à lei de improbidade.

Com a queda definitiva do regime constitucional de 1946, observa-se a adoção, pela Constituição de 1967, de redação semelhante à anterior. Diz a nova Constituição em seu art. 150, §11, em sua redação original:

> § 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.

Contudo, observa-se que a nova redação acrescentou o dano causado ao erário como causa de perdimento de bens, enquanto a Constituição anterior limitou-se ao enriquecimento ilícito. Posteriormente, a redação foi alterada pelo Ato Institucional 14, de 5 de setembro de 1969, que embora tivesse como objetivo o alargamento das penas prevista na primeira parte do dispositivo, acrescentou à

segunda parte a menção expressa ao exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta.[41]

Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, que provocou profundas mudanças no texto constitucional, reposicionou os direitos e garantias individuais anteriormente previstos no art. 150 para o art. 153. Seu parágrafo 11 repetiu a redação dada pelo já mencionado Ato Institucional 14.

Em relação às normas infraconstitucionais anteriores à Constituição de 1967, estas foram recepcionadas pelo novo ordenamento, havendo, inclusive, menção expressa à sua manutenção quando da edição de normas potencialmente conflitantes.[42]

O Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968 acirrava o autoritarismo do regime militar, concedendo, em seu art. 8º, poderes ao Presidente da República para "após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública". Tais atos de confisco não eram passíveis de revisão judicial em razão do disposto no art. 11 do Ato.[43]

Em 17 de dezembro de 1968, foi editado o Decreto-Lei n. 359 que criou a Comissão Geral de Investigação - CGI, ligada ao Ministério da Justiça, responsável pelas investigações sumárias que ensejariam os confiscos. A Comissão teve seu Regulamento aprovado pelo Decreto n. 64.203, de 17 de março de 1969. Em 3 de fevereiro de 1969, foi editado o Decreto-Lei n. 446, que alterou disposições do Decreto-Lei n. 359/1968.

As investigações sumárias poderiam ser instauradas por iniciativa do Presidente da República, da própria Comissão, solicitação de Ministros de Estado, Chefes dos Gabinetes Militar ou Civil ou do Serviço Nacional de Informações, Governadores, Prefeitos, dirigentes de autarquias ou empresas estatais, podendo

---

[41] Após a edição do Ato Institucional n. 14, de 5 de setembro de 1969, o art. 150, §11 passou a ter a seguinte redação: § 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta.

[42] O Decreto-Lei n. 359/1968, que criou a Comissão Geral de Investigações, previu em seu art. 11 que: "Continuam em vigor o Decreto-Lei n. 3.240, de 8 de maio de 1941, e as Leis ns. 3.164, de 1 de junho de 1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958, no que não colidirem com o disposto neste decreto-lei."

[43] "Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos".

ainda haver representação de qualquer cidadão (art. 2º, do DL n. 359/1968 e art. 17 do Regulamento da CGI), vedado o anonimato. (art. 17, §1º do Regulamento).

O Decreto-Lei n. 359, em seu art. 6º, assim conceituava o enriquecimento ilícito:

> Art 6º Considera-se enriquecimento ilícito, para os efeitos deste decreto-lei, a aquisição de bens, dinheiros ou valores, por quem tenha exercido ou exerça cargo ou função pública da União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, assim como das respectivas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, sem que, à época da aquisição, dispusesse de idoneidade financeira para fazê-lo, à vista da declaração de rendimentos apresentada para fins de pagamento do imposto de renda.
> Parágrafo único. Considera-se, também, enriquecimento ilícito, a aquisição de bens, dinheiros ou valores por quem tenha exercido ou ainda exerça cargo ou função pública da União, Estados, Distrito Federal, Territórios ou Municípios, assim como das respectivas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e que, embora dispondo, a época da aquisição, de idoneidade financeira para fazê-lo, não haja comprovado a sua legitimidade perante a Comissão.

O caráter autoritário se agrava com a previsão de que o "ônus da prova da legitimidade da aquisição caberá ao indiciado". Portanto, ainda que houvesse compatibilidade entre a evolução patrimonial e a declaração de bens, cabia ao investigado demonstrar a legitimidade da aquisição para a Comissão, sob pena de confisco.

Contudo, havia a previsão de um processo de defesa, prévio ou posterior ao confisco. O DL n. 446/1969 alterou a redação do art. 4º, *caput*, do DL n. 359/1968 para prever que "Durante a investigação, ou após ela, será dada ao indiciado oportunidade de defesa, por escrito, em prazo não excedente de oito dias."

O Regulamento da Comissão previa a elaboração de um relatório prévio que orientaria a defesa do indiciado. Após a autuação da defesa, seria elaborado pelo relator um parecer final a ser votado pela Comissão. Mesmo após a decretação do confisco, poderiam ser apresentadas alegações e documentos que provassem a legitimidade dos meios de aquisição e dos bens confiscados, o que ensejaria o sorteio de novo relator e apresentação de novo relatório e parecer a ser apreciado.

O parecer aprovado pela Comissão reconhecendo a legitimidade da aquisição, contudo, não vincularia a revogação do confisco já decretado, porque o art. 9º, §2º, do DL n. 359/1968, acrescido pelo DL n. 446/1969, previa que o documento seria submetido "ao Presidente da República, que decidirá, revogando, ou não o decreto de confisco".

O Ato Complementar n. 42, de 27 de janeiro de 1969, ampliou o confisco previsto no AI-5, definindo o enriquecimento ilícito. Em seu art. 1º previa a decretação do confisco em relação aos bens de pessoas naturais ou jurídicas que tenham enriquecido ilicitamente em relações de qualquer natureza com a administração pública, esta entendida de maneira ampla, englobando a administração direta e indireta, incluindo as empresas estatais. O parágrafo único do dispositivo estendia as sanções a todos que concorressem para o enriquecimento ilícito.

Há no Ato Complementar n. 42/1969, portanto, a primeira extrapolação expressa das sanções àqueles que, embora não fossem agentes públicos, concorressem para o ilícito, constando também expressa referência às pessoas jurídicas.

Ainda na vigência do Ato Institucional n. 5, o Decreto-Lei n. 502, de 17 de março de 1969 estabeleceu medidas cautelares para o confisco de bens previsto no artigo 8º do AI-5, criando limitações aos Registros de Imóveis, Juntas Comerciais e Bolsas de Valores a viabilizarem a transferência dos bens. Tais medidas poderiam ser estipuladas quando da decretação do confisco pelo Presidente da República (art. 1º, *caput*) ou pela Comissão Geral de Investigações ainda durante o processo de investigação sumária (art. 2º).

A sistemática autoritária de confisco só teria fim em 1º de janeiro de 1979[44], a partir da edição da Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978 que, além de alterar a redação do art. 153, §11 da Constituição (isto é, da versão instituída pela Emenda n. 1/1969), previu ainda em seu art. 3º que seriam revogados os Atos Institucionais e complementares contrários à Constituição, embora tenha mantido a exclusão da apreciação judicial dos atos praticados com base neles.[45]

Subsistiram ao período do regime militar, portanto, os mesmos diplomas normativos em vigor desde a década de 1940, isto é, o Decreto-Lei n. 3.240/1941 e as Leis n. 3.164/1957 e n. 3.502/1958, bem como a Lei da Ação Popular (Lei n.

---

[44] A Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978 previa em seu art. 4º: "Esta Emenda entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 1979."

[45] Art. 3º da Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978: "São revogados os Atos institucionais e complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com bases neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial."

4.717/1965), editada ainda na vigência da Constituição de 1946, embora já se estivesse no período do regime militar.[46]

Já no período de redemocratização, mas ainda antecedendo a Constituição Federal de 1988, o Projeto de Lei n. 4.984, de 5 de março de 1985, de autoria do Poder Executivo, com a exposição de motivos DAL 0047, de 4 de fevereiro de 1985, elaborado pelo Ministério da Justiça buscou regulamentar a figura da ação civil pública:

> Mas existem outros interesses que não são individualizados, pois correspondem a um grupo, a uma comunidade ou à sociedade. Nesses casos, não se vislumbra claramente quem é que poderia em seu próprio nome, defender esses interesses não individuais. Ao Ministério Público como defensor natural do interesse público deve caber, preferencialmente, a titularidade ativa daqueles interesses não individuais, indisponíveis da sociedade, com a consequência de poder provocar a atividade jurisdicional, na conformidade, aliás, da Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981 (Lei Orgânica do Ministério Público) que trata da ação civil pública como função institucional do Ministério Público.
> Este, portanto, o suposto da sua legitimação processual.
> A ação civil pública para defesa de interesses coletivos encontra-se regulada apenas na Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que disciplinou a política nacional do meio ambiente (art. 14, §1º). A lei, porém, só regulamenta a proteção jurisdicional do meio ambiente, deixando de lado os demais interesses difusos e concedendo exclusividade ao Ministério Público como titular da ação, estendendo-se a legitimação a outras entidades, aqueles interesses serão defendidos com a eficiência exigida pela sua importância. Parece não haver discrepância em torno dessa exigência.

---

[46] O dever de probidade está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento necessário à legitimidade de seus atos. O velho e esquecido conceito romano do probus e do improbus administrador foi reimplantado na nossa Administração pela legislação pós-revolucionária, que, preocupada com os desmandos governamentais que a antecederam, apressou-se em restabelecer a probidade administrativa, considerando no texto constitucional a sua infringência como crime de responsabilidade (art. 82, V) e punindo a corrupção até mesmo com sanções políticas contra o administrador corrupto (arts. 15, §3º. e 154), além do sequestro e confisco dos bens havidos ilicitamente no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública direta ou indireta (art. 153, §11).
No Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei 1.711/52), como nas demais normas que incidem sobre a conduta dos agentes públicos em geral, são encontradiças disposições coibitivas da improbidade no trato dos bens que lhes são confiados para gestão, sujeitando-os, pelo mau emprego ou dilapidação, à responsabilização administrativa, civil ou criminal, conforme o caso e a categoria do agente.
Paralelamente a esses preceitos estatutários, a Lei reguladora da ação popular (Lei n. 4.717/65), em conformidade com a instituição constitucional (art. 153, §31) explicitou os atos passíveis de anulação por esta via judicial, desde que ilegais e lesivos ao patrimônio público, assim considerado não só o das entidades estatais e autárquicas, como também o das paraestatais e até dos estabelecimentos particulares subvencionados com dinheiros públicos.
Assim, o ato administrativo praticado com lesão aos bens e interesses públicos também fica sujeito à invalidação pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, por vício de improbidade que é uma ilegitimidade como as demais que nulificam a conduta do administrador público." MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro***.** 11. ed. São Paulo: RT, 1985, pp. 69-70.

1.3 A Constituição de 1988 e a probidade dos agentes públicos

A Constituição de 1988 expandiu o controle dos agentes públicos em relação à tradição constitucional brasileira. Trouxe um conjunto principiológico a reger a Administração Pública (art. 37, *caput*), dentre eles o princípio da moralidade e, com ele, a noção de improbidade administrativa (art. 37, §4º). É medida inédita alçar ao texto constitucional o controle da probidade, em sentido amplo[47], fato que reforça a história moralista de combate à "corrupção" no Brasil.[48]

O ineditismo do princípio da moralidade (administrativa[49]) na Constituição, contudo, não significa que a discussão sobre a moralidade na Administração o

---

[47] "Não encontramos no texto das Constituições do mundo ocidental contemporâneo qualquer alusão ao princípio da moralidade tal como vazado na Constituição brasileira. O controle da moralidade pública e o combate à "corrupção" – exceto as hipóteses dos agentes políticos que ocupam os mais altos postos na República – é matéria normalmente veiculada por norma infraconstitucional." FIGUEIREDO, Marcelo. *O Controle da Moralidade na Constituição*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 17.

[48] "O Brasil não ficou imune a essa tendência; pelo contrário, ao longo dos últimos anos o país assistiu a um notável fortalecimento de seu arcabouço jurídico-institucional anticorrupção, o qual está inequivocamente atrelado à Constituição de 1988, bem como à adesão do país a tratados internacionais sobre o tema. A Constituição trouxe ao menos cinco elementos importantes que, reproduzidos na legislação infraconstitucional, contribuíram para a consolidação de um arcabouço jurídico-institucional anticorrupção no país: (i) uma diretriz principiológica mais expressa; (ii) a institucionalização da Administração Pública; (iii) o fortalecimento dos órgãos de controle; (iv) a expansão dos instrumentos de controle; e (v) o fomento ao controle social." ALMEIDA, Fernando Menezes de; CARVALHO, Guilherme Siqueira de. O Arcabouço Jurídico-Institucional de Combate à Corrupção: formação, efetividade e perspectivas. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; MORGAN, Fernanda. *Direito Administrativo e Corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 23.

[49] "Os autores brasileiros que têm se ocupado de definir os contornos conceituais do princípio em exame normalmente explicitam uma distinção entre a moralidade administrativa e a moral comum. À primeira vista, a distinção tem como propósito afirmar que o raio de incidência do princípio não abrange a violação de regras de conduta da moralidade comum reconhecidas na vida da sociedade brasileira. No entanto, a sua real importância teórica consiste justamente em identificar os elementos constitutivos específicos da moralidade administrativa, que a fazem uma categoria especial e autônoma da moralidade geral.
A moralidade positivada como norma de conduta no art. 37 da Constituição restringe-se a disciplinar as condutas das pessoas envolvidas nas relações jurídicas estabelecidas no âmbito da administração pública. Por isso, costuma-se sustentar, com base em Hauriou, que as regras de moralidade administrativa devem ser extraídas da "disciplina interna" da administração pública, como consequência da finalidade das funções típicas do poder público. Uma definição particularmente expressiva dessa distinção foi formulada por Henri Welter, discípulo de Hauriou e autor de obra clássica sobre o controle jurisdicional da moralidade administrativa: "a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa." MELLO, Cláudio Ari. Fragmentos teóricos sobre a moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, jan/mar 2004, pp. 93-116.

seja.[50] Veja-se, por exemplo, a contribuição de Manoel Oliveira Franco Sobrinho que, já na década de 1970, travava a discussão sobre a moralidade do ato administrativo.[51] É preciso reconhecer, entretanto, que a discussão municiou o debate sobre o controle da Administração, mas não necessariamente do administrador.

É preciso, ainda, entender o caráter inovador e expansivo da Constituição de 1988 em se tratando de controle do agente público. O controle, por si, não é novidade, já se demonstrou anteriormente as previsões constitucionais e infraconstitucionais com esse objetivo. É inegável, porém, que a nova Constituição expandiu as possibilidades de controle[52], alçando a defesa da moralidade e da probidade a um caráter de direito fundamental dos administrados. [53]

Não se poderia, sob pena de completa perda do foco do presente trabalho, abordar de maneira profunda o histórico e o significado do princípio da moralidade. Contudo, uma breve digressão se faz necessária em razão da relação entre moralidade e probidade.

---

[50] "Tudo o que talvez se possa dizer é que os constituintes revelaram-se a antena do seu tempo, e alguns setores mais avançados do pensamento jurídico nacional, que já haviam racionalizado ou, no mínimo, intuído a mudança de conceitos que estava em pleno curso nos grandes centros mundiais de estudos jurídicos, conseguiram introduzir um princípio jurídico no direito constitucional positivo que estava fadado a simbolizar a revolução conceitual da teoria do direito. É bem verdade que é possível rastrear uma história do conceito de moralidade administrativa na doutrina jurídica, e mesmo no direito positivo brasileiro, antes da Constituição Federal de 1988." MELLO, Cláudio Ari. Fragmentos teóricos sobre a moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, jan/mar 2004, pp. 93-116.

[51] "O vício da não-moralidade – Por que não considerar então o elemento (requisito) moral na formação do ato administrativo? Na larga prática jurisprudencial assim não tem acontecido, o que leva a Administração a crescer na sua conduta irregular, imprópria, desajustada com o ordenamento jurídico, e por falta de um justo critério do que se pode chamar de política jurídica." FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O Controle da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 103.

[52] "É novidade histórica, sem embargo, a previsão da improbidade no art. 37, §4.º, da CF, pela forma de tratamento dispensado à matéria. Destacamos o modelo brasileiro, no tratamento da improbidade administrativa, à luz do direito administrativo, como um modelo centralizador, partindo da Constituição Federal, uma forma original de encarar o problema, rompendo a tradição mais ou menos linear que as Constituição antecessoras marcara, na oscilação entre a perspectiva penal e a perspectiva puramente ressarcitória, encarada também como cível, além do enfoque infraconstitucional sempre voltado ao campo disciplinar. Daí, em boa medida, a origem da perplexidade da doutrina e jurisprudência pátrias, diante do assunto, considerando o desenho constitucional construído no aludido art. 37, §4.º, da Magna Carta." OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 106.

[53] Observado de maneira atenta, o direito fundamental à boa administração é lídimo plexo de direitos, regras e princípios, encartados numa síntese, ou seja, o somatório de direitos subjetivos públicos. No conceito proposto, abrigam-se, entre outros, os seguintes direitos: [...]
(e) o direito à administração pública proba, que veda condutas éticas não universalizáveis, sem implicar moralismo ou confusão entre o legal e o moral, uma vez que tais esferas se vinculam, mas são distintas. FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21-22.

Atribui-se a Maurice Hauriou a primeira empreitada na definição da moralidade administrativa, assim definida depois de amadurecido o conceito: *"conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração".*[54]

O princípio da moralidade insculpido no caput do artigo 37 tem múltiplas finalidades e sua presença no texto constitucional possui diversos propósitos.[55] Dentre eles, interessa-nos os dispositivos que visam o controle do agente público.

De tais premissas, afirma Diogo de Figueiredo que a disciplina interior mencionada por Hauriou *"trata-se de um sistema de moral fechada, próprio da Administração Pública, que exige de seus agentes absoluta fidelidade à produção de resultados que sejam adequados à satisfação dos interesses públicos".*[56]

O estabelecimento de um consenso mínimo sobre o que é a moralidade (administrativa) é necessário pois dela se extrairá a ideia de probidade. Como afirma Marcelo Figueiredo, não se trata de estabelecer uma distinção, mas sim, uma relação entre conteúdo e continente[57]: a probidade é uma forma qualificada de

---

[54] "Dizia Hauriou que o poder público, a fim de desempenhar a função administrativa, - manutenção da ordem e gestão de serviços - é instituído" no quadro de uma vasta empresa, cuja estrutura tem a informá-la, como ideia de obra a realizar, a ideia do serviço público. A subordinação do poder público a esta função possui caráter institucional; por sua vez, a atividade daqueles, que servem à Administração, denota caráter funcional: o poder público encontra-se ao serviço da ideia madre, dela retirando o programa da ação a desenvolver; as atividades dos administradores, se utilizam meios jurídicos e técnicos, destinam-se, por sua vez, a lograr, como resultado, a prestação de um serviço de interesse geral e, por isso, realizam uma função enquanto concretizam a ideia diretriz. Mas, se a Administração recebe do Poder Legislativo a ossatura legal, o elenco das atribuições e a competência dos serventuários, segrega ela própria, como empresa cuja ideia madre é alimentada pela vida e o espírito dos seus órgãos, um conjunto de regras da atividade profissional, ditadas pelo próprio fim a atingir - a criação do Bem-comum. Por outras palavras: no seio da empresa manifesta-se a vocação institucional, que requer a específica adaptação dos meios utilizáveis à consecução do objetivo previsto. Desta sorte, os agentes administrativos, se têm de inspirar os seus atos nas leis jurídicas vigentes, expressão normativa da ordem jurídica a que a Administração está submetida, movem-se também na órbita da ordem interna desta, gerada pela comunhão espiritual em que a ideia diretriz se tornou objetiva. Semelhante ordem interna encontra a sua expressão normativa num "direito natural da instituição", - o qual, no caso da pública Administração, é a 'moralidade administrativa'". BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo,* n. 25, 1951, pp. 458.

[55] "Cremos que, ao analisar o tema da moralidade na Constituição, deparamos com quatro grupos de normas constitucionais, a saber: 1. normas constitucionais advindas da moral social para a ordem jurídica; 2. normas constitucionais que sancionam a improbidade dos agentes estatais; 3. normas constitucionais que disciplinam o princípio da moralidade administrativa; 4. normas constitucionais atinentes ao princípio da moralidade das leis e nas leis (atividade legislativa)." FIGUEIREDO, Marcelo. *O Controle da Moralidade na Constituição*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 17.

[56] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação. Revista de Direito Administrativo, v. 190, p. 1-44, out/dez. 1992, p. 10.

[57] "Podemos dizer que, genericamente considerada, "improbidade" denota "desonestidade"; esta, por sua vez, está abarcada no conceito maior de moralidade. A improbidade caracteriza-se por ser uma das facetas da moralidade. O problema do conceito de probidade não se situa tanto na questão da distinção, mas de relação entre conteúdo e continente." FIGUEIREDO, Marcelo. *O Controle da Moralidade na Constituição*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 49.

moralidade administrativa.[58] [59] Seguindo raciocínio semelhante, Fábio Medina Osório acrescenta que a improbidade como imoralidade administrativa qualificada incorpora uma noção de moralidade que implica num reforço à legalidade substancial.[60] Conclui-se, portanto, que toda improbidade é imoralidade, mas nem toda imoralidade é improbidade.[61] [62]

---

[58] "No regime jurídico constitucional a probidade assume especial e particular significado. O texto constitucional alude à moralidade administrativa e à probidade. Expressões distintas, contudo, derivadas ontologicamente. A probidade, no contexto constitucional, é forma qualificada de moralidade administrativa. [...]
A improbidade gera a violação da moralidade, que, por seu turno, gera a sanção. A improbidade é um estado que deflagra toda uma série de consequências jurídicas cujo resultado é a sanção, a cominação da imoralidade nas funções estatais. Precipuamente, o agente público amplamente considerado pode atentar contra a probidade administrativa." FIGUEIREDO, Marcelo*. O Controle da Moralidade na Constituição*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 47-48.

[59] Há, contudo, quem se oponha à noção de que a probidade é uma espécie do gênero moralidade. Veja-se, por exemplo, o posicionamento de Flávio Sátiro Fernandes: "De nossa parte, divergindo dos que assim pensam, entendemos: a) moralidade e probidade administrativa são noções bem claramente distintas, que se não podem confundir antes os textos legais que, a partir da Constituição Federal, a elas se referem; b) por esses mesmos textos, é forçoso reconhecer, como demonstraremos a seguir, que a probidade é que é o gênero, do qual a moralidade é espécie, haja vista a maior amplitude e o maior alcance emprestar à primeira, pela Constituição Federal e pela legislação ordinária. [...]
A evidência maior, porém, de que a probidade administrativa abarca o princípio da moralidade está, sem dúvida, na maneira como a Lei 8.429/92 define os atos de improbidade administrativa. De acordo com o mencionado diploma legal, a improbidade na administração se verifica quando se praticam atos que ensejam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário ou atentam contra os princípios da administração, definidos no artigo 37, §4º, da CF, entre os quais está incluída a moralidade, ao lado da legalidade, da impessoalidade e da publicidade, além de outro que, mesmo não apontados, explicitadamente, no citado dispositivo, mas distribuídos por todo o texto constitucional, também se aplicam à condução dos negócios públicos." Cf. FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 210, p. 171-181, out/dez 1997.

[60] "Improbidade é uma imoralidade administrativa qualificada, eis uma assertiva básica a merecer justificação. A moral administrativa, noção jurídica que abrange específica forma de ética institucional, foi, desde um ângulo terminológico, importada de influências francesas no início do século XX, mais precisamente de Maurice Hauriou, consolidando-se na Constituição Federal de 1988. Daí a moral comportamental dos homens públicos, incorporando exigências éticas e axiológicas mais intensas ao setor público, numa perspectiva talvez didática, talvez redundante de reforço à legalidade substancial." OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 84.

[61] "A moralidade administrativa é algo mais específico e funcionalmente distinto que a moralidade dos homens públicos, já o dissemos à exaustão. Anote-se que a moral administrativa é considerada, pela doutrina, fonte do dever de probidade administrativa, que se encontra no art. 37, §4.º, da CF, porque se trata – esse dever – de uma espécie de moralidade. Probidade é espécie do gênero moralidade administrativa. Improbidade é imoralidade qualificada. Essa é uma assertiva doutrinária bastante comum e geralmente aceita, salvo algumas exceções.
Toda improbidade é uma imoralidade administrativa, mas nem toda imoralidade constitui uma improbidade administrativa. Já se disse que a ética administrativa está atada aos princípios da Administração Pública. É correto afirmar que o dever de probidade descende uma ética institucional peculiar ao setor público, traduzindo um ponto de encontro entre normas éticas e jurídicas, nos limites da segurança e da capacidade de serem previstas as decisões dos operadores do direito." OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 85.

[62] "Não haveria sentido de o Constituinte distinguir a improbidade da moralidade administrativa se não fosse para legar àquela um conteúdo especial. Isto porque a só ofensa à moralidade administrativa já

A qualificação da imoralidade como improbidade acontecerá no plano infraconstitucional, em leis que tipifiquem determinadas condutas como passíveis da sanção.[63] Assim, é possível que se entenda determinado ato como imoral mas não como ímprobo, repita-se, pelo fato de não ter sido incluído no rol de condutas legalmente estabelecido. Adianta-se aqui um ponto que será elaborado no próximo capítulo deste estudo: a lei já tipifica a improbidade de maneira extremamente aberta, mas tal problema seria agravado caso a sanção pudesse ser extraída exclusivamente do texto constitucional.

Observa-se com a Constituição de 1988 um aprofundamento da "fuga" para o cível, movimento inaugurado na Constituição de 1946. A descrença no direito penal como mecanismo eficaz de responsabilização das condutas contrárias ao patrimônio e interesse público fez com que os legisladores adotassem mecanismos de responsabilização independentes da justiça criminal.[64]

Outro movimento que se aprofunda com a Constituição de 1988 é o moralismo e a compreensão de que a corrupção é o mal que assola o Brasil e que

---

acarretaria as consequências previstas na Lei 4.717/65, relativas à ação popular, não havendo, portanto, que se criar dois institutos para alcançar fim idêntico.
Constitui imperativo lógico o de que a previsão de um bom número de sanções, dotadas de certa gravidade, está centrada na prática de determinada ofensa à moralidade administrativa, capaz de revelar postura desonesta do agente.
Doutro lado, compreender a moralidade como inserida no universo da improbidade administrativa, em virtude da Lei 8.429/92 elencar três categorias de atos ímprobos, mencionando longa tipificação, teria o inconveniente de equiparar a mera ilegalidade à improbidade." NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, jan/mar 2004, p.67.

[63] "Assim, da Constituição podemos extrair, ainda, que a improbidade é um estado (motivação) que gera a violação da moralidade, que, por seu turno, gera a sanção. A delimitação do conceito, segundo a Constituição, é matéria afeita à lei, como já exposto. [...]
É dizer, a nosso juízo – ratifique-se -, é necessário em abono ao princípio da segurança jurídica que a "improbidade" esteja tipificada em lei, como "ato de improbidade", a fim de ensejar a punição do agente público ou particular. O ato pode, assim, ferir a "moralidade administrativa" e não ensejar necessariamente punição por improbidade administrativa. Entretanto, é aconselhável que o legislador contemple todos os atos imagináveis tidos como "atos de improbidade", com o intuito de abarcar todo o universo jurídico da "imoralidade administrativa" qualificada." FIGUEIREDO, Marcelo. *O Controle da Moralidade na Constituição*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 51-52.

[64] Sobre o ponto é válido destacar discordância com Fabio Medina Osório que coloca a previsão da improbidade administrativa como ilícito extrapenal na Constituição de 1988 como instituto inédito. Pelo exposto no capítulo anterior, entendemos ser o perdimento de bens uma espécie de sanção fora do âmbito penal. Com isso não se pretende diminuir o caráter inovador da Constituição de 1988. Veja-se trecho do autor: "É na Constituição Federal de 1988, portanto, que a improbidade administrativa foi tratada como ilícito de responsabilidade e ilícito extrapenal, num movimento inovador e desprendido da tradição constitucional. São duas definições distintas, diretamente inseridas na Constituição Federal: a primeira seguindo a tradição das Constituições republicanas, denotando o fenômeno da responsabilidade dos altos mandatários do povo, ao passo que a segunda inaugurando uma inédita modalidade sancionadora, transcendendo os limites penais, intimamente ligada ao direito administrativo." OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 107.

deve ser combatido a todo custo. Veja-se, por exemplo, o discurso do Deputado constituinte Hélio Costa ao apresentar emenda 599 ao dispositivo que viria a ser o art. 37, §4º:

> Nos últimos dias, com a colaboração de juristas de vários partidos, chegamos a um texto de consenso para apresentar a esta Assembleia. E, hoje, estamos aqui com um texto que pode ser, técnica e moralmente o que o povo deseja para acabar com a corrupção em nosso País. Assim sendo, submeto a V. Exa., para aprovação, esta emenda, que vai acabar de vez com este mal que destrói a nossa sociedade[65]

Destaque-se, contudo, que a referida emenda tinha como objetivo tornar crime inafiançável a improbidade prevista no art. 44, §3º do Projeto (posteriormente aprovado como art. 37, §4º).[66] Um passo contrário à mencionada fuga para a esfera cível, mas que serve de exemplo do discurso moralista que perpassa o controle da probidade. Registre-se que a proposta não foi aprovada no texto final. Veja-se as palavras do relator Deputado Bernardo Cabral, explicando seu voto pela rejeição à criminalização da improbidade, ainda mais inafiançável:

> Sr. Presidente, Sras. e Srs. Constituintes: O eminente Constituinte Hélio Costa, há alguns dias, me pedia esclarecimentos das razões pelas quais o meu parecer havia sido contrário à sua emenda, e expliquei a S. Ex.ª que a emenda repetia o texto do Centrão, o texto da Comissão de Sistematização, mas incluía uma palavra: dizia que os atos de improbidade administrativa são crimes inafiançáveis. Expliquei a S. Ex.ª, que ficou de fazer uma fusão, ao que soube encaminhada, mas que não chegou à Mesa e fico em dificuldades, porque a única matéria que tenho para dar parecer é a emenda anterior. Ora, a emenda anterior dá ao pequeno funcionário público uma penalidade muito grande, porque só́ ele é que vai ser o sacrificado. O que diz o texto? O texto do Centrão e da Comissão de Sistematização é irretorquível, é um texto duro, porque diz: "Os atos de improbidade administrativos importarão: 1. A suspensão dos direitos políticos; 2. A perda da função pública; 3. A indisponibilidade dos bens; 4. Ressarcimento ao Erário na forma e gradação previstas em lei."E diz: "Sem prejuízo da ação penal cabível." O Constituinte Hélio Costa, de forma elogiável, preocupado com a corrupção que grassa no Serviço Público – e rendo a S. Ex.a as minhas homenagens –, tentou criar uma penalidade ainda maior. Qual é a penalidade? Transformando em crime inafiançável. Mas aí fica difícil, porque nem todo ato de improbidade poderia importar num crime para se tornar inafiançável. Por esta razão é que se diz no texto do Centrão: "sem prejuízo da ação penal cabível". Por esta razão, e só por está, não tenho

[65] BRASIL. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Ano II, nº 203, Brasília/DF, 11 mar. 1988, p. 454. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/203anc11mar1988.pdf >. Acesso em: 06 jun. 2023.

[66] A Emenda 599 do Deputado Hélio Costa possuía a seguinte redação: “Os atos de improbidade administrativa são crimes inafiançáveis e importarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento do Erário, na forma e redação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal correspondente.”

> como aplicar uma pena tão violenta num funcionário público que, eventualmente, possa praticar um ato mínimo de improbidade, qual seja, receber um presentinho para levar o processo de alguém e tachá-lo por crime inafiançável. Por esta razão, Sr. Presidente, lamentando, meu parecer é pela rejeição, porque não houve acordo em cima da mesa, apenas a emenda pura e simples.[67]

A redação final do dispositivo[68] estabeleceu então que os atos de improbidade administrativa (sem determinar-lhes natureza criminal) importarão sanções distintas daquelas típicas do Direito Penal, não deixando margem para dúvidas seu trecho final em que indicar não haver prejuízo à ação penal cabível. Veja-se que as condutas compreendidas como improbidade administrativa são, em sua maioria, também consideradas crimes pela legislação penal, o que se busca, pela lógica do discurso, é criar mecanismos que facilitem a punição dos agentes ímprobos, dadas as dificuldades impostas ao Estado pelas garantias do Direito Penal.

Por fim, merece destaque o disposto no art. 37, §5º da Constituição, que estabeleceu, em redação confusa[69], a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Significa dizer que as sanções serão prescritíveis, enquanto as ações de ressarcimento não estarão sujeitas ao decurso do tempo.[70] As críticas a essa previsão e aos desenvolvimentos jurisprudenciais dela decorrentes serão abordados oportunamente.

---

[67] BRASIL. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Ano II, nº 203, Brasília/DF, 11 mar. 1988. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/203anc11mar1988.pdf >. Acesso em: 06 jun. 2023.

[68] Art. 37, § 4º da Constituição Federal de 1988: "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."

[69] Art. 37, § 5º da Constituição Federal de 1988: "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."

[70] "De um lado, a determinação é no sentido de que o legislador estabeleça prazo de prescrição para pretensões punitivas dedutíveis contra agentes públicos em razão da prática de atos que causem prejuízos ao erário. Nesta parte, o Constituinte seguiu a regra geral das prescritibilidade das pretensões, em consonância com o princípio da segurança jurídica.
De outro, a Constituição impõe que o legislador ordinário não fixe prazo de prescrição relativamente à pretensão de ressarcimento de prejuízos causados ao erário pelos agentes, podendo observa-se que semelhante comando tem linhas antagônicas quando comparado ao anterior. Sob esse aspecto, a Constituição, na parte final da norma, instituiu nova exceção à regra da prescritibilidade, e o fez, como comentaremos, adiante, impulsionado pela necessidade de proteção de certos valores por tempo indeterminado." CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade Administrativa*: prescrição e outros prazos extintivos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

1.4 Lei de Improbidade Administrativa e controle dos agentes públicos

Com a inédita previsão da figura da improbidade administrativa no art. 37, §4º, da Constituição Federal, o Poder Executivo, por meio da Mensagem 406/91, encaminhou ao Congresso Nacional projeto de lei que buscava regulamentar a questão. Na exposição de motivos GM/SAA/0388, de 14 de agosto de 1991, que acompanhava a Mensagem, assim era defendido o projeto pelo Ministro da Justiça:

> Sabendo Vossa Excelência que uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País, é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos, e que a sua repressão, para ser legítima, depende de procedimento legal adequado - o devido processo legal - impõe-se criar meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do estado de Direito.

Apesar de a exposição de motivos mencionar promessas de campanha do Presidente da República, o que se verifica da pesquisa histórica é que, pelo menos do ponto de vista da sociedade, a lei aprovada foi recebida como uma reação a casos de corrupção ocorridos no período e uma tentativa do Presidente Fernando Collor de ampliar sua base no Congresso Nacional.[71] Não se pode ignorar, no entanto, que a lei de improbidade administrativa compunha um conjunto de esforços para combater irregularidades no Estado brasileiro, do qual também fizeram parte a Lei de Licitações e a Lei Orgânica do TCU.[72]

Contudo, o projeto original apresentado pelo Executivo limitava-se a prever as sanções para os “casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo ou função”,

---

[71] Em reportagem com título “Collor sanciona lei proibindo servidor de receber presentes” de 04 de junho de 1992 do jornal O Globo: “A lei ficou conhecido como do jet-ski – por causa do jet-ski recebido de presente pelo ministro da Ação Social, Ricardo Fiúza. Sua criação foi também uma das condições impostas pelo PSDB para participar do Governo, o que na época, primeira quinzena de abril, causou irritação no Palácio do Planalto.” Collor sanciona lei proibindo servidor de receber presentes. *O Globo*, Rio de Janeiro, 04 de junho de 1992, O País, p. 8.

[72] “Pedro Simon associa o desespero do povo com a fome, a pobreza e o desemprego, como mostram, segundo ele, os saques a supermercados no Rio, a um clima favorável a golpes de Estado. ‘Precisamos consolidar a democracia, inclusive com a redução da corrupção, para evitarmos o efeito dominó na América Latina, incluindo com o golpe no Peru.’
O Congresso, que na semana passada aprovou a Lei da Improbidade [punição mais severa de funcionários corruptos], votará a nova legislação sobre licitações e, antes do recesso, analisará ainda a Lei Orgânica do TCU, que permitirá investigar até empresas privadas envolvidas com corrupção nos órgãos públicos. Estas empresas, fora as medidas judiciais, ficarão proibidas de participar futuramente de licitações ou contratos com órgãos públicos”. Luta anticorrupção ganha novas armas. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 12/05/1992. 1º Caderno, p. 2.

sequer fazendo menção à improbidade administrativa. Tal deficiência foi oportunamente apontada no relatório do Deputado Carlos Alberto Campista, relator na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados, embora tenha passado despercebido pela Comissão de Constituição e Justiça, mesmo com as mais de 300 emendas apresentadas na Casa:

> Há uma falha que reputo gravíssima na ementa, a qual, inopinadamente, contamina todo o projeto. Como se comprova pela Exposição de Motivos que acompanha a mensagem enviada pelo Executivo e como tivemos oportunidade de assinalar na introdução deste voto, a proposta do Executivo tem por objetivo dar execução ao que dispõe o art. 37, §4º, da Carta em vigor. Ora, esqueceu o Executivo de que esse mandamento constitucional não se refere somente a enriquecimento ilícito, reporta-se a todo e qualquer ato de improbidade administrativa, tenha ou não havido enriquecimento do agente em função de sua ação administrativa.
> [...]
> Seria preciso desenvolver uma lista semelhante à do art. 2º do projeto para os outros casos de improbidade administrativa, omitidos na intenção de lei do Executivo [...]

Apesar de apontado o problema, o Deputado não ofereceu substitutivo que resolvesse a questão. O problema só viria a ser solucionado quando da revisão do Senado Federal, primeiro pela apresentação do Projeto de Lei n. 1.446-C e, após retorno da Câmara dos Deputados, a consolidação no Projeto de Lei 1.446-E, sancionado pelo Presidente da República, instituindo as três espécies de improbidade: enriquecimento ilícito (art. 9º), prejuízo ao erário (art. 10) e atentado contra os princípios da administração pública (art. 11).

Manteve-se ainda a previsão de declaração de bens dos agentes públicos (art. 13), tendo em vista a revogação expressa das leis anteriores que previam tal figura. Já o artigo 12 previu as sanções, específicas para cada espécie de improbidade, com uma tímida tentativa de dosimetria das penas, reputando como mais grave o enriquecimento ilícito, seguido do prejuízo ao erário e, finalmente, o genérico atentado aos princípios da administração pública.

Outros pontos de destaque da redação original da Lei n. 8.429/1992 são a possibilidade expressa de improbidade pela modalidade culposa (art. 5º) e a possibilidade de aplicação da lei em questão aos particulares que induzam ou concorram para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficiem (art. 3º).

Em relação aos bens obtidos ilicitamente pelos agentes, ao revogar a figura do sequestro previsto na legislação anterior, a nova lei previu em seu art. 7º a possibilidade de indisponibilidade liminar de bens durante o curso do processo e a

perda definitiva dos bens ou valores acrescidos indevidamente ao seu patrimônio (art. 6º).

Relembre-se que em relação ao servidor público federal, a condenação por corrupção é causa de demissão, conforme previsto no art. 132, X, da Lei n. 8.112/1990, sendo tal trecho da lei anexado ao projeto enviado pelo Executivo ao Congresso Nacional. Ainda, o art. 92, I, do Código Penal estabelece a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo quando da condenação por "pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública."

Como acima mencionado, a Lei 8.429/1992 fez parte de um conjunto de medidas moralizantes que buscaram reagir a irregularidades no Estado brasileiro. No mesmo conjunto de medidas estiveram também a Lei n. 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União) e a Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

A Lei n. 8.443/1992, ao revogar o Decreto-Lei n. 199/1967, buscou expandir consideravelmente os instrumentos à disposição do Tribunal de Contas da União para combater irregularidades na gestão da coisa pública, especialmente em relação aos particulares que se relacionam com o Poder Público, inclusive podendo declarar a sua inidoneidade, impedindo-o de participar de licitações por até 5 anos.

A Lei n. 8.666/1993 também buscou fortalecer as sanções, seja para os agentes públicos, seja para os particulares. Estabeleceu tipos penais relacionados a licitações e contratos administrativos e previu as figuras da suspensão temporária de participação em licitação e a declaração de inidoneidade até o ressarcimento dos prejuízos.

Outra matéria relacionada ao controle da probidade é a do conflito de interesses dos agentes públicos. O assunto foi tratado pelo Projeto de Lei n. 7.528/2006, de autoria do Poder Executivo, posteriormente sancionado como a Lei n. 12.813/2013 que "dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal". Em sua exposição de motivos EM 005/2006/CGU-PR, de 13 de outubro de 2006, o Executivo federal faz menção aos acordos internacionais firmados pelo Brasil para combate à corrupção, o que servirá de fundamento para diversas das alterações legislativas no controle da probidade a partir de então:

> 4. Nesse sentido, buscando avançar no tratamento das situações geradas pelo confronto, a dano do interesse coletivo, entre interesses públicos e privados, apresento a Vossa Excelência a anexa proposta, cujos principais objetivos são:
> a) adequar a legislação pátria ao previsto em convenções internacionais, com destaque para a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003, ratificada pelo Congresso Nacional e promulgada pelo Decreto no 5.687, de 31 de janeiro de 2006;
> b) prevenir conflitos de interesses e a corrupção dos agentes do Poder Executivo
> Federal;

Destaca-se da referida lei o art. 12, que estabelece que as condutas nelas vedadas configuram atos de improbidade administrativa, o que é uma previsão oportuna, pois, como será abordado, uma das dificuldades da lei de improbidade, ao menos em sua redação original, é a presença de tipos demasiadamente abertos.[73]

Outra norma de grande relevância para o controle da probidade é a Lei 13.655/2018. Apresentada originalmente como o Projeto de Lei do Senado 349/2015, do Senador Antonio Anastasia (PSDB-MG), elaborado pelos juristas Carlos Ari Sundfeld e Floriano Azevedo Marques Neto, acrescentou os arts. 20 a 29 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942).

Os artigos em questão tratam de normas de interpretação do direito público e orientam uma abordagem pragmatista, evitando o formalismo a todo custo, mas também traz normas para oferecer segurança jurídica aos agentes públicos, como o art. 20 que busca evitar decisões baseadas em conceitos jurídicos abstratos, inclusive por parte dos controladores[74]; o art. 22 que busca evitar o viés

---

[73] Lei n. 12.120/2009, Art. 12. “O agente público que praticar os atos previstos nos arts. 5º e 6º desta Lei incorre em improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, quando não caracterizada qualquer das condutas descritas nos arts. 9º e 10 daquela Lei.”

[74] “A permeabilidade do sistema jurídico a normas de caráter mais aberto é uma realidade. Contudo, a decisão baseada em “valores jurídicos abstratos”, ou seja, não apoiados em normas concretas ou em prescrições normativas cerradas, não pode servir como uma cláusula mágica, transcendente. Não podem se prestar a ser um argumento de autoridade hermenêutica, sem que o decisor tenha o dever (ônus) de perquirir os efeitos dessa decisão.
Mais do que uma deferência ao consequencialismo, o dispositivo presta homenagem à responsividade da decisão. Prospectar os efeitos da decisão não é irrelevante. O dever de motivar (geral a toda decisão) passa a ser reforçado, nos casos de decisão baseada em valores abstratos, com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor. Mais do que isso, o dispositivo obriga a que as consequências possíveis sejam avaliadas e sopesadas. E, assim exigindo, torna a decisão baseada na aplicação de princípio controlável (e censurável) quando não vier acompanhado de análise das consequências. Daí por que temos que o art. 20 visa a interditar que, por intermédio da utilização de conceitos vagos, sobretudos os controladores se substituam às competências da Administração Pública, sem assumirem os ônus que são próprios ao administrador.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras. *Comentários à Lei n. 13.655/2018*: lei de segurança para inovação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

retrospectivo[75] do controle dos atos; e o art. 28 que limita a responsabilidade aos casos de dolo ou erro grosseiro. Tais dispositivos têm (ou teriam) o potencial de causar uma transformação radical no controle da probidade, constituindo um "dever de empatia" dos órgãos de controle com o agente público.[76]

É inegável que a norma busca valorizar o bom administrador, colocando parâmetros para o controle da atividade decisória – que tem se expandido ao longo do tempo[77] - que consideram a correição do agente[78], mediante uma abordagem

---

[75] "Relativamente à atuação dos órgãos de controle, com base nessa perspectiva, o exercício do controle deve ser orientado por soluções pragmáticas, predicadoras do contexto no qual a conduta examinada foi praticada. Devem ser observadas as circunstâncias do caso concreto, evitando-se que os enunciados normativos sejam lidos ou aplicados de forma indiferente a fatos ou condições relevantes. A nova lei impõe que o controle deve necessariamente considerar – e dialogar com – o ponto de vista do administrador público: há um reforço no ônus argumentativo do exercício de ambas as funções para que se discuta a partir de um mesmo ponto de partido, inserido em um mesmo cenário." MOTTA, Fabrício; NICOLI, Camila Morais Azevedo. Avanços na construção da boa governança pública no Brasil com o advento da Lei n. 13.655/2018. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. *Nova LINDB*: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 17.

[76] "O artigo 22, e a nova alteração da LINDB de maneira geral, é uma espécie de "dever de empatia" para com a Administração Pública e seus agentes. Em particular, o dispositivo determina que o controlador se coloque no lugar do gestor ao decidir sobre a regularidade de decisão administrativa, levando em consideração dificuldades reais por ele enfrentadas, que podem ser entendidas como dificuldades jurídicas (indeterminação do direito, ambiguidade) e materiais (déficit de recursos humanos e financeiros).

A norma fala no dever do controlador de "considerar" as dificuldades reais, as exigências das políticas públicas e as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente." NIEBUHR, Pedro; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira; MEDEIROS, Isaac Kofi. Controle e deferência judicial à Administração Público: um ensaio sobre a doutrina Chevron e o artigo 22 da LINDB. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. *Nova LINDB*: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 85.

[77] "A importância da motivação da Lei n. 13.655/2018 também se relaciona ao elemento do aumento do controle dos atos da administração. O diagnóstico de que o controle se tornou uma pauta central nos debates do direito administrativo se reflete no aumento do número de trabalhos que tratam do tema nos últimos anos. A superveniência de um direito administrativo do medo, levou ao engessamento da ação administrativa, com gestores que receiam assumir riscos. Todo esse movimento gera uma crise da ineficiência, na qual os gestores atuam para sua própria proteção, em detrimento do interesse administrativo.

O desafio do controle é pensar em mecanismos possíveis para avaliação da atuação estatal considerando a complexidade da realidade socioeconômica e a necessidade de adoção de mecanismos mais flexíveis, não presos à perspectiva formalista-burocrática. A dificuldade é conjugar a moralização da atuação da Administração Pública e, ao mesmo tempo, criar espaços de atuação do gestor." CALIL, Ana Luíza. Motivação administrativa: passado, presente e futuro no direito administrativo brasileiro. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. *Nova LINDB*: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p.173.

[78] "Nesse contexto, a Lei n. 13.655/2018 provê bases adequadas para que a decisão de risco possa ser tomada, na medida em que elege, como objeto de sua tutela, as reais condições decisórias do gestor público.

O art. 22 da Lei n. 13.655/2018, de fato, indica que o exame da conformidade da decisão pública deve considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor. Seu parágrafo primeiro, na mesma direção, determina que sejam levadas em conta as circunstâncias práticas que limitaram ou condicionaram a ação do agente.

realista da atividade administrativa.[79] Contudo, a resistência por parte dos órgãos de controle na sua aplicação limitou o potencial transformador da norma.

Muitas outras normas poderiam ser citadas aqui, considerando-se que há mais de uma dezena delas alterando diretamente a redação da Lei de Improbidade n. 8.429/1992, sem considerar aquelas que, como a mencionada lei que trata do conflito de interesses, faz menção sem alterar seu texto. Contudo, deve-se abordar aqui brevemente o contexto histórico da Lei n. 14.230/2021, que alterou substancialmente a lei de improbidade administrativa, por vezes sanando muitas das críticas levantadas pelo presente trabalho. Oportunamente, haverá um subcapítulo dedicado às alterações provocadas pela referida lei e de que maneira ela soluciona, ou não, os principais problemas aqui apontados.

Originalmente apresentado como Projeto n. 1.0887/2018 pelo Deputado Roberto de Lucena (PODEMOS/SP), o texto foi fruto dos trabalhos da Comissão de Juristas para a Reforma da Lei de Improbidade Administrativa, criada pela Presidência da Câmara dos Deputados. Da apresentação do projeto em 2018 até dezembro de 2019, tramitou na Comissão Especial com a participação de diversas autoridades e acadêmicos. Contudo, o parecer do relator só foi apresentado do Plenário em outubro de 2020 e, somente em 15/06/2021 foi apresentado

---

Note-se que ambas as disposições socorrem perfeitamente o gestor no contexto da decisão sobre riscos e incertezas. Nesses casos, a decisão somente poderá ser avaliada a partir dos elementos que estiveram disponíveis ao conhecimento do gestor no momento da avaliação e gestão de riscos. A norma veda que se tome, como critério de reexame, elementos ou dados surgidos posteriormente ou que não fossem apreensíveis pelo gestor público no momento da tomada de decisão." BAPTISTA, Patrícia. A LINDB e o Direito Administrativo do Risco. Parâmetros substantivos e procedimentais para decisões públicas em ambiente de risco e incerteza. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. *Nova LINDB*: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 31.

[79] "Tal qual se argumentou no item acima, todos esses elementos contextuais já habitavam a argumentação jurídica tradicional – aliás, eles já eram identificáveis na própria LINDB antes das alterações. Discussões concretas do universo legal sempre se pautaram de alguma forma nos fatos (em como as normas foram produzidas, nos fatos que dão causa para a aplicação de alguma norma, em quais resultados a aplicação de uma norma levará, como determinada instituição vem aplicando uma norma), a "força normativa" dos fatos não é nenhuma novidade. No Direito Público, esses elementos têm sido traduzidos em termos jurídicos conhecidos, como proporcionalidade, razoabilidade, segurança jurídica, modulação de efeitos, confiança legítima, eficiência, teoria do imprevisto, força maior, etc. Esses conceitos propiciaram gatilhos para que fatores empíricos tivessem entrada na metodologia jurídica desde a formação do Estado brasileiro.
Isto é: realismo sempre existiu no Direito, ainda que "disfarçado" pela linguagem tradicional: fatores contextuais já eram utilizados para justificar ou para invalidar decisões jurídicas de verdade muito antes da "nova" LINDB. No entanto, apesar de não necessariamente ter sido responsável por introduzir considerações empíricos no Direito, as novidades certamente reforçam que a postura a ser adotada no Direito Público deverá ser realista: ela não autoriza soluções realistas, ela as demanda, sobretudo nos arts. 21 e 23." TOSTA, André Ribeiro. Realismo e a LINDB: amor à primeira vista? In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. *Nova LINDB*: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 19.

requerimento de urgência na tramitação do projeto. No dia seguinte a matéria foi aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados e enviada ao Senado Federal. Em 29/09/2021 a matéria é aprovada no Senado Federal com alterações, formando o PL n. 2505/2021 e em 07/10/2021 é aprovado o texto pela Câmara e enviado ao Presidente para sanção.

A lei ficou conhecida na imprensa como "lei da impunidade" e recebeu diversas críticas, inclusive de associações de juízes[80] e membros do Ministério Público[81]. Um dos pontos levantados pelas notícias foi a rapidez com que o texto foi aprovado e o apoio maciço da oposição e base do governo ao projeto. Conforme será abordado, muitas dessas críticas são infundadas – e muitas vezes corporativistas. Fato é que a Lei n. 14.230/2021 é a maior alteração na Lei n. 8.429/1992, incorporando ou reagindo às consolidações jurisprudenciais e às disfuncionalidades observadas durante a aplicação do texto original.

1.5 Lei Anticorrupção e a responsabilização das pessoas jurídicas

A previsão da improbidade administrativa na Constituição da República teve como objetivo a prevenção e persecução de agentes públicos que incorram em irregularidades consideradas graves. A legislação infraconstitucional que a sucedeu focou então nas pessoas físicas (os agentes públicos), tendo suas sanções sido

---

[80] "Tudo isto, além de outras inovações cujo exame não cabe neste espaço, deixam a sensação de que o texto olha muito mais para o acusado de corrupção do que para o Estado e para a sociedade. A isto se soma o pedido de tramitação urgente do PL, sem que se esteja vivendo um momento particularmente diferente no que tange à aplicação da Lei de Improbidade, a justificar tal pressa." In: Nova "Lei da Impunidade Administrativa". MARTINS, Tiago. *AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil.* Disponível em: https://www.ajufe.org.br/imprensa/artigos/15791-nova-lei-da-impunidade-administrativa Acesso em: 20 dez. 2021.

[81] Veja-se o exemplo do artigo escrito por Cláudio Henrique Viana e Felipe Ribeiro, membros do Ministério Público do Rio de Janeiro e da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro: "Em suma, o projeto de lei aprovado na Câmara dos Deputados fracassa no seu propósito de aprimorar o sistema de combate à corrupção. Ao criar dificuldades ao poder de quem investiga, aposta na redução drástica do número de apurações de atos de corrupção, como se com isso promovesse a redução da corrupção.
Estamos, mais uma vez, diante de uma jabuticaba legislativa, a desafiar a mobilização da sociedade em desfavor de uma clara investida contra o Ministério Público, instituição que já deu provas de sua vocação na defesa da moralidade e do patrimônio públicos." In: VIANA, Cláudio Henrique; RIBEIRO, Felipe. Câmara dos Deputados abre fogo contra o Ministério Público. *Estadão Política*. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/camara-dos-deputados-abre-fogo-contra-o-ministerio-publico/ Acesso em: 20 dez. 2021.

pensadas para atingir essas pessoas, ainda que se permita sancionar agentes privados e pessoas jurídicas.

Já tipificação de corrupção no direito penal brasileiro tem como objetivo a sanção de pessoas físicas, não servindo como fundamento para a sanção de pessoas jurídicas. Além disso, dada a natureza do direito penal, os tipos fechados e as rígidas garantias do processo penal dificultam a imposição da pena. O problema narrado, entretanto, não é exclusividade brasileira, de forma que, a partir do final da década de 1990, houve a edição de tratados internacionais com objetivo de fortalecer o combate à corrupção, sobretudo no plano internacional.[82]

Alguns pontos merecem destaque nos tratados internacionais sobre o tema internalizados pelo Brasil. Primeiro, embora adotem tipificações semelhantes àquelas já adotadas pelo Brasil em sua legislação, a responsabilidade de pessoas jurídicas e medidas de prevenção exigiria adoção de medidas pelo país. Segundo, preveem a responsabilização das pessoas jurídicas que se beneficiam dos atos ilícitos neles previstos. Terceiro, a responsabilização não se restringe ao direito penal.

A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros de 1997 da OCDE, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 3.678/2000, estabelece em seu art. 2º que cabe às partes adotar "todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro". Seu art. 3º trata ainda das sanções às pessoas jurídicas: quando não for possível no sistema jurídico sua responsabilidade criminal, devendo ser assegurado que "as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção".

Quanto à tipificação, observa-se uma preocupação substancial em relação ao que caracterizamos no direito brasileiro como corrupção ativa, aquela praticada pelo

---

[82] "Particularmente no cenário internacional, há um forte estímulo ao emprego de institutos de direito administrativo sancionador para o combate à corrupção. As normas jurídicas de direito administrativo mais recentes em matéria de combate à corrupção têm origem em uma profícua e intensa influência de institutos estrangeiros já reconhecidamente bem-sucedidos. A título de ilustração, a Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846 de 2013, aparece no Brasil como um valioso instrumento para prevenir a corrupção por influência do *Foreign Corrupt Pratices Act* norte-americano de 1977." ARAUJO, Valter Shuenquener de. O Direito Administrativo e sua contribuição no enfrentamento à corrupção. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; MORGAN, Fernanda. *Direito Administrativo e Corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 68.

particular. Assim, o art. 1º da Convenção estabelece que medidas deverão ser tomadas para que seja delito criminal *"qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza"* com o objetivo de *causar "a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais".*

A Convenção Interamericana contra a Corrupção de 1996, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 4.410/2002, estabelece cinco condutas, todas elas semelhantes a condutas já criminalizadas no Brasil. Entretanto, a Convenção traz mecanismos de prevenção como seu ponto principal.

A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção de 2003, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 5.687/2006, estabelece em seu artigo 26 as medidas para responsabilização de pessoas jurídicas, cabendo a cada Estado adotar as "medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção."

A Convenção traz em seus artigos 15 e seguintes as tipificações, tais como: suborno de funcionários públicos nacionais (art. 15); suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas (art. 16). Os dois tipos trazem a separação entre o que convencionamos chamar de corrupção ativa e passiva. Os primeiros delitos caracterizados, segundo o tratado, por promessa, oferecimento ou concessão de benefício indevido a funcionário público para que, por ação ou omissão, beneficie o particular no cumprimento de suas funções. Aos funcionários públicos, configurar-se-á o delito quando solicitar ou aceitar o benefício indevido.

A influência dos tratados internacionais[83] mencionados pode ser observada no anteprojeto encaminhado à Presidência da República pelo Ministério da Justiça,

---

[83] "Como tendências e standards da comunidade internacional, especialmente dispostos na Convenção da OCDE de 1998, além das convenções internacionais referidas no primeiro capítulo deste trabalho, é notada a forte influência, no processo de elaboração da Lei nº 12.846/13, do conteúdo da lei norte-americana na prevenção da corrupção do estrangeiro, conhecida como *FCPA – Foreign Corrupt Practices Act* (1977).
Contudo, é preciso que fiquem assentadas as diferenças em termos de abrangência e responsabilização. Conforme já citado, o FCPA prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a LAC não. A lei norte-americana exige a comprovação de que havia o elemento subjetivo quanto à intenção de corromper por parte da pessoa jurídica, todavia, a lei brasileira, ao consagrar a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, exclui a demonstração de dolo ou culpa. Os americanos

Controladoria-Geral da União e Advocacia-Geral da União por meio da EMI n. 00011 2009 – CGU/MJ/AGU expressamente menciona como um dos motivos de sua elaboração as mencionadas convenções internacionais, sobretudo em relação ao ponto de responsabilização de pessoas jurídicas:

> 7. Além disso, o anteprojeto apresentado inclui a proteção da Administração Pública estrangeira, em decorrência da necessidade de atender aos compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil 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).
> 8. 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 sendo cobrado -, eis que a alteração promovida no Código Penal pela Lei n. 10.467, de 11 de junho de 2022, 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.

Outro destaque dado pela exposição de motivos do anteprojeto é o fato de que já existiam no Brasil medidas de sanção às pessoas jurídicas por atos de corrupção. Ainda assim, eram consideradas insuficientes, demandando uma resposta legislativa:

> 12. Outrossim, embora a sistemática de responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas já exista na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para as hipóteses de atos lesivos praticados em licitações e contratos administrativos, aquela legislação possui ainda lacunas que urgem ser supridas. As duas principais lacunas referem-se à previsão das condutas e às sanções. As condutas mais graves são tratadas apenas na seção sobre crimes da Lei nº 8.666, de 1993, a qual não se aplica à pessoa jurídica que se beneficia da conduta ou que determina a prática do delito, e as sanções aplicáveis à empresa no âmbito da Lei de Licitações não atingem de modo eficaz o seu patrimônio, nem geram o efetivo ressarcimento dos danos causados à Administração Pública.
> 13. Outro importante diploma legislativo que pode ser aplicado contra condutas lesivas praticadas contra a Administração Pública seria a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, Lei de Improbidade Administrativa. Todavia, em sua disciplina, a responsabilização da pessoa jurídica depende da comprovação do ato de improbidade do agente público, e as condutas descritas pela lei são de responsabilidade subjetiva, devendo ser

---

"consideram um excesso a responsabilização de uma empresa sem que se investigue em que medida ela estava efetivamente ciente do *wrongdoing*", contudo, conforme comenta Fortini, "soa inocente conceber que as práticas reiteradas de corrupção são realizadas sem o conhecimento da pessoa jurídica." MARIN, Tâmera Padoin Marques**.** *A Lei Anticorrupção e o Acordo de Leniência:* uma análise do regime geral para a celebração desse instrumento. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 75.

> comprovada a culpa dos envolvidos, com todos os inconvenientes que essa comprovação gera com relação às pessoas jurídicas.

Por fim, e talvez o ponto mais relevante para o presente subcapítulo, o anteprojeto aborda a extensão do rol de condutas a serem punidas. Repita-se, não se trata de inovar quanto à responsabilização de pessoas jurídicas, mas de estabelecer um sistema mais efetivo em comparação aos sistemas já existentes:

> 9. No que tange aos atos ilícitos a serem reprimidos, o anteprojeto possui um rol extenso de condutas puníveis capazes de lesar o Poder Público e a Administração estrangeira. As condutas lesivas descritas atendem à realidade vivenciada pela Administração e à necessidade de reprimir condutas lesivas que ainda não possuem previsão legal, quando praticados em benefício ou em nome de pessoas jurídicas.

A Lei n. 12.846/2013 foi a resposta legislativa às questões acima destacadas. A referida lei estabeleceu em seu art. 5º as condutas ilícitas cometidas por pessoas jurídicas[84] a serem punidas pela "prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira". A norma ganhou a alcunha de Lei Anticorrupção[85], embora a única menção à palavra corrupção esteja em seu art. 9º ao fazer referência à Convenção sobre o Combate de Corrupção da OCDE.

Mantendo a simplicidade e seguindo a nomenclatura que já conquistou a cultura jurídica nacional, corrupção será tratada (para os fins da lei em questão) como os atos ilícitos tipificados na norma. São basicamente cinco: (i) prometer, oferecer ou dar vantagem indevida; (ii) subvencionar a prática de atos ilícitos

---

[84] "Cabe assinalar desde logo que, nesse dispositivo, o legislador ordinário fez assentar um preceito capital para a aplicação do seu conjunto normativo dado que se refere expressamente as pessoas jurídicas, mas, sobretudo, às pessoas jurídicas de natureza privada, ou não públicas, estatais ou mistas, - ressalvando, em princípio (haverá exceções explicitadas), portanto, como se verá, as pessoas físicas. É que o art. 12 menciona claramente a prática por pessoas jurídicas de atos contra a administração pública e é consenso técnico o de que a administração direta ou indireta não pode, e assim por definição, praticar atos contra a própria administração, sendo que os eventuais desvios, equívocos, ilícitos ou delitos assim caracterizados, que se pudessem atribuir a essas pessoas jurídicas, logicamente, só poderiam incriminar os agentes ou servidores que as administram, e então, só a esses, por elas, se poderia responsabilizar. Parece indiscutível essa assertiva por aplicação sistemática das regras de organização administrativa e principalmente por efeito da organicidade do sistema e natureza do poder de administração, o qual sempre está necessariamente vocacionado ao bem público." DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. *Comentários sobre a Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 28.

[85] A nomenclatura, embora não esteja presente no texto normativo, foi adotada, inclusive, pela autoridade administrativa máxima determinada pela lei para as apurações dos ilícitos nela descrito, qual seja, a Controladoria-Geral da União. Veja, por exemplo, no sítio eletrônico do órgão a nomenclatura sendo usada para se referir à Lei n. 12.846/2013. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao. Acesso em: 06 jun. 2023.

previstos na lei; (iii) utilizar-se de pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus interesses ou os beneficiários dos atos praticados; (iv) ilícitos no âmbito das licitações e contratos, dos quais se desdobram sete condutas; e (v) de alguma forma frustrar as investigações do Poder Público.

Trata-se de rol de infrações de mera conduta, isto é, a mera prática da conduta enseja a aplicação da sanção, dispensada a ocorrência de lesão ou dano ao bem jurídico protegido, no caso o patrimônio público e os princípios da Administração Pública.[86] A lei pretende punir tais atos mediante responsabilidade objetiva, isto é, sem a necessidade de demonstração de elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa) [87], bastando que se verifique a ocorrência das condutas nela descritas[88] e a autoria.[89]

---

[86] "Um dos critérios utilizados para a escolha do bloco normativo que protegerá determinado bem jurídico baseia-se na teoria do risco. Por esse critério, são considerados crimes as condutas que causam lesões efetivas aos bens jurídicos, enquanto se consideram como infrações as condutas que simplesmente os colocam em risco, com o intuito de prevenir danos e proteger antecipadamente os bens jurídicos.
O critério é relevante por afastar a primazia da culpabilidade para caracterização da infração, pois importa ao ordenamento o mero descumprimento de uma norma para prevenção de perigos abstratos, independentemente do proveito ou do resultado alcançado. Trata-se das chamadas infrações de mera conduta, nas quais a mera prática da conduta descrita pela norma é suficiente para aplicação da sanção. Uma análise atenta aos tipos constantes dos incisos do art. 5º revela que a infração se consuma com o simples descumprimento da norma, independentemente da produção concreta de qualquer lesão ou dano." MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. Comentários ao art. 5º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. (coord) *Lei Anticorrupção Comentada***.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018

[87] "Os atos ilícitos imputados à responsabilidade objetiva da empresa, independe de terem sido cometidos por ordem, atos ou omissão de seus Administradores e Dirigentes, e são todos aqueles que resultem em dano ao erário público e benefício para a empresa, e podem ser cometidos por seus Administradores, Dirigentes, Empregados, Colaboradores e Terceiros, ou suas Controladoras e Controladas, Subsidiárias, Coligadas e Consorciadas." ANDRADE, Renata Fonseca. Sistema Anticorrupção, Lei de Improbidade Administrativa e Compliance. In: AUFIERO, Aniello; LINS, James. *Do Combate à Improbidade Administrativa:* considerações sobre a lei 8.429/92 e afins. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020, pp. 281-282.

[88]"Cabe observar que a responsabilidade objetiva na hipótese versada na lei parece não ser sempre equivalente à responsabilidade absoluta, pois haverá caso em que será possível demonstrar não ser a causa da lesão, apesar de relacionada com o agente e com o resultado, fruto de ato de responsabilidade da pessoa jurídica, sendo aí possível a contraprova para afastá-la. De outra parte, na expressão da lei, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica privada está logicamente relacionada com o resultado lesivo, de tal modo que um resultado contrário à administração sem o caráter lesivo não acarretará a responsabilidade sem culpa. A propósito, a lei utilizada indistintamente as categorias atos ilícitos e atos lesivos como se fossem os lesivos necessariamente ilícitos, quando assim pode não ser. Estão nessa classe os atos praticados em legítima defesa de seu interesse diante de eventos alheios à vontade ou de natureza incontrolável, assim como os atos praticados contra a administração em proteção ou defesa da igualdade quando ofendida ou violada ilicitamente por efeito de sacrifício individual desproporcional. A boa inteligência deve, pois, tentar reduzir as práticas cominadas às que efetivamente constituam ato ilícito em sentido estrito porque efetivamente lesivos." DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. *Comentários sobre a Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 32.

[89] "A norma legal estabelece que a responsabilidade da pessoa jurídica é objetiva. Em sendo assim, basta que estejam presentes, no que se refere ao dever de ressarcir, o nexo causal e o dano

Da leitura das condutas, podemos dividi-las em dois grupos: as condutas (i) e (iv) possuem efetivo potencial de gerar benefícios indevidos às pessoas jurídicas, enquanto as condutas (ii), (iii) e (v) são instrumentais, para possibilitar ou esconder o cometimento dos ilícitos previstos nas anteriores.

Assim, criou-se uma nova lógica para punir pessoas jurídicas privadas envolvidas em irregularidades contra o Poder Público[90]. Contudo, conforme será abordado oportunamente, criou-se uma sobreposição de sistemas sancionadores e não a substituição por um mais moderno, ocasionando disfuncionalidades importantes.

1.6 Conclusão parcial: um sistema fragmentado

---

decorrente de ato ilícito; e no caso de sanção, em que o ato tenha sido praticado pela empresa. Não cabe, pois, perquirir a existência de culpa, fator distintivo entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, pelo fato de a culpa não fazer parte do "tipo" administrativo.
Dessas assertivas, cabe destacar que a ausência de perquirição de culpa não afasta a necessidade de que haja constatação da prática de determinada conduta ilícita. Assim, a pessoa jurídica, para ser objeto das sanções da Lei Anticorrupção, deve ser considerada responsável pelo ato lesivo e deve praticar as condutas lesivas nela previstas" ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013):* uma visão do controle externo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 53.

[90] "Antes de tudo, deve-se atentar que, como universalidade, tais entes possuem existência meramente ideal, de modo que sua atuação passa necessariamente por manifestações de vontade de pessoas físicas, que podem ou não ser imputadas à pessoa jurídica.
Embora seja corrente se falar em indivíduos que tenham estatutariamente poder de representação de pessoas jurídicas, não vemos por que o fenômeno ser visto diferentemente do que se dá com servidores públicos: se o agente está legalmente adstrito a um órgão, seu agir é o agir do órgão, ou seja, ele é o órgão, o Estado (ou a empresa), em ação.
Nestes termos, a responsabilidade da pessoa jurídica por atos corruptivos se dará na medida em que, verificando-se que a conduta foi realizada por pessoa física em nome e a favor do ente ideal, tal ato lhe é imputável e, portanto, punível.
Em que pese a fórmula bem construída no sentido de a culpabilidade da empresa ter que ser aferida com base nos critérios de evitabilidade do dano e cumprimento de deveres de cuidado objetivo, entendemos que a resposta para a possibilidade de punição ou não do ente ideal está na figura da imputação, o que nos leva, inexoravelmente, à questão do padrão probatório necessário para configurar tal relação jurídica entre pessoas física e jurídica.
Em ilícitos empresariais não raramente há poucos vestígios palpáveis dos estratagemas usados para fraudar licitações ou contratos mantidos com o Poder Público, que são os principais atos tipificados pela LAE (inciso IV do art. 5º), ao lado da corrupção ativa propriamente dita (inciso I do art. 5º), cuja redação no diploma é mais severa que a do art. 333 do CP.
Logo, considerando ainda que dificilmente os representantes legais das empresas vão ser encontrados pessoalmente entregando dinheiro para servidores, a missão dos órgãos de apuração será no mais das vezes a de identificar atos corruptivos praticados por pessoas físicas sem vínculo formal com tais entidades, agindo clandestinamente em seu nome e em seu benefício." CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro. Lei n. 12.846/13 – Lei Anticorrupção Empresarial: considerações sobre o processo como instrumento de controle da administração sancionadora. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (coord.) *Controle da Administração Pública*. (versão para Kindle) Belo Horizonte: Fórum, 2017.

A análise histórica dos dispositivos dedicados ao controle da probidade mostra um apanhado de retalhos, criados de maneira reativa, imbuídos de moralismo, em um movimento que Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Veras Freitas denominaram de voluntarismo normativo, - isto é, a reação açodada do legislativo aos anseios (ainda que legítimos) de combate à corrupção, que resultam em falhas regulatórias em razão de erros de diagnóstico e análises superficiais[91] - e despreocupados com os efeitos sistêmicos que podem se originar da sua criação: a confusão criada é fruto de uma sucessão de erros bem intencionados.

Sob a vigência da Constituição de 1946, a figura do perdimento de bens paralelamente ao que já era previsto para tais condutas na legislação penal de 1940 criou confusão sobre a natureza do instituto. Mais tarde, com a Constituição de 1988, a previsão da improbidade no seu art. 37, §4º e a Lei n. 8.429/1992 que regulamentou o dispositivo, ampliou-se o sistema punitivo pela via cível, sem, mais uma vez, alterar o disposto na legislação penal. Mais grave, contudo, foi o amontoado de normas que se sucederam: a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, a Lei de Licitações e a Lei Anticorrupção buscaram regulamentar questões afetas à probidade, sem alterar ou sequer dialogar adequadamente com a Lei de Improbidade, apesar de serem normas criadas no mesmo momento histórico.

Conforme se relatou no presente capítulo, a adoção de mecanismos cíveis para combater a improbidade não significou o abandono da *ultima ratio* do Direito Penal e, tampouco, significou uma empreitada coordenada contra a improbidade. Eventos específicos demandaram soluções específicas que se amontoaram às anteriores.

---

[91]"Nutrido pela legítima reação da sociedade contra a corrupção, vimos assistindo o desenvolvimento de um "sistema legal de defesa da moralidade administrativa. Ele é composto pela parte penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (artigos 90 et seq. Da Lei n. 8.666/1993); pela Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência); pela Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa); pelos artigos 312 et seq. Do Código Penal, que disciplinam os crimes praticados contra a Administração Pública, pela Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e, mais recentemente, pela Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Tais diplomas, na sua maioria, resultaram de manifestações legislativas expandidas, provocadas pela pressão popular (uma espécie de "voluntarismo normativo", por assim dizer). Essa marcha legislativa açodada costuma produzir falhas regulatórias, por erros de diagnóstico e análises superficiais." MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras. *Comentários à Lei n. 13.655/2018*: lei de segurança para inovação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p.129.

É essa sobreposição de normas que busca atacar o mesmo problema por ângulos diferentes que gerará as disfuncionalidades que servem como objeto da presente pesquisa.

2 PANORAMA ATUAL DO CONTROLE DA PROBIDADE

> No mais, em algum momento será preciso que, sem comprometer a essência da autonomia federativa, tampouco o valor do controle público independente, seja repensada a incrível multiplicação normativa e decisória que a soma de um com o outro acabou por produzir. O Brasil jurídico ficou por demais complexo, fragmentado, instável e imprevisível na área pública.
>
> *Carlos Ari Sundfeld, 2022*

Conforme visto no capítulo anterior, a busca pela criação de mecanismos capazes e efetivos de controle da relação entre público e privado geraram diversos diplomas normativos com fundamentos distintos, buscando regular facetas distintas do problema.

O presente capítulo pretende expandir a análise desse problema a partir da abordagem sobre as normas atualmente em vigor e a inevitável sobreposição que ocorre, sendo certo que tal preocupação não é inédita na literatura[92], havendo quem critique[93] tal sistema e aqueles que defendam.[94]

---

[92] "Alia-se tal circunstância a existência de uma superposição de instrumentos normativos – isto é, diferentes leis e atos normativos infralegais – voltados a tratar de fenômenos complexos e multifacetados, que encontram ampla zona de convergência. Isso leva à constatação de que uma mesma conduta pode atrair a competência de diferentes instituições. Exemplos notórios são condutas anticompetitivas em licitações, como cartéis. A competência para punição é tanto da entidade antitruste – o CADE – como de instituições responsáveis pela tutela do erário, a exemplo do Ministério Público e dos tribunais de contas. Não bastasse isso, caso as empresas investigadas desejem celebrar um acordo de leniência, a Lei Anticorrupção atribuiu à CGU (na esfera federal) a competência para firmar o acordo, o que, na prática, é conduzido em conjunto com a Advocacia-Geral da União, por força de alinhamento articulado entre os órgãos." VORONOFF, Alice; TOLEDO, Renato. Combate à Corrupção e Eficiência: os Fins Justificam os Meios? Ou Temos Direito a um Estado Probo e Eficiente? In: NÓBREGA, Antonio Carlos Vasconcellos; MARÇAL, Thais*. Estudos sobre a Legislação Anticorrupção e Compliance.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 342.

[93] "Isso nos faz refletir sobre a extensão da previsão legal, pois se o Tribunal de Contas da União conclui que um servidor não agiu com má-fé, tampouco com dolo, é inexplicável a convivência dessa decisão com eventual sanção administrativa e inclusive ação judicial. Uma única conduta enseja que o agente responda por improbidade administrativa, ação civil, processo administrativo, ação penal e crime de responsabilidade (se for o caso), sendo que cada órgão sancionador é dotado de autonomia para determinar as próprias penalidades, sem imposições de outrem." MARZAGÃO, Lídia Valério; CARDOSO, Raphael de Matos. Lei Anticorrupção: novos desafios ao sistema jurídico: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARGAZÃO JUNIOR, Laerte I. (coord.) *Direito Administrativo Sancionador.* São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 197.

Contudo, o presente capítulo buscará abordar a temática compartimentalizando o problema em três eixos: (i) analisando existência de esferas de responsabilização civil, penal e administrativa que incidem sobre os mesmos fatos a partir de tais normas; (ii) a multiplicidade de instituições com competência para iniciar um processo de imposição de sanções ou efetiva competência para aplicar tais penalidades; e, finalmente (iii) a análise de que as leis em questão abordam o problema a partir de racionalidades distintas, buscando alcançar o mesmo objetivo (defesa da probidade em sentido amplo), porém, a partir de lógicas diferentes.

Assim, além do seu caráter eminentemente descritivo do problema, busca-se o estabelecimento de premissas para os capítulos subsequentes, quais sejam, a análise de problemas específicos frutos de um sistema fragmentado e o caminho proposto para mitigar ou solucionar tais problemas.

2.1 Esferas de responsabilização

No ordenamento jurídico brasileiro coabitam três espécies de responsabilidade: civil, penal e administrativa. Essas três esferas de responsabilização são autônomas e os mesmos fatos podem receber tratamentos distintos em cada uma delas, já que há regras e procedimentos próprios para a caracterização de cada uma dessas naturezas de responsabilidade. Assim sendo, não há correlação necessária entre a ilicitude em uma esfera ensejar a ilicitude nas outras, embora seja comum que um fato ilícito assim o seja em mais de uma esfera ou mesmo nas três.[95]

---

[94] Para a defesa de um sistema de múltiplos atores institucionais, conferir CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. *Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: lessons from the Brazilian case. The Quarterly Review of Economics and Finance*, n. 62, 2016.

[95] "A responsabilidade se origina de uma conduta ilícita ou da ocorrência de determinada situação fática prevista em lei e se caracteriza pela natureza do campo jurídico em que se consuma. Desse modo, a responsabilidade pode ser civil, penal e administrativa. Cada responsabilidade é, em princípio, independente da outra. Por exemplo, pode haver responsabilidade civil sem que haja responsabilidade penal ou administrativa. Pode também haver responsabilidade administrativa sem que se siga conjuntamente a responsabilidade penal ou civil. Sucede que, em algumas ocasiões, o fato que gera certo tipo de responsabilidade é simultaneamente gerador de outro tipo; se isso ocorrer, as responsabilidades serão conjugadas. Essa é a razão por que a mesma situação fática é idônea a

Sobre a responsabilidade civil, necessário destacar que se trata do dever de reparar o dano que o ato ilícito identificado causou, conforme previsão do art. 927 do Código Civil.[96] Já o art. 944 do Código Civil estabelece a relação entre a reparação e a extensão do dano.

A reparação civil, deve, portanto, ser suficiente para recompor a perda sofrida, mas também, via de regra, não deve ir além da extensão do dano, o que representaria um enriquecimento sem causa do ofendido, embora a jurisprudência brasileira admita timidamente o uso da responsabilidade civil com finalidades pedagógico-punitivas, isto é, com objetivo não apenas de ressarcir o dano, mas também desestimular o ofensor contumaz a repetir o ilícito[97].

Como regra, no entanto, deve-se reconhecer que a responsabilidade civil não tem natureza de sanção e busca preservar o interesse do sujeito prejudicado pelo restabelecimento do seu *status quo ante*. Significa dizer, portanto, que a responsabilização civil objetiva a mitigação do dano sofrido, às custas do patrimônio do ofensor. Obviamente, aquele que causa do dano terá uma redução da sua esfera patrimonial para ressarcir o dano cometido, mas isso não significa, repita-se, uma punição imposta pelo ordenamento jurídico. Pelo contrário, o ordenamento

---

criar, concomitantemente, as responsabilidades civil, penal e administrativa." CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 32. ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2018.

"É possível que a mesma conduta configure infração administrativa, acarrete dano à Administração e seja tipificada como crime. Neste caso, o servidor arcará com as consequências da responsabilidade administrativa, civil e criminal, pois as três têm fundamento e natureza diversos. O mesmo se aplica na ocorrência de duas modalidades de infração." MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* 21. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 303.

[96] O art. 927 do CC faz expressa referências aos seus arts. 186 e 187, que tratam do ato ilícito e do abuso de direito, respectivamente.

[97] Nesse sentido, confira-se o trecho de MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Curso de Direito Civil, v. IV – Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2015, p. 6-7: "A despeito de concordarmos que a função preponderante da responsabilidade civil é compensadora, soma-se, ainda que em menor amplitude no direito brasileiro, a chamada função punitiva, de que se valem algumas fundamentações de julgados quando se referem propriamente à compensação pecuniária pelo dano moral sofrido. [...] Ainda que as indenizações punitivas (punitive damages) em que efetivamente há um aumento considerável dos valores fixados para compensação dos danos morais não sejam referendadas pela jurisprudência brasileira como sucede nos países de common law, o fato é que já na doutrina que vem se formando no Brasil a defesa entusiasmada de sua adoção para conter práticas abusivas e comportamentos antissociais reiterados"

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça observa-se tal manifestação sob o manto da exemplaridade: "Por tal razão, a reparação há de ser corresponde ao grau da ofensa praticada observando-se, o critério da proporcionalidade entre o ato ilícito e a extensão dos danos sofridos, bem como o caráter sancionatório e inibidor da condenação em face das condições econômicas do ofensor. Ademais recomenda-se na fixação da indenização, atentar para o princípio da exemplaridade, a traduzir-se no efeito pedagógico que há de decorrer da condenação" STJ, Agravo em Recurso Especial 902092/PR, Rel. Min. Moura Ribeiro. DJe 08 jun. 2017

desincentiva medidas que possam resultar em enriquecimento do ofendido com resultados melhores do que aqueles anteriores ao dano sofrido.

A diferenciação entre as responsabilidades criminal e administrativa, entretanto, é percurso mais tortuoso. A doutrina clássica procurava estabelecer tal diferenciação a partir da autoridade competente para imposição da sanção (o Judiciário para as sanções penais e a Administração para as sanções administrativas). No entanto, esse critério não parece se sustentar, uma vez que, apesar de se reconhecer a exclusividade do Poder Judiciário para a aplicação da sanção penal, há casos em que lhe são atribuídas também competência para a aplicação de sanções tipicamente administrativas.

Veja-se, por exemplo, o caso das ações de improbidade administrativa. Apesar de o artigo 37, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil prever expressamente a aplicação de sanções aos praticantes de tais atos ilícitos, *"sem prejuízo da ação penal cabível",* a opção do legislador ao editar a Lei n. 8.429/92 foi a de concentrar no Poder Judiciário não somente o poder de aplicar as sanções penais, mas também as sanções de natureza administrativa, como, por exemplo, perda dos bens ou valores acrescidos ilegalmente, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Já mais recentemente, a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) previu tanto a possibilidade de ação judicial (arts. 18 a 20), como a instauração de processo administrativo de responsabilização - PAR, por meio do qual a Administração Pública poderá impor sanções revestidas claramente de natureza administrativa, como multa e publicação extraordinária da decisão condenatória. Entretanto, as sanções mais graves da lei ficaram reservadas à atividade jurisdicional. Não é, conforme já abordado no subcapítulo anterior, a instância de responsabilização que determinará a natureza da sanção, podendo haver responsabilidade administrativa – ou ao menos parte das sanções – imposta exclusivamente pelo Judiciário.

No que diz respeito aos ilícitos praticados contra a Administração, a lei prevê os casos em que, excepcionalmente, poderá haver comunicabilidade entre essas diferentes esferas. Em geral, trata-se de casos específicos em que a solução determinada no âmbito penal vincula a decisão a ser adotada nas instâncias civil ou administrativa. Assim, por exemplo, segundo o disposto no art. 126 da Lei n. 8.112/1990, que institui o regime jurídico dos servidores públicos federais, a

absolvição de um servidor púbico em ação penal por negativa de autoria ou imaterialidade (reconhecimento da inexistência do fato considerado crime) vincula a decisão de outras autoridades quanto à sua responsabilidade civil ou administrativa.

Note-se, a esse respeito, que caso a absolvição se dê pelo reconhecimento do estado de necessidade, legítima defesa ou pela ausência de prova, não haverá nenhuma repercussão em outras esferas de responsabilidade. A vinculação ocorrerá apenas quando reste comprovada, segundo a sentença penal, que o réu não foi o autor do crime ou que o fato investigado sequer ocorreu.[98]

Por outro lado, por força do disposto no art. 92, I do Código Penal, caso o servidor seja condenado por crime cometido contra a Administração Pública, se houver a fixação de uma pena igual ou superior a um ano, a sentença penal terá o efeito de determinar a perda do cargo público, que é um efeito tipicamente administrativo. O mesmo ocorrerá nos casos de crimes comuns — ou seja, que não tenham sido praticados em função do cargo ocupado —, quando a pena fixada for superior a quatro anos.[99]

Apesar de não haver determinação legal específica nesse sentido, a jurisprudência tem admitido também uma hipótese na qual a decisão administrativa poderá impactar a esfera penal de responsabilização. Trata-se do caso em que a

---

[98] "Se a decisão penal for absolutória, será necessário distinguir o motivo da absolvição:
a. se a decisão absolutória afirma a inexistência do fato atribuído ao servidor (art. 386, I, do CPP) ou o exclui expressamente da condição de autor do fato (ou, nos dizeres do novo inciso IV do art. 386 do CPP, reconheça "estar provado que o réu não concorreu para a infração penal"), haverá repercussão no âmbito da Administração: significa que esta não poderá punir o servidor pelo fato decidido na esfera criminal. A instância penal, no caso, obriga a instância administrativa. Se a punição já tiver sido aplicada, deverá ser anulada em virtude do que foi decidido pelo juiz criminal;
se a decisão absolutória, ao contrário, absolver o servidor por insuficiência de provas quanto à autoria ou porque a prova não foi suficiente para a condenação (art. 386, V e VII, do CPP), não influirá na decisão administrativa se, além da conduta penal imputada, houver a configuração de ilícito administrativo naquilo que a doutrina denomina de conduta residual." CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2018.

[99] "Finalmente, é importante ressaltar que no próprio Código Penal houve uma evolução no sentido de limitar os reflexos da conduta do funcionário fora do cargo sobre a situação funcional. Antes da alteração da Parte Geral, procedida pela Lei n. 7.209, de 11-7-84, a perda da função pública constituía pena acessória quando o servidor fosse condenado à pena privativa de liberdade por crime praticado com violação de dever inerente à função pública, ou condenado por outro crime à pena de reclusão por mais de dois anos, ou detenção por mais de quatro anos; neste último caso, a perda decorria automaticamente da sentença, ainda que não houvesse declaração expressa (arts. 82, I, 83 e 87).
A partir da alteração decorrente daquela lei, a perda do cargo, função pública ou mandato deixou de ser pena acessória e passou a constituir efeito da condenação apenas nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública e desde que a pena aplicada seja superior a quatro anos; além disso, esse efeito não é automático, devendo ser motivadamente declarado na sentença (art. 92, I e parágrafo único)". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

denúncia que inaugura a ação criminal se fundamente única e exclusivamente em elementos extraídos de investigação em curso na esfera administrativa. Quando isso ocorrer, caso o processo administrativo venha a ser arquivado após julgamento que considere inocente o réu, entende-se que a denúncia restará sem justa causa, não sendo possível prosseguir com a ação penal, a qual dependeria da existência de outros elementos distintos daqueles que foram extraídos do processo administrativo em que se absolveu o investigado[100].

Sobre a relação entre sanção penal e sanção administrativa, fundamental destacar ainda que há um claro movimento contemporâneo de ampliação do poder sancionatório da Administração Pública. Isso decorre em parte da chamada crise do direito penal e da influência crescente, a partir dos anos 70, das ideias de um direito penal mínimo, em decorrência do congestionamento dos tribunais, sobrecarga dos sistemas prisionais e necessidade de proteção dos direitos fundamentais, dentre os quais o direito à liberdade. Claus Roxin, por exemplo, defende que o direito penal deve ser reservado a casos de maior gravidade, funcionando como *ultima ratio* e medida coercitiva a ser manejada pelo Estado apenas em casos extremos, restando ao Estado medidas menos graves para casos menos graves[101].

Essa tendência da valorização dos direitos individuais e maior proteção das liberdades tem as suas origens nas revoluções burguesas do século XVIII, como recorda Cezar Roberto Bitencourt, quando se abandona o fundamento teocrático da sanção penal, equiparada a um castigo divino e busca-se fundamentos orientados por valores juridicamente mais consistentes, levando-se em conta princípios como a

---

[100] Tal entendimento pode ser extraído da ementa do Habeas Corpus n. 81.324/SP: "Denúncia por crime contra o Sistema Financeiro Nacional oferecida com base exclusiva na representação do BANCO CENTRAL. Posterior decisão do BANCO determinando o arquivamento do processo administrativo, que motivou a representação. A instituição bancária constatou que a dívida, caracterizadora do ilícito, foi objeto de repactuação nos autos de execução judicial. O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional referendou essa decisão. O Ministério Público, antes do oferecimento da denúncia, deveria ter promovido a adequada investigação criminal. Precisava, no mínimo, apurar a existência do nexo causal e do elemento subjetivo do tipo. E não se basear apenas na representação do BANCO CENTRAL. Com a decisão do BANCO, ocorreu a falta de justa causa para prosseguir com a ação penal, por evidente atipicidade do fato. Não é, portanto, a independência das instâncias administrativa e penal que está em questão. HABEAS deferido". Supremo Tribunal Federal, DJe 23 ago. 2002, Habeas Corpus 81.324/SP, Rel. Min. Nelson Jobim.
Nesse mesmo sentido estão, por exemplo: Supremo Tribunal Federal, DJe 16 abr. 2004, Habeas Corpus 83.674/SP, Rel. Min. Carlos Velloso; e Supremo Tribunal Federal, DJe 23 abr. 2010, Habeas Corpus 95507/SP, Rel. Min. Cezar Peluso.

[101] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais do Direito Penal.* Lisboa: Veja, 1998.

da ampla defesa, igualdade formal e dignidade humana, preconizando-se uma intervenção estatal mínima[102].

No Brasil, esse movimento é especialmente sensível no campo do combate à corrupção, revelando-se na maioria das vezes contraditória, considerando a introdução de novos mecanismos administrativos de controle, embora a esfera penal também tenha recebido incrementos importantes com a introdução de novos instrumentos de investigação, incluindo mecanismos consensuais, de transação penal, inexistentes no direito brasileiro há alguns anos, como aqueles introduzidos especialmente pela lei da lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/1998) e lei das organizações criminosas (Lei n. 12.850/2013).

Sobre a tendência de valorização da sanção administrativa em detrimento da sanção penal, Alice Voronoff defende que houve um aumento do poder sancionatório da Administração Pública influenciado pelo descrédito vivenciado pelo direito penal.[103] Importante observar, ainda, que as inovações legislativas penais estão mais voltadas para a modernização do processo penal, com a introdução de ferramentas para a obtenção de provas e instrução das ações penais, do que propriamente para a criação de novos tipos penais, reforçando a interpretação de que o problema atual da sanção penal é o caminho percorrido, não o ponto de chegada.

A busca de alternativas mais eficazes no direito sancionador em relação aos instrumentos tradicionais do direito penal, indica uma completa separação entre essas esferas de responsabilização. A finalidade perseguida pela lei, portanto, é criar hipóteses de responsabilização administrativa que independam das formalidades inerentes ao processo penal. A ideia é permitir que haja resposta punitiva estatal, inclusive naqueles casos não alcançados pelo direito penal e que

---

[102] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal:* parte geral 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

[103] Mas há talvez uma causa ainda mais peculiar para essa expansão acelerada do poder sancionatório da Administração Pública. Comunga-se, hoje, de uma espécie de frustração generalizada com a efetividade do direito penal, que incentiva a adoção de respostas alternativas em outros campos, como o cível e o administrativo, não raro bastante gravosas (já que criadas justamente para gerar a sensação de combate à impunidade). Disso é exemplo a Lei Brasileira Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). VORONOFF, Alice. *Direito Administrativa Sancionador no Brasil:* Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 31.

não configurem crime. Essa intenção resta clara na própria exposição de motivos da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013)[104]:

> 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.

Verifica-se, portanto, que a Lei brasileira anticorrupção foi claramente uma tentativa de buscar respostas de combate à corrupção fora dos limites do direito penal, de modo que não é possível sustentar que a sua aplicação dependa da possibilidade de se enquadrar as condutas investigadas em algum tipo penal específico.

Assim parece claro que a caracterização de ato lesivo à Administração Pública, na forma do art. 5º daquela lei e que fundamenta a aplicação das sanções administrativas ali previstas, independerá de que tais atos configurem conduta criminosa. Tanto assim que a Lei Anticorrupção admite responsabilização objetiva, isto é, sem caracterização da culpabilidade do agente, o que é inteiramente vedado no direito penal, cuja responsabilização sempre dependerá da caracterização de culpa ou dolo do agente.[105]

A principal distinção, portanto, entre a responsabilidade administrativa e a penal parece residir na natureza das sanções a serem impostas. Enquanto o direito penal permite a aplicação de pena restritiva de liberdade, que dependerá sempre da

---

[104] A exposição de motivos do Projeto de Lei nº 6.826/2010, que deu origem à Lei Anticorrupção pode ser consultado na página eletrônica mantida pela Câmara dos Deputados no Brasil, no seguinte endereço da internet: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7DE55B1AC0A267BA955D7DDE1D0BDBC1.proposicoesWebExterno1?codteor=1084183&filename=Avulso+-PL+6826/2010. Acesso em: 02 jul. 2019.

[105] Trata-se do princípio da culpabilidade no Direito Penal: "Isso significa que para determinado resultado ser atribuído ao agente é preciso que a sua conduta tenha sido dolosa ou culposa. Se não houve dolo ou culpa, é sinal de que não houve conduta; se não houve conduta, não se pode falar em fato típico; e não existindo o fato típico, como consequência lógica, não haverá crime. Os resultados que não foram causados a título de dolo ou culpa pelo agente não podem ser a ele atribuídos, pois a responsabilidade penal, de acordo com o princípio da culpabilidade, deverá ser sempre subjetiva". GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal:* Parte Geral. Niterói: Editora Impetus, 2016, p. 141.

atividade jurisdicional, o direito administrativo sancionador se restringe à aplicação de sanções administrativas, que podem variar significativamente, podendo-se referir exemplificativamente à advertência, multa, suspensão de direitos, embargo de atividade, apreensão de mercadoria, interdição de estabelecimento, obrigações de fazer, como a publicação de informações, entre outras. Em outras palavras, a distinção entre elas seria de grau e não de natureza.[106] A simplicidade de tal afirmação, entretanto, voltará a ser abordada quando da análise dos valores jurídicos aplicáveis ao direito administrativo sancionador.

Assim, ainda que o direito de punir do Estado possa se manifestar tanto no âmbito da responsabilidade penal quanto da responsabilidade administrativa, as sanções de natureza penal, que admitem penas privativas de liberdade, somente são possíveis na esfera do direito penal e somente podem ser aplicadas pelo Judiciário, sendo vedada sua aplicação pelo administrador. Já a competência para a aplicação das sanções administrativas poderá ser conferida pela lei à autoridade administrativa tanto quanto ao Judiciário, conforme o caso.

Outra importante diferenciação entre as esferas penal e administrativa é que, como regra, o direito penal é inaplicável às pessoas jurídicas. Sua aplicação, em geral, se destina à punição de indivíduos (pessoas físicas), exatamente pela sua natureza de restrição do direito individual à liberdade. Excepcionalmente, tem sido admitida no Brasil a responsabilização criminal de pessoas jurídicas nos crimes ambientais, em razão de disposição específica contida no art. 225, §3º da CF[107].

O direito administrativo sancionador admite, de maneira pacífica e prevista em lei, sua aplicação também às pessoas jurídicas, conforme se verifica, por exemplo, do art. 2º, §1º da Lei Anticorrupção: “A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput”.

---

[106] “Não se ignora que os campos penal e administrativo mantêm uma comunicação contínua e dinâmica moldada pelas diferentes demandas e necessidades sociais de cada momento histórico. Mas isso não permite afirmar que os institutos sejam fungíveis. Há vocações e países distintos em cada caso. Aspectos finalísticos e funcionais próprios que devem ser valorados (ainda que as diferenças quanto ao direito penal sejam de grau, e não absolutas), em busca de consistência e coerência.” VORONOFF, Alice. *Direito Administrativa Sancionador no Brasil:* Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 79.

[107] É o caso de crimes ambientais. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 548181/PR o Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 225, 3º da Constituição admite que a pessoa jurídica figure isoladamente como réu em ação penal.

A responsabilidade objetiva, embora dispense a comprovação de dolo ou culpa, não se confunde com a responsabilidade pelo risco integral. O risco integral atrai a responsabilidade a partir da comprovação da relação de causa e efeito (nexo causal) entre o evento danoso e a participação do agente, desconsiderando excludentes como culpa da vítima, força maior e caso fortuito). A responsabilidade objetiva por sua vez admite tais excludentes, permitindo à pessoa jurídica demonstrar que não houve violação à ordem jurídica ou que tal evento não decorreu de seus representantes (rompimento do nexo de causalidade).[108]

Sobre responsabilidade administrativa das empresas privadas, pelas condutas objeto da presente pesquisa, incidem potencialmente: a Lei Anticorrupção - LAC (Lei n. 12.846/2013); a Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei n. 8.429/1992); a Lei n. 8.443/1992 que institui a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União - LOTCU; as Leis de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/1993; Lei n. 13.303/2016 e Lei n. 14.133/2021); e a Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/2011).[109]

Cada uma possui hipóteses de incidência e punições distintas que, eventualmente, poderão incidir conjuntamente. Quando da incidência concomitante de duas ou mais leis de responsabilização, surgirá o problema aqui estudado, qual seja, a disfunção entre os microssistemas, resultando, potencialmente, em decisões divergentes e, consequentemente, em insegurança jurídica. Para a compreensão da dimensão do problema, apresenta-se no próximo subcapítulo a hipótese de incidência de cada lei, seus destinatários e as sanções aplicáveis aos transgressores.

2.2 Instâncias de responsabilização

[108] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Véras, A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas. *Revista Fórum Administrativo*, v. 156, 2014, p. 8.

[109] Não se ignora a existência de outras fontes de sanção administrativa que estabelecem instâncias próprias de apuração e que poderiam resultar em muitos dos problemas aqui analisados, como por exemplo a Lei n. 13.506/2017 que regulamenta o processo administrativo sancionador no âmbito do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários, ou ainda as leis das agências reguladores no âmbito de suas competências setoriais. Entretanto, a abordagem exaustiva de todos os microssistemas sancionadores seria inviável e traria contribuições limitadas à análise que se pretende no presente trabalho.

Como mencionado anteriormente, o mesmo fato pode ser considerado ilícito em diferentes esferas de responsabilização, com fundamentos normativos e hipóteses de incidências distintos. Outro ponto importante a ser destacado é que poderá ser perseguido pelo Estado em instâncias distintas e de forma autônoma, obtendo-se, inclusive resultados diferentes em cada caso, até mesmo contraditórios. Ainda, a aplicação de normas distintas resultará em sanções distintas e, quando iguais ou semelhantes, poderá resultar em dosimetrias divergentes. O presente subcapítulo busca descrever tais pontos para que posteriormente se possa compreender tais disfunções.

Em relação à responsabilidade civil, o Estado brasileiro não faz concessões. Isto é, quando houver efetivo dano ao erário, não há hipótese legal que admita que o causador do dano não proceda ao ressarcimento, desde que devidamente identificado e quantificado. Tal conclusão pode ser extraída tanto da imprescritibilidade das ações de ressarcimento consagrada no art. 37, §5º, da Constituição Federal, mas também dos dispositivos que regulamentam as soluções consensuais (art. 17-B, da Lei n. 8.429/1992 e art. 16, §3º, da Lei n. 12.846/2013). Tais meios de resolução são, inclusive, formas mais eficientes para que o Estado consiga o ressarcimento, não fazendo sentido que abrisse mão de parte dos valores – o que não significa, entretanto, que a pluralidade de autoridades calculando tal valor não seja prejudicial, conforme será abordado oportunamente.

Em relação à responsabilidade administrativa, a pluralidade de normativos requer uma análise específica de cada um deles. A Lei de Improbidade Administrativa concede ao Judiciário o monopólio da sanção, como já referido, ainda que a ocorrência da improbidade (ou dos atos nela tipificados) possa servir como fundamento de sanções aplicada pela Administração Pública pela via do processo administrativo (como é o caso da Lei n. 8.112/1990).

Já a Lei Anticorrupção concentra seus esforços no Processo Administrativo de Responsabilização, onde serão apurados os valores para a responsabilidade civil, a multa e a publicação extraordinária da decisão condenatória, cabendo ao Judiciário aplicar as sanções mais graves, como o perdimento de bens, a suspensão das atividades ou até mesmo a dissolução compulsória da pessoa jurídica. As sanções reservadas ao Judiciário, contudo, não parecem privilegiar o ressarcimento

do dano, mas somente a punição, figura extremamente complexa ao se tratar de pessoas jurídicas dada a importância social que representam.

A Lei de Improbidade Administrativa tem como objetivo punir agentes públicos que atuem de maneira ímproba no exercício da função pública. Sua aplicação aos particulares que se beneficiam dos atos ímprobos é excepcional, condicionada à obtenção efetiva de vantagem. Por essa razão, o Superior Tribunal de Justiça em 2015 fixou a tese nº 8 sobre Improbidade Administrativa consolidando o posicionamento do Tribunal sobre a necessidade de o agente público constar no polo passivo da demanda:

> É inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.[110]

Já a Lei Anticorrupção tem o objetivo principal de responsabilizar as empresas envolvidas em atos lesivos ao patrimônio público e foi editada justamente para suprir a lacuna encontrada na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. A Lei Anticorrupção prevê responsabilização na esfera administrativa e judicial, variando suas sanções para cada uma delas. Sua principal diferença para as pessoas jurídicas que participam de atos lesivos ao Poder Público em relação às normas da Lei de Improbidade, que estavam exclusivamente sujeitas anteriormente, é a responsabilidade objetiva.

A relação entre LIA e LAC é tormentosa. Como referido, a LAC surge com o objetivo de estabelecer sanções mais rígidas e procedimentos mais eficazes aos atos de corrupção cometidos por pessoas jurídicas. A LIA, entretanto, já possibilitava a sanção de pessoas jurídicas ao estabelecer, em seu art. 3º, aplicação àqueles que mesmo não sendo agentes públicos induzam ou concorram para a prática de ato ímprobo ou dele se beneficiem. Destaca-se ainda que as condutas ilícitas descritas na LAC são abarcadas em sua integralidade pela LIA, dada a natureza aberta dos tipos nela contidos.[111]

---

[110] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses. ed. 38. Brasília, 05 ago. 2015. Disponível em: < https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44487/5/1_Manual_de_Responsabilizacao_Administrativa.pdf >. Acesso em: 06 jun. 2023.

[111] Veja-se o posicionamento de José Roberto Pimenta Oliveira: “As pessoas jurídicas respondem no regime sancionatório da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), com fulcro no art. 3º daquele diploma legal. Em rigor, todos os ilícitos descritos na Lei n. 12.846 constituem atos de

Sobre a relação entre as referidas leis, José Roberto Pimenta Oliveira defende que compõem o mesmo sistema sancionador, ambas regulamentando o art. 37, §6º da CF. Para o autor, haverá um sistema de responsabilização sempre que o ordenamento jurídico:

> ordenar sistematicamente o exercício de competências sancionatórias ou punitivas a partir de quatro elementos essenciais: os bens jurídicos tutelas, os ilícitos fixados, as sanções estatais oponíveis e o processo estatal regular a ser observado.[112]

Prossegue o autor para conclusão de que, assim, a LAC não inauguraria um novo sistema de responsabilização, pois se limitou a alterar de maneira substantiva a forma de imputação da responsabilidade civil, o sistema de responsabilidade administrativa e o sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa.[113]

Aqui é preciso estabelecer uma discordância com o posicionamento relatado. A ideia de que LAC e LIA comporiam o mesmo sistema de responsabilização seria o desejável e evitaria muitas das disfuncionalidades que serão abordadas na presente pesquisa. Entretanto, é preciso reconhecer que o diálogo entre as referidas leis é permeado de graves ruídos. Principalmente pela via de responsabilização escolhida: a LAC privilegia a solução pela via administrativa (e muitas vezes consensual pelo acordo de leniência), tratando da via judicial como uma espécie de *ultima ratio*, com sanções mais graves, enquanto a LIA trata de um sistema de responsabilização pela via judicial (em relação às pessoas jurídicas[114]), inclusive com normas de caráter processual.

---

improbidade administrativa, havendo a comprovada participação de agentes públicos nos atos ilícitos (art. 2º)". Cf. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao Art. 3º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. (coord) *Lei Anticorrupção Comentada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 23.

[112] Cf. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao Art. 3º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. (coord) *Lei Anticorrupção Comentada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 23.

[113] Cf. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao Art. 3º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. (coord) *Lei Anticorrupção Comentada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 24.

[114] Desse modo, é possível a condenação de pessoas jurídicas por atos de improbidade, com fundamento na Lei nº 8.429, de 1992, sendo-lhes aplicáveis as sanções descritas no art. 12 do referido normativo, no que couber. Ressalte-se que, apesar da previsão legal de processo administrativo e judicial para apuração da responsabilidade decorrente de atos de improbidade, as pessoas jurídicas de direito privado somente estão sujeitas à responsabilização na esfera judicial. Controladoria-Geral da União. *Manual de Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas*. Brasília, 2018.

A Lei N. 14.230/2021, ao alterar substancialmente a Lei N. 8.429/1992, tratou da relação entre os dois diplomas normativos mencionados. O novo art. 3º, §2º, impõe que suas sanções não se aplicarão “à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013”.

Apesar de louvável a tentativa do legislador de racionalizar a aplicação das sanções, algumas questões merecem ser levantadas: (i) caso ação por improbidade administrativa seja proposta antes da existência de processo administrativo de responsabilização, o Judiciário deverá excluir do polo passivo a pessoa jurídica suspeita de atos ilícitos, sem a garantia de que tal processo será instaurado?; (ii) caso o processo administrativo de responsabilização seja finalizado antes do processo judicial, concluindo pela inexistência de atos ilícitos, o Judiciário poderá concluir pela condenação das pessoas físicas, enquanto a pessoa jurídica não será sancionada?

Em relação à primeira pergunta, cabe observar que a Lei n. 14.230/2021 atribuiu exclusivamente ao Ministério Público a legitimidade ativa para a propositura de ação por improbidade administrativa, enquanto a Lei n. 12.846/2013 atribui à própria Administração Pública a instauração do processo administrativo. Ainda que se reconheça ao Ministério Público formas de provocar a Administração à instauração de tal processo, a lei é categórica ao atribuir à “autoridade máxima de cada órgão ou entidade” tal competência (art. 8º).

A segunda pergunta remete ao fato de que não há na lei previsão de suspensão do processo administrativo enquanto tramita o processo judicial de improbidade pelos mesmos fatos, o que seria prejudicial, já que há maior chance de efetivo ressarcimento pela pessoa jurídica do que pelas pessoas físicas envolvidas. Entretanto, caso ocorra a hipótese de absolvição da pessoa jurídica na via administrativa com posterior condenação da pessoa física na via judicial, como solucionar a questão?

O caminho parece ser o do art. 30, I, da Lei n. 12.846/2013, que não afasta a aplicação das penalidades da Lei n. 8.429/1992. Em uma primeira leitura, pode parecer haver conflito integral entre o dispositivo mencionado e o art. 3º, §2º, da Lei n. 9.429/1992 (com redação da Lei n. 14.230/2021). Contudo, parece ser possível afirmar que, em sendo o caso de absolvição da pessoa jurídica pela via administrativa, com posterior condenação judicial das pessoas físicas por

improbidade administrativa, pelos mesmos fatos, poderia ser proposta ação de improbidade contra a pessoa jurídica ou, caso ainda não tenha sido finalizado o processo das pessoas jurídicas, que ela seja incluída no seu polo passivo.

Esses problemas mencionados e ainda o problema da racionalidade sancionadora, que será abordado no próximo subcapítulo, poderiam ser mitigados caso os processos sancionadores da LAC e da LIA tramitassem na mesma instância de responsabilização, mas ao tramitarem em instâncias distintas sem que haja a preclusão (ou ao menos a suspensão) de uma delas, impõe obstáculos severos à harmonização em um único sistema. Para a primeira hipótese, entretanto, deveria ser flexibilizada a jurisprudência que não admite ações de improbidade exclusivamente contra agentes privados.

A novidade do art. 3º, §2º, da Lei n. 8.429/1992 ainda não pode ter seus efeitos observados na prática, dada a edição recente da Lei n. 14.230/2021. Entretanto, mesmo antes de sua edição, já havia algumas tentativas de solução desses conflitos.

Há quem entendesse, por exemplo, pela exclusão da LIA em caso de incidência da LAC. Veja-se, por exemplo, o posicionamento de Wallace Paiva Martins Júnior ao interpretar o art. 30 da LAC. Defende o autor que LIA e LAC tratam de instâncias distintas de responsabilidade, sendo excludentes. Se houver ação ou omissão lesiva praticada por agente público, implicará na incidência da LIA. Caso contrário, na ausência do elemento subjetivo, aplicar-se-á a LAC. Resume o autor: “a diversidade de título jurídico importa exclusão de um regime sobre outro de responsabilidade, não havendo lugar para bis in idem”.[115]

Do ponto de vista teórico, concorda-se com o autor ao defender a exclusão entre as leis. Seria a solução mais eficiente e de maior segurança jurídica. Contudo, não é o entendimento que tem prevalecido. Conforme ainda será abordado, o Decreto n. 8420/2015, regulamentador da LAC, solucionou eventual conflito com a Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993) ao estabelecer o julgamento conjunto das

---

[115] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Comentários ao Art. 30. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. (coord) *Lei Anticorrupção Comentada.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 332. Ainda o autor: “Não se afigura escorreito predicar o mesmo fato com duas consequências jurídicas distintas e incompossíveis: responsabilizar subjetivamente o agente público com base na Lei n. 8.429/92 e objetivamente a empresa beneficiária do mesmo ato com fulcro na Lei n. 12.846/13, porque a incidência desta exclui aquela e vice-versa, já que os fundamentos de ambas são inconciliáveis. Logo, nem é admissível cumular na mesma demanda duplicidade de fundamentos que são antagônicos.”

infrações. Não há previsão, entretanto, para a improbidade administrativa – o que segue sendo verdade mesmo após as alterações da lei de improbidade.

Assim, em resumo, o que se observa é que nas leis Anticorrupção e de Improbidade Administrativa há sanções a serem aplicadas em instâncias diferentes (administrativa ou judicial).

Conforme mencionado anteriormente, as persecuções das sanções previstas na LIA serão feitas pela via judicial, ainda que as provas sejam obtidas ou aproveitadas de processos administrativos. Em relação ao agente público é cabível Processo Administrativo Disciplinar para apurar a falta funcional, sendo as instâncias administrativa e judicial relativamente independentes.

Ainda, buscando preservar a integridade das relações entre o Poder Público e os particulares, as leis sobre licitações (Leis n. 8.666/1993, n. 13.303/2016 e n. 14.133/2021) preveem sanções administrativas aos particulares que incorrerem em condutas que visem frustrar os objetivos da licitação, apurados em processo administrativo pela pessoa jurídica que realiza o certame.

Contudo, a LAC prevê expressamente, em seu artigo 30, que a aplicação das sanções nela previstas não afeta eventuais processos de responsabilização baseados nas leis de improbidade e licitações. Inclusive, o Decreto n. 8.420/2015 que a regulamenta determina que as infrações administrativas tipificadas concomitantemente nas leis de licitação e na LAC serão apuradas e julgadas conjuntamente nos mesmos autos. (art. 12). A Controladoria-Geral da União possui entendimento já consolidado sobre a interpretação adequada de tal dispositivo:

> Assim, por exemplo, a prática do ato lesivo descrito na LAC em seu art. 5º, IV, “a” (frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público) também pode configurar o ato ilícito previsto no art. 88, II, da Lei n. 8.666/1993 (tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação), uma das hipóteses sancionadas com a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.
> Tendo em vista que situações – nada incomuns – como essas poderiam gerar a instauração de processos administrativos sancionadores distintos, submetidos a procedimentos igualmente diferentes e, muito possivelmente, instruídos por comissões distintas, não é difícil constatar o grave cenário de insegurança jurídica que seria imposto às pessoas jurídicas que estivessem sendo processadas naqueles feitos administrativos.
> Objetivando minimizar esta instabilidade processual, o Decreto n. 8.420/2015 determinou, em seu art. 12, que os atos previstos como infrações administrativas à Lei n. 8.666/1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei n. 12.846/2013, serão **apurados e**

> **julgados conjuntamente**, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental do PAR.
> Caberá ao chefe da unidade responsável no órgão ou entidade pela gestão de licitações e contratos o dever de comunicar à autoridade competente para instaurar o PAR sobre eventuais fatos que configurem simultaneamente atos lesivos previstos no art. 5º da Lei n. 12.846/2013 e infrações às normas de licitações e contratos.[116]

Ressalte-se que a solução dada pelo Decreto regulamentador é desnecessária para a Lei n. 14.133/2021, que trouxe em seu art. 159 a previsão de que, quando os atos ilícitos nela tratados configurarem ilícitos também para a LAC, serão apurados e julgados pela autoridade e rito estabelecidos nessa lei.

Concluída a apuração conjunta por meio de PAR e ocorrendo de as autoridades competentes para julgamento serem distintas (por exemplo, um presidente de autarquia e um Ministro de Estado), o processo será encaminhado primeiramente àquela de nível mais elevado, para que julgue no âmbito de sua competência.

As leis sobre licitações também fazem referências aos Tribunais de Contas e sua competência para exercer o controle, podendo a Corte de Contas aplicar sanções, tanto aos agentes públicos quanto aos particulares que participarem das licitações ou adjudiquem contratos administrativos, em razão da redação do art. 70, parágrafo único da Constituição Federal que exige a “prestação de contas de qualquer pessoa física ou jurídica, público ou privada”.

A Lei n. 8.443/1992, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – LOTCU, prevê em seus artigos 57 a 61 a aplicação de multas e, quando considerada grave a infração, a inabilitação, por um período de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança. Aos particulares que cometam fraudes à licitação, o artigo 46 prevê a declaração de inidoneidade do licitante por até cinco anos e, ainda, o artigo 44 prevê medidas cautelares à disposição do Tribunal, podendo haver a decretação do afastamento temporário do responsável e a indisponibilidade de bens.

Ainda, a Lei n. 12.529/2011 que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, prevê sanções a serem aplicadas pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, vinculado ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica –

---

[116] Controladoria-Geral da União*. Manual de Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas*. Brasília, 2018, p. 71.

CADE[117]. A legislação em questão não é específica para o controle da probidade, não se dedica às relações entre a Administração Pública e os particulares, mas abarca possíveis infrações econômicas cometidas no bojo de processos licitatórios, como por exemplo a cartelização de licitantes com objetivo de fraudar o processo licitatório.[118]

Vê-se, portanto, que o controle da probidade é composto por diversas fontes normativas que buscam prevenir, apurar e punir atos contrários à probidade administrativa, não sendo raras as vezes que tais apurações sejam realizadas concomitantemente por autoridades distintas, com fundamentos normativos que ensejam sanções distintas.

Imagine a seguinte situação hipotética: uma empresa privada é suspeita de participar de um cartel para fraudar processo licitatório promovido pela União, com colaboração de um agente público envolvido nos trâmites do certame.

Diante do cenário apresentado no presente capítulo, a empresa privada em questão poderá ser investigada e sancionada: (i) pela legislação de licitações, responderá a processo administrativo que poderá passar a tramitar na Controladoria-Geral da União caso os atos sejam enquadrados na Lei Anticorrupção, podendo ensejar desde multa até declaração de inidoneidade; (ii) responderá a processo administrativo no Tribunal de Contas da União, podendo ser punido com multa e inidoneidade; (iii) responderá a processo administrativo no Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, podendo ser punido com multa e proibição de participar de licitação; (iv) responderá, ainda, a processo judicial por improbidade

---

[117] "Para entende-la de modo mais acurado, é preciso distinguir os três tipos de destinatário da condenação administrativa no controle de condutas, quais sejam: (1) as empresas em geral; (2) os administradores; e (3) as "pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial" (art. 37, LDC)" MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015, p. 253.

[118] "A infração contra a ordem econômica encontra-se em uma norma permeável a um número infindável de comportamentos. O ato infrativo não tem forma nem conteúdo predeterminados. Conquanto haja um rol legal de condutas, é possível que atos unilaterais, contratuais e outros sejam considerados ilícitos. Aliás, sequer é necessário que o ato seja exatamente econômico ou praticado por um agente operante em mercados. O fechamento do desenho infrativo não se realiza, portanto, na forma e conteúdo do ato. E, por isso, em um primeiro olhar, o exame do texto legal levaria a crer que a definição da infração feriria o princípio da lex certa.
[...]
É verdade que o debate aqui pincelado soa estranho quando se constata que a legislação consagrou um rol de "condutas anticoncorrenciais" (art. 36, §3º). Sucede que esse rol não detém qualquer serventia jurídica, senão a de meramente ilustrar as ações que podem ser consideradas contrárias à ordem econômica." MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015, p. 207.

administrativo como litisconsórcio passivo do agente público. Todos os processos mencionados têm competência para apurar ainda a responsabilidade civil pelo dano causado ao erário.

Em relação ao agente público, por sua vez, responderá a (i) processo administrativo disciplinar pela infração funcional, sendo possível sua demissão; (ii) responderá ainda a processo administrativo no Tribunal de Contas da União, podendo ser multado e impedido de exercer cargos; e (iii) responderá a processo judicial por improbidade administrativa.

Conforme observado no presente capítulo, há um baixíssimo grau de coordenação entre as normas que criam tais instâncias de responsabilização, sequer havendo uma uniformidade no cálculo da multa ou a vinculação ao cálculo da responsabilidade civil. Sobre o segundo ponto, é possível, por exemplo, que uma autoridade calcule um determinado valor de dano a ser ressarcido e, posteriormente, outra autoridade atribua valor maior, exigindo complementação do valor.

2.3 Racionalidades sancionatórias diversas

Conforme abordado anteriormente, o direito brasileiro estabeleceu uma divisão da responsabilização em três esferas distintas: civil, penal e administrativa. Enfatiza-se, mais uma vez, que a responsabilidade civil, diferentemente das demais, não tem como objetivo a punição do indivíduo que ocasiona o dano, mas o ressarcimento do ofendido, podendo-se exigir do ofensor o elemento subjetivo ou não, sendo esta segunda opção a exceção no ordenamento brasileiro.

Em relação à responsabilidade civil aplicada aos danos causados à Administração Pública, a LAC prevê que a reparação do dano pelas pessoas jurídicas será integral e de maneira objetiva (artigo 2º), independentemente da responsabilização de seus dirigentes, os quais responderão na medida da sua culpabilidade (art. 3º, caput e §1º).[119]

[119] "O fundamento da responsabilidade objetiva imputada às pessoas jurídicas é evitar que possam auferir qualquer tipo de vantagem ilícita e, posteriormente, alegar que não agiram com culpa ou que terceiro deu causa a eventual infração. Não sendo aceitável qualquer enriquecimento sem causa em prejuízo do poder público, o ganho ilícito deve sempre ser objetivo de punição.

Vale dizer, portanto, que a LAC traz às pessoas jurídicas que cometam os ilícitos nela descritos a excepcional responsabilidade objetiva, isto é, a responsabilização independe da existência de elemento subjetivo (culpa[120]), bastando a ocorrência do dano e o nexo de causalidade.[121]

O artigo 1º da referida norma menciona a "prática de atos contra a administração pública", o que pode levar à conclusão de que não serão punidos por essa lei os atos de mera tentativa ou omissões. Não significa afirmar que tais hipóteses não comportarão ressarcimento, mas não atrairão a responsabilidade objetiva prevista na mencionada lei, embora caiba o questionamento a respeito do elemento volitivo para pessoas jurídicas, principal alvo da lei.

Já os atos comissivos ensejarão a responsabilização objetiva, isto é, independentemente da demonstração de dolo ou culpa na conduta do agente. Para os fins de responsabilidade civil, entretanto, é fundamental lembrar que não se trata de punição, mas sim de ressarcimento, sendo necessário demonstrar e quantificar o prejuízo causado à administração pública, sob pena de enriquecimento ilícito da mesma.

As condutas consideradas ímprobas e que ensejam a aplicação das sanções da Lei n. 8.429/1992 são extremamente abrangentes, tais como "auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade" (art. 9º), "qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres" (art. 10), "qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições" (art. 11).

Como a Lei n. 12.846/2013 objetiva impedir a corrupção empresarial, a pessoa jurídica responde sempre que praticar ato lesivo em suas relações com a Administração Pública (obtida vantagem indevida ou não)." Cf. MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013). *Revista Controle***,** v. 11, n. 2, 2013, p. 27.

[120] No direito civil, as condutas conscientes e aquelas derivadas de imperícia, imprudência e negligência são abarcadas na espécie culpa, como por exemplo na redação do art. 944, parágrafo único. O dolo para o direito civil se refere ao defeito do negócio jurídico previsto nos arts. 145 a 150 do Código Civil. Há aqui, portanto, evidente diferença em relação ao direito penal, que divide as condutas em dolosas e culposas.

[121] "A consagração da responsabilidade objetiva, ao promover a cisão entre o juízo de responsabilização e o ato ilícito, não apenas eliminou a exigência de culpa, mas também isentou o Poder Judiciário de preocupações com a antijuridicidade – tida, entre nós, como elemento objetivo da ilicitude. Com isso, as ações de responsabilidade objetiva passaram a depender tão somente da configuração do nexo de causalidade e do dano." Cf. SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil:* da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 191.

Entretanto, apesar da abertura da norma, exige-se que o agente público tenha agido com dolo, conforme nova redação atribuída pela Lei n. 14.230/2021, anteriormente admitindo-se ao menos culpa grave para as condutas previstas no artigo 10. Conclui-se, portanto, que a responsabilidade não será objetiva, dependendo do elemento subjetivo (dolo). Mesmo antes da clara exigência do dolo pela nova redação acima referida, o Superior Tribunal de Justiça havia fixado sua tese nº 1 sobre improbidade administrativa:

> É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei n. 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário.[122]

Em relação aos particulares envolvidos (pessoas jurídicas e/ou físicas), sua responsabilização pela Lei de Improbidade também dependerá do elemento subjetivo. Conforme relatado anteriormente, após a edição da Lei n. 14.230/2021, as pessoas jurídicas primeiramente ao regime da Lei Anticorrupção e, não sendo o caso, poderão ter suas condutas apuradas pela Lei de Improbidade Administrativa. Assim, a prioridade será sempre a responsabilidade objetiva.

Outra diferença importante entre as leis em análise diz respeito às condutas nelas enquadradas. Na Lei Anticorrupção, as condutas são consideravelmente mais fechadas que aquelas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, estando dispostas no art. 5º. Trata-se de condutas mais abertas do que seriam recomendadas para tipos penais, mas em se tratando de responsabilização administrativa, a lei demonstrou uma evolução considerável para a segurança jurídica quando comparada com a Lei de Improbidade Administrativa – problema que foi amenizado pela edição da Lei n. 14.230/2021 e será oportunamente abordado.

As sanções administrativas estão previstas no art. 6º, quais sejam: multa e publicação extraordinária da decisão condenatória, podendo ser acumuladas. Já as sanções judiciais estão previstas no art. 1º, quais sejam: perdimento dos bens, direitos ou valores obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial das

---

[122] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses. ed. 38. Brasília, 05 ago. 2015. Disponível em: < https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44487/5/1_Manual_de_Responsabilizacao_Administrativa.pdf >. Acesso em: 06 jun. 2023.

atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos.

Havendo dispositivos sancionatórios semelhantes nas mencionadas leis, é importante compará-los. Ambas as leis preveem a perda dos bens ou valores obtidos pela prática ilícita e o ressarcimento integral do dano, não havendo maiores dúvidas sobre sua aplicabilidade e o esgotamento de uma pretensão sancionatória caso tal sanção já tenha sido aplicada, desde que o cálculo do dano por autoridades distintas seja o mesmo, não sendo necessário complemento dos valores da condenação.

Ambas as leis preveem multa, mas com formas de cálculo distintas. Na Lei de Improbidade a multa variará dependendo do enquadramento nos limites de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial, até duas vezes o valor do dano e até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, caso enquadradas nos artigos 9, 10 ou 11, respectivamente. Já na Lei Anticorrupção a multa variará de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, não sendo nunca inferior à vantagem auferida quando for possível sua estimação (não sendo possível utilizar o critério do valor do faturamento, a multa variará de R$ 6.000,00 (seis mil reais) a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). Tendo em vista a grande variação da multa na Lei Anticorrupção, seu decreto regulamentador (Decreto 8.420/2015) prevê critérios para o cálculo da mesma (arts. 17 a 23).

Ambas as leis preveem também a proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais. O prazo, entretanto, é distinto. Segundo a Lei de Improbidade Administrativa, o prazo será de 3 a 10 anos, enquanto na Lei Anticorrupção o prazo será de 1 a 5 anos.

O microssistema de combate à corrupção no Brasil é, portanto, composto de uma série de institutos de épocas e com fundamentos distintos. Seus eventuais conflitos e sobreposições são resolvidos casuisticamente pela doutrina e jurisprudência. Parece, entretanto, ser contraditório admitir que a mesma pessoa jurídica seja punida pelo mesmo fato baseado em fundamentos distintos.

Tal posicionamento não é unânime e não é compartilhado, por exemplo, pelo Ministério Público Federal. É possível afirmar, entretanto, que a Lei Anticorrupção ao estabelecer a responsabilidade objetiva busca tornar o sancionamento da pessoa

jurídica mais simples, por desconsiderar o elemento subjetivo da conduta (dolo ou culpa).

Cabe dizer, ainda, que basta para a responsabilização o enquadramento em uma ou mais condutas descritas no artigo 5º da referida Lei, tal como o pagamento indevido (art. 5º, I) que, mesmo que não tenha resultado em vantagem indevida, enseje um conflito de interesses do agente público, tal como definido pela Resolução 8/2003 da Comissão de Ética Pública da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República.[123]

Em se tratando de situações de ilícitos cometidos em procedimentos licitatórios e contratos administrativos, há ainda a previsão de sanções nas leis específicas de licitações, que também são aplicáveis às empresas privadas. Atualmente, tem-se as leis 8.666/1993 e 14.133/2021 tratando de sanções em licitações para administração direta, autárquica e fundacional e a Lei n. 13.303/2016 para licitações em empresas estatais.

As leis n. 8.666/1993 e n. 14.133/2021 possuem quatro espécies de sanção: advertência, multa, suspensão/impedimento e declaração de inidoneidade. Há diferenças importantes entre os diplomas normativos e merece a ressalva de que, segundo os dispositivos transitórios da Lei n. 14.1333/2021, a Lei n. 8.666/1993 será revogada em futuro breve, restando sua aplicação somente aos contratos administrativos celebrados na sua vigência.

Inicialmente, destaca-se que os arts. 87 e 88 (Lei n. 8.666/1993) e 156 (Lei n. 14.133/2021) trazem a possibilidade de sancionamento com efeitos extracontratuais, impedindo que a empresa realize novas contratações. A correlação entre condutas ilícitas e as sanções aplicáveis foi um dos pontos de avanço da lei nova sobre a antiga, pois na Lei n. 8.666/1993 não havia previsão minimamente concreta sobre

---

[123] "1. Suscita conflito de interesses o exercício de atividade que:
a) em razão da sua natureza, seja incompatível com as atribuições do cargo ou função pública da autoridade, como tal considerada, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias afins à competência funcional;
b) viole o princípio da integral dedicação pelo ocupante de cargo em comissão ou função de confiança, que exige a precedência das atribuições do cargo ou função pública sobre quaisquer outras atividades;
c) implique a prestação de serviços a pessoa física ou jurídica ou a manutenção de vínculo de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão individual ou coletiva da autoridade;
d) possa, pela sua natureza, implicar o uso de informação à qual a autoridade tenha acesso em razão do cargo e não seja de conhecimento público;
e) possa transmitir à opinião pública dúvida a respeito da integridade, moralidade, clareza de posições e decoro da autoridade".

quais condutas ensejariam quais condenações, restando grande liberdade interpretativa, conforme se verifica do posicionamento de Flávio Amaral Garcia:

> Não obstante o legislador não tenha fixado uma correlação estreita entre infração e sanção, fato é que no art. 88 da Lei n. 8.666/19992 alguns comportamentos considerados graves foram determinados como passíveis de aplicação das sanções de suspensão de licitar a declaração de inidoneidade, ou seja, aqueles que produzem efeitos externos à relação contratual.
> O núcleo do comportamento vedado pela norma é a prática de atos que violem o princípio da moralidade e o Erário, revelando práticas dolosas e antecedentes que desabonem sua presunção de idoneidade. Dito em outros termos: pretende-se evitar contratações públicas com sociedades que coloquem em risco os valores tutelados pelo Estado, como economicidade, moralidade e probidade.[124]

Destaca-se que tal problema já se encontrava presente na norma anterior de licitações, o Decreto-Lei n. 2300/1986 que em seu art. 73 trazia redação (quase) idêntica àquela posteriormente adotada pelo art. 87 da Lei n. 8.666/1993. E tal como a lei que lhe sucedeu, coube à doutrina teorizar uma forma de correlação entre conduta e sanção.[125]

Já a Lei n. 14.133/2021 trouxe em seu art. 155 um rol de condutas que ensejam responsabilização e ao minudenciar as sanções nos parágrafos do art. 156 estabelece uma relação entre quais sanções são aplicáveis a quais condutas, estabelecendo assim um gradação de reprovabilidade das condutas, ainda que com tal medida não se tenha exaurido a liberdade interpretativa, já que a lei ressalva a aplicação das sanções de advertência e impedimento às situações em que "não se justificar a imposição de penalidade mais grave.". (art. 156, §§ 2º e 4º).

Vale a menção ainda ao fato de que o art. 155, XII, da nova lei de licitações estende as sanções ali previstas às condutas já descritas no art. 5º da lei anticorrupção, estabelecendo uma sinergia entre os diplomas inexistente na aplicação da lei antiga.

A Lei n. 8.666/1993 prevê tais sanções a descumprimentos contratuais, estendendo tais efeitos àqueles particulares que atuarem de má-fé. Entretanto, não

---

[124] GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos:* casos e polêmicas. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 416.

[125] Veja-se, por exemplo, os comentários de Hely Lopes Meirelles a respeito do tema: "A suspensão provisória ou temporária do direito de participar de licitação e de contratar com a Administração é sanção administrativa com que se punem os contratados que, culposamente, prejudicarem a licitação ou a execução do contrato, embora por fatos ou atos de menor gravidade. Se o infrator age com dolo ou se a infração é grave, a sanção adequada será a declaração de inidoneidade" In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 220.

é toda ação imbuída de má-fé que pode ser caracterizada como corrupção. Tal afirmativa é ainda mais evidente quando se analisa a Lei n. 14.133/2021, já que o rol do art. 155 elenca diversas condutas e faz expressa menção ao rol de condutas previsto na lei anticorrupção.

Pode-se afirmar que a Lei n. 12.846/2013, editada especificamente para o contexto da corrupção praticada por pessoas jurídicas, traz punições mais severas do que as previstas na norma licitatória. Embora o art. 30, II admita a cumulação das sanções, é correto interpretar que nem sempre a cumulação fará sentido, conforme defende Marçal Justen Filho:

> O art. 30, inc. II, da Lei n. 12.846/2013 determina que "... a aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidade decorrentes de: ... II atos ilícitos alcançados pela Lei n. 8.666, de 1993, ou por outras normas de licitações e contratos da administração pública...". Mas essa regra deve ser interpretada em termos. Em muitos casos, o sancionamento produzido por um determinado diploma será exauriente da competência punitiva estatal ou implicará a integral satisfação dos efeitos patrimoniais do ilícito. A dissociação entre as esferas punitivas é reconhecida na medida em que se verifique a ausência de identidade do sancionamento. Sob um ângulo, essa racionalidade justifica a previsão na Lei n. 12.846/2013 de acordos de leniência destinados especificamente a alterar o regime sancionatório da Lei n. 8.666/1993.[126]

Buscou-se com a edição da Lei n. 14.133/2021 resolver o conflito entre atos de corrupção que também configurem ilícitos licitatórios, quando o art. 159 estabelece que nos casos de aplicação de ambas as normas, o processo administrativo será apurado e julgado conjuntamente, nos mesmos autos, pela autoridade competente definida na lei anticorrupção.

Tratando das licitações e contratos no âmbito das empresas estatais, reguladas pela Lei n. 13.303/2016, é importante considerar, ainda, que, com o advento da Lei que atende ao disposto no art. 173, §1º da Constituição Federal, as licitações realizadas e os contratos celebrados pelas empresas estatais deixaram de ser disciplinados pela Lei n. 8.666/93.

A aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/1993 às licitações e contratos regidos pelo Estatuto das Estatais ocorre quando da menção expressa nesse sentido, como é o caso do aproveitamento dos tipos penais dos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666/1993, conforme previsto no art. 41 da Lei n. 13.303/2016.

---

[126] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 17. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1381.

Constata-se, no entanto, que não há remissão similar aos artigos que tratam das sanções administrativas, quais sejam, os arts. 87 e 88 da Lei n. 8.666/1993. Assim, deve-se concluir que não são mais aplicáveis nas licitações e contratos firmados com empresas estatais. Portanto, a penalidade de decretação de inidoneidade fica afastada dos contratos regidos pela lei das estatais, pois seu art. 83 prevê apenas as sanções de advertência, multa e suspensão do direito de contratar.[127]

Note-se ainda que o art. 68 estabelece que "os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado". Portanto, se os contratos firmados com empresas estatais são contratos privados, seria indevido pretender aplicar aos seus contratantes penalidades tipicamente administrativas.

A aproximação entre as empresas estatais e o direito privado é compreensível, já que o exercício da autoridade estatal típico das relações administrativas é quantificado como risco no momento das contratações com o Poder Público, razão pela qual não raras as vezes as contratações públicas são menos eficientes do que aquelas concluídas por particulares.[128]

Nesse sentido, é mais coerente interpretar pela impossibilidade de decretação de inidoneidade com fundamento em contratos firmados pela Lei n. 13.303/2016 – seja por completa falta de previsão normativa, seja pelo mandamento constitucional do art. 173, §1º que impõe às empresas estatais o mesmo regime das empresas privadas, nomeadamente em relação às obrigações civis, ou seja, pelo próprio interesse das empresas estatais de serem competitivas e poderem contratar em

---

[127] Vale o registro de que o projeto original do Estatuto das Estatais que tramitou no Senado Federal (PLS 555/2015) continha a previsão de sanção de inidoneidade em seu art. 82, IV. Entretanto, durante a tramitação foi excluída por meio de emenda.

[128] Sobre os problemas da adoção de uma posição maximalista sobre as contratações públicas, como é o caso da Lei 8.666/1993, cf. SILVA, Rodrigo Crelier Zambão da. *Direito dos Contratos Públicos:* uma perspectiva econômica (contribuições para uma abordagem normativa). 2014. 257 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 257. "Conforme antes destacado, a proposta restritiva do regime geral não teve qualquer dificuldade em ser integralmente acolhida por grande parte da doutrina e pelas diversas instâncias do cenário nacional (Poder Judiciário, Tribunais de Contas, Ministério Público, Advocacia Pública, Controladorias Gerais, dentre outros), que reforçaram integralmente o sentimento de que a liberdade do administrador público seria a principal fonte de ataques à juridicidade nos contratos administrativos.
No entanto, o regime da Lei n. 8.666/93 não alcançou bons resultados, gerando um significativo afastamento entre os conceitos de contratação pública e eficiência. O maximalismo regulatório, em razão da sua própria estrutura e das práticas administrativas que o acompanharam, não foi integralmente capaz de produzir boas contratações sob as óticas do resultado, da probidade ou da economicidade." (p. 128).

condições econômicas mais favoráveis, ainda que para isso se deva abrir mão do exercício de autoridade.

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, por sua vez, busca controlar o uso do dinheiro público e reprimir o seu mau uso, podendo a autoridade administrativa aplicar multas e demais sanções, mas principalmente determinar medidas ao Poder Público que visem evitar danos ou garantir seu ressarcimento. Não é, portanto, uma norma que busca em sua essência a sanção dos agentes.

Da mesma maneira, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência visa preservar parâmetros sadios de concorrência nos mercados, dispondo as autoridades constituídas pela lei em questão de instrumentos para fiscalizar, prevenir e, eventualmente, sancionar. [129]

Assim, a respeito da racionalidade das leis aqui em comento, tem-se, novamente, um emaranhado de propósitos distintos: a Lei de Improbidade e a Lei Anticorrupção são, essencialmente, direcionados à punição dos agentes. Com exceção de dispositivos específicos, seus objetivos não são, diretamente, fiscalizar e evitar danos. Já as leis sobre licitações e contratos administrativos, a Lei Orgânica do TCU e a Lei do SBDC têm objetivos fiscalizatórios, sendo a sanção uma questão secundária, embora importante.

Tal conclusão não significa que as leis essencialmente sancionadoras serão mais rigorosas que as demais[130], ou que as autoridades a elas designadas as iniciativas de persecução são mais eficientes. Mas é importante perceber que, as racionalidades diversas alimentarão ainda mais as disfuncionalidades.

---

[129] "Diante de uma condenação, para além da determinação de cessação ou adequação da prática mediante cumprimento de providências escolhidas pelo Conselho, a LDC prevê a possibilidade de imposição de multa administrativa, bem como de sanções acessórias de natureza positiva ou negativa. Não bastasse isso, com o objetivo de desestimular o descumprimento de determinações contidas na condenação, a legislação prevê outras duas multas diárias. Dessas normas se extrai que, em geral, as sanções administrativas existentes no microssistema concorrencial assumem natureza pecuniária, repressiva e suspensiva de atividade. E este sistema sancionatório complexo, amplo e altamente gravoso frequentemente é visto como um fator determinante da efetividade que se espera do SBDC em suas tarefas regulatórias." MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015, p. 253.

[130] Nesse sentido, veja-se, por exemplo, o caso do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a previsão de multas: "Adiantou-se, há pouco, que a pretensão punitiva do CADE não se concretiza mediante mera multa sancionatória. A legislação ainda prevê a possibilidade de imposição de duas multas administrativas na hipótese de condenação. O que as caracteriza não é o caráter compulsório, mas sim sua eventualidade e sua dependência do comportamento posterior dos condenados diante das providências impostas pelo Conselho. Aproveitando-se da definição de Bandeira de Mello, elas configuram multa cominatórias, cujo objetivo é compelir o "administrado a uma atuação positiva" e que, por isso, "se renovam automática e continuadamente até a satisfação da pretensão administrativa" MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência:* organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015, p. 262.

2.4 Conclusão parcial: um sistema autoexcludente

Como apontado no presente capítulo, o controle da probidade no direito brasileiro, fruto de esforços descoordenados, resulta em um sistema que permite que o mesmo fato seja objeto de apurações em esferas distintas, em instâncias distintas e fundamentado em racionalidades distintas. Isto é, um sistema que, instrumentalizado por diversas normas pensadas de maneira isolada, pensa a responsabilização penal, administrativa e/ou civil por meio de processos administrativos ou judiciais

Há defensores de sistemas que envolvam múltiplas instituições no combate aos atos de improbidade – tema que será oportunamente abordado no capítulo final do presente estudo, mas que, adianta-se, não será o desfecho da sua conclusão.

É de se pressupor que a hipótese de um sistema que permita múltiplas apurações aumente as chances de o Estado resguardar o interesse público. Contudo, o que se pretende chamar atenção – e o presente capítulo buscou fazê-lo – é que a multiplicidade de apurações gera insegurança jurídica. O agente (público ou privado) dificilmente terá a tranquilidade de que, após finalizada uma das apurações, não seja surpreendido com outro que possa gerar uma decisão distinta, ou que desconsidere uma solução consensual firmada com outra autoridade, ou que resulte em cálculo de dano diverso daquele apurado, entre tantas outras descoordenações possíveis.

A insegurança aqui relatada resultará em efeitos nocivos não só para aqueles que são alvos das apurações, mas também para o interesse público. Não é difícil encontrar na literatura estudos dedicados aos efeitos da insegurança jurídica: a precificação do risco em contratações públicas e seu consequente encarecimento, a demonização do erro cometido pelo administrador público e o *"apagão das canetas",* entre outros. É preciso, portanto, sopesar os benefícios trazidos pelas múltiplas possibilidades de persecução de supostos malfeitos e as consequências danosas trazidas pela insegurança jurídica.

3 DISFUNÇÕES NO CONTROLE DA PROBIDADE

> O raciocínio é tão simples e linear quanto profundo e sutil: precisávamos de uma norma nova (ilícito de improbidade) para ser usada por instituições novas (mormente o Ministério Público) em um foro diferente (as instâncias iniciais do Judiciário) para combater velhos problemas (corrupção) aplicando sanções duras que dessem resposta à altura das necessidades republicanas (perda da função pública, suspensão de direitos políticos e proibição de contratar, além de outras sanções reparatórias e punitivas não criminais, mas que já existiam no sistema.
>
> José Guilherme Giacomuzzi, 2013

O presente capítulo tem como objetivo aprofundar as questões tratadas nos dois capítulos anteriores, isto é, como o moralismo que historicamente permeou a criação de múltiplas normas e a descoordenação decorrente desse processo histórico causam, na prática, disfunções que resultam em insegurança jurídica.

Para tanto, três disfunções foram selecionadas para ilustrar as referidas questões. São elas: o exercício da cautelaridade nas apurações de improbidade; as soluções consensuais de conflito; e o impedimento de contratar com o Poder Público resultante da condenação por alguma das normas em análise. Conforme será explorado, as três disfunções resultam em maior ou menor grau do moralismo e da multiplicidade de fontes normativas.

O capítulo tem dois objetivos: primeiro, apresentar exemplos concretos dos problemas relatados nos dois capítulos anteriores, servindo como fechamento das premissas necessárias para a proposição que seguirá no capítulo subsequente; mas em segundo lugar, travar discussões sobre os próprios problemas nele relatados, ainda que de maneira limitada dada a diminuta dimensão do assunto no contexto do trabalho, em razão da escassez de literatura sobre tais problemas.

3.1 Cautelaridade no controle da probidade

As normas que compõem o sistema de controle de probidade aqui em análise preveem, muitas vezes, não só a sanção dos agentes condenados por malfeitos contra o patrimônio e interesse públicos, mas também medidas cautelares dedicadas à garantia do resultado útil de eventuais decisões condenatórias. O presente subcapítulo pretende analisar duas possibilidades de cautelares no âmbito do controle da probidade: as medidas previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

A literatura sobre medidas cautelares possui grande maturidade, sobretudo na área de direito processual civil, tendo, ainda, no Código de Processo Civil, previsão relativamente clara dos requisitos para sua concessão. O "Livro V – Da tutela provisória" do Código de Processo Civil, traz uma série de conceitos necessários para a compreensão da questão. O art. 294 esclarece que as tutelas provisórias podem ser de urgência ou evidência. O art. 300 prevê que a tutela de urgência será concedida quando ficarem evidenciados a probabilidade do direito e o perigo do dano ou o risco ao resultado útil do processo, enquanto o art. 311 prevê que a tutela de evidência será concedida, "independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo", desde que demonstrada a existência de algum dos elementos previstos em seus incisos que, em termos simplificados, permitam ao juiz concluir pelo direito alegado independentemente da dilação probatória.

Não há dúvidas, portanto, que as medidas previstas pelas leis de controle da probidade possuam natureza de tutela de urgência, embora, como será demonstrado, não sejam diretamente regulamentadas pelo Código de Processo Civil.

As tutelas de urgência podem ser classificadas ainda como antecipadas ou cautelares. As tutelas antecipadas, previstas no art. 303, buscam a concessão dos efeitos do resultado final do processo antes da sua ocorrência, enquanto as tutelas cautelares previstas no art. 305 têm como características a adoção de medidas que evitem danos que possam ocorrer ao longo do processo ou que garantam as condições necessárias para o cumprimento de eventuais decisões condenatórias. Assim, as medidas a seguir analisadas têm natureza cautelar.

Para a concessão da tutela de urgência, o art. 300 do Código de Processo Civil exige a demonstração da probabilidade do direito e a existência de perigo de

dano ou risco ao resultado útil do processo, ressalvada a hipótese de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, §3º).

Analisadas as premissas gerais para a concessão de tutelas cautelares de urgências, veja-se a previsão da indisponibilidade de bens na Lei de Improbidade, destacando-se que os dispositivos em questão foram objeto de alteração pela Lei n. 14.230/2021, que buscaram solucionar alguns dos problemas existentes na aplicação das cautelares em ações de improbidade. Contudo, conforme será explorado, a nova redação não resolve todos os problemas enfrentados.

Quadro 1: Tabela comparativa dos dispositivos que tratam da indisponibilidade de bens

Redação original – Lei n. 8.429/1992	**Redação dada pela Lei n. 14.230/2021**
Art. 7° Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.	Art. 7º Se houver indícios de ato de improbidade, a autoridade que conhecer dos fatos representará ao Ministério Público competente, para as providências necessárias.
Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. § 1º O pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil. § 2° Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.	Art. 16. Na ação por improbidade administrativa poderá ser formulado, em caráter antecedente ou incidente, pedido de indisponibilidade de bens dos réus, a fim de garantir a integral recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito. § 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, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial com fundamento nos respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias. § 4º A indisponibilidade de bens poderá ser decretada sem a oitiva prévia do réu, sempre que o contraditório prévio puder comprovadamente frustrar a efetividade da medida ou houver outras circunstâncias que recomendem a proteção liminar, não podendo a urgência ser presumida.

Fonte: O autor, 2022.

Inicialmente, destaca-se que a redação anterior tratava expressamente de cautelares em dois pontos distintos do texto, no art. 7º e no art. 16. A nova redação excluiu a menção à indisponibilidade do art. 7º, tratando apenas de "providências necessárias", conceito mais amplo que abarca o pedido de indisponibilidade pelo Ministério Público, mas a ele não se restringe. Outro ponto solucionado pela nova redação é sobre a natureza da cautelar pois, embora a redação mencionasse a figura do sequestro, a literatura defendia na prática ser um arresto, o que causaria certa confusão dada a dupla previsão de cautelares nos arts. 7º e 16.[131] A nova redação não deixa dúvidas sobre a existência de apenas uma forma de cautelar.

Outro ponto importante na mudança de redação trata da inexistência de previsão na redação original sobre os requisitos para concessão da cautelar (como visto anteriormente: probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo). Embora o silêncio da lei devesse levar à aplicação da regra geral prevista na legislação processual civil, a solução aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça foi desprovida de qualquer embasamento textual na lei[132], dispensar a demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.[133]

---

[131] "Corroborando o entendimento de que a cautelar ora analisada seja efetivamente um arresto e não um sequestro, o art. 16, §2º, da Lei n. 8.429/1992 prevê expressamente a possibilidade de bloqueio de contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior. A constrição sobre dinheiro, no Brasil e no exterior, naturalmente se presta a garantir uma futura execução de pagar quantia certa, espécie de execução que não é garantida pela cautelar de sequestro.
O problema é que, ao se admitir a cautelar de sequestro como sendo na realidade um arresto, haverá sobreposição de cautelares na Lei n. 8.429/1992 que, ao prever a cautelar de indisponibilidade de bens, já previu uma cautelar com característica de arresto. Há até mesmo doutrina que busca diferenciar as duas cautelares, afirmando que na indisponibilidade haverá apenas uma proibição de alienação, enquanto o segundo caso haverá uma efetiva constrição judicial." NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*: direito material e processual. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 298

[132] "Não obstante, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, no caso das Ações de Improbidade Administrativa, seria desnecessária a demonstração dos elementos de fato, ou seja, da realidade empírica na qual os seres humanos vivem, bastando para a conclusão de que há um perigo para o resultado útil do processo, a mera alegação de que há um perigo ao resultado útil do processo, a mera alegação concatenada pelo autor, pois, segundo entendeu aquele Tribunal Superior, haveria perigo implícito por se tratar de possibilidade de lesão ao Patrimônio Público.
Ou seja, não apenas se criou uma presunção inexistente na legislação sobre a realidade, como também passou-se a conceder o afastamento de Direitos Fundamentais em decorrência de pretensões que são, destaco, meramente artificiais ou normativas." D`AVILLA, Diego. Questões Polêmicas sobre Improbidade Administrativa. In: AUFIERO, Aniello; LINS, James. *Do Combate à Improbidade Administrativa*: considerações sobre a Lei n. 8.429/92 e afins. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 144.

[133] "Isso sem contar nos aspectos de discussão mais delicada, como, por exemplo, a presunção do periculum in mora para fins de decretação da indisponibilidade de bens sem a oitiva da parte contrária. Veja-se, decretar a indisponibilidade de bens de alguém presumindo o perigo da demora tão somente porque se trata da suspeita de ato ímprobo já é uma ideia grave. [...]

A tese firmada no julgamento do REsp n. 1366721/BA em 19 de setembro de 2014, anteriormente afetado ao rito dos recursos repetitivos sob o Tema Repetitivo 701[134] em 22 de outubro de 2013, entendeu pela possibilidade de decretação de indisponibilidade de bens em ações de improbidade, com fundamento no art. 7º da LIA, independentemente da demonstração de indícios de dilapidação patrimonial ou quaisquer outras práticas que coloquem em risco o resultado útil do processo:

> 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.

O entendimento firmou-se a partir do voto divergente do Ministro Og Fernandes, redator para o acórdão, que entendeu estar implícito no comando do art. 7º a dispensa de demonstração de tal elemento e, ao combiná-lo com o mandamento constitucional do art. 37, §4º, admitiu ao julgador decretar a indisponibilidade de bens à revelia do *periculum in mora*. Alguns trechos do voto-vencedor merecem análise mais detida:

> Como é possível verificar, aludida legislação estabelece um regime acautelatório próprio a assegurar o ressarcimento dos cofres públicos, em casos de improbidade administrativa, sendo necessária a existência de fortes indícios de responsabilidade do promovido pela prática de ato de improbidade que cause dano ao erário. [...]
> De fato, é de se notar que o periculum in mora está implícito no próprio comando do art. 7o da Lei n. 8.429/1992 – que, por sua vez, atende à determinação contida no art. 37, § 4o, da Constituição da República, assim redigido: [...]
> Com base nessas premissas, percebe-se que o sistema da Lei de Improbidade Administrativa admitiu, expressamente, a tutela de evidência. O disposto no art. 7o da aludida legislação, em nenhum momento, exige o requisito da urgência, reclamando, apenas, para o cabimento da medida, a demonstração, numa cognição sumária, de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito.

Mais grave ainda é fazê-lo sem a oitiva da parte sobre a qual recai a medida cautelar. A soma de uma fumaça do bom direito não muito nítida e uma presunção de perigo da demora quase impossível e um bloqueio de bens em decisão surpresa certamente não traz bons resultados, nem para o réu, que por vezes sequer cometeu ato de improbidade, nem para o Direito." CASTRO, Clotilde Miranda Monteiro. O Combate à Improbidade Administrativa: a Inadequada Utilização da Lei n. 8.429/92. In: AUFIERO, Aniello; LINS, James. *Do Combate à Improbidade Administrativa*: considerações sobre a Lei n. 8.429/92 e afins. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020, pp. 55-56.

[134] Destaca-se que, pela própria natureza de recurso repetitivo, o referido julgado não foi o primeiro a estabelecer tal conclusão, o que se reforça das diversas menções a julgados anteriores no mesmo sentido. Atribui-se importância ao julgado em questão em razão da tese firmada e a ser difundida nos tribunais inferiores.

Veja-se que o voto do Ministro[135] estabeleceu duas premissas que não encontram sustentação na redação do dispositivo legal. A norma em nenhum momento menciona expressa ou implicitamente a necessidade de fortes indícios (embora, ao se aplicar a regra geral de processo civil se possa traduzir a probabilidade do direito como tal). Tampouco houve qualquer movimento do legislador em implicitamente dispensar a demonstração do *periculum in mora*.[136]

Em outro trecho do voto, o Ministro elabora seu entendimento de que a figura da indisponibilidade prevista para as ações de improbidade trata de uma tutela de evidência e não de urgência. Assim sendo, estaria dispensada a demonstração de qualquer movimento de dilapidação patrimonial pelos acusados para se justificar a medida. Pelo contrário, a indisponibilidade de bens serviria como medida para impedir que tais movimentos aconteçam.[137] Tal medida de gravidade sobre o patrimônio particular seria justificável em razão do *in dubio pro societate*, isto é, havendo a possibilidade abstrata de dilapidação patrimonial, poderia o Estado-juiz

---

[135] "Não obstante, o Relator é vencido, sendo aberta divergência fundada nos seguintes argumentos: 1. Autorizativo Constitucional (art. 37, §4º); 2. Especialidade da Medida Cautelar Prevista na Lei n. 8.429/92 que não estaria submissa à regra geral das cautelares; 3. Que se trataria de uma tutela de evidência e não uma tutela de urgência, pois o perigo na demora não viria da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e sim do resultado lesivo ao patrimônio público. 4. *In dubio pro societate*; 5. A possibilidade tecnológica de desfazimento dos bens; 6. Jurisprudência em mesmo sentido."
D`AVILLA, Diego. Questões Polêmicas sobre Improbidade Administrativa. In: AUFIERO, Aniello; LINS, James. *Do Combate à Improbidade Administrativa*: considerações sobre a Lei n. 8.429/92 e afins. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 147.

[136] "Se o arresto cautelar depende da prova desse requisito, como pode uma medida ainda mais severa prescindir de tal prova? O argumento de que a defesa do Erário justificaria tal presunção podia parecer simpática à população já esgotada diante de tanto mau trato da coisa pública, mas não se sustenta juridicamente.
Se assim fosse, não só a medida cautelar de indisponibilidade de bens ora analisada se beneficiaria da presunção, mas todas as medidas cautelares que pudessem de alguma forma garantir uma efetiva reparação ao erário. Não se tem notícia de outras cautelares nesses termos gozando de tal prerrogativa." NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 61.

[137] "Nessa linha de raciocínio, é de se considerar que a decretação de indisponibilidade de bens não está condicionada à comprovação de que os réus estejam dilapidando o patrimônio ou de que estejam na iminência de fazê-lo.
Isso porque, como bem ponderado pelo em. Ministro Herman Benjamin, ao relatar o Recurso Especial 1.115.452/MA ((DJ 20/4/2010), "(...) a indisponibilidade de bens visa, justamente, a evitar que ocorra a dilapidação patrimonial. Não é razoável aguardar atos concretos direcionados à sua diminuição ou dissipação. Exigir a comprovação de que tal fato esteja ocorrendo ou prestes a ocorrer tornaria difícil a efetivação da Medida Cautelar em foco e, muitas vezes, inócua".
Com base nessas premissas, percebe-se que o sistema da Lei de Improbidade Administrativa admitiu, expressamente, a tutela de evidência. O disposto no art. 7º da aludida legislação, em nenhum momento, exige o requisito da urgência, reclamando, apenas, para o cabimento da medida, a demonstração, numa cognição sumária, de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito."

se antecipar, desprovido de qualquer evidência de intenção fraudulenta, para preservação de um suposto interesse da sociedade.[138]

Registre-se, contudo, que o posicionamento vencedor não foi unânime. Veja-se trecho do voto (vencido) do relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em que o magistrado aponta não se tratar de tutela de evidência:

> 4. Não se pode cogitar, portanto, que a indisponibilidade dos bens, como medida assecuratória na Ação de Improbidade, seja uma tutela de evidência, uma vez que esta é dotada de irrevogabilidade e definitividade, devendo estar calcada em provas documentais, entendimento perfilhado no Anteprojeto do Código de Processo Civil Brasileiro, em seu art. 306; o bloqueio de bens é, na verdade, medida acautelatória e provisória, fundamentada no fumus boni iuris e periculum in mora, e não em provas incontestáveis.
> 5. À Ação de Improbidade, dado o seu paralelismo com a Ação Penal, ante sua evidente carga sancionatória, aplicam-se os mesmos postulados garantísticos processuais penais, que impedem que uma pessoa, apenas por ter contra si recebida a denúncia, seja automaticamente levada ao cárcere.
> 6. Claro que não se discute, por exemplo, a eventualidade da prisão preventiva, espécie de medida cautelar privativa de liberdade, mas ela somente é admissível no contexto em que se evidencie a sua patente necessidade (art. 312 do CPP), ou seja, não se trata de um juízo apriorístico, mas de um juízo contextual, induzido, portanto, por elementos dotados de confiabilidade; no juízo de evidência, porém, tem-se uma conclusão a priori.

O magistrado faz ainda considerações em dois pontos de seu voto sobre a redação do art. 37, §4º, da Constituição Federal não poder servir como justificativa para a conclusão de que a indisponibilidade é uma tutela de evidência em que se dispensa a demonstração de *periculum in mora*.[139] [140] Diante das limitações dos

---

[138] "Nem mesmo o Interesse Público poderia ser utilizado para sustentar a validade de presunções coletivistas, pois, numa República, este será sempre o de proteção dos Direitos Fundamentais, sendo justamente essa a razão peal qual todo agente público pode vir a responder por suas condutas. Tal generalidade de responsabilização somente é possível numa República pelo fato de que o interesse público se consubstancia na proteção dos direitos fundamentais e, para este fim, que é concedido o Poder e Autoridade ao Estado (a República Federativa do Brasil) par atuação por meio de seus representantes (órgãos públicos) diante das situações jurídicas e o motivo pelo qual o Estado até autorizado a criar deveres aos cidadãos." D`AVILLA, Diego. Questões Polêmicas sobre Improbidade Administrativa. In: AUFIERO, Aniello; LINS, James. *Do Combate à Improbidade Administrativa*: considerações sobre a Lei n. 8.429/92 e afins. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020, pp. 155.

[139] "O art. 37, § 4o. da Carta Magna, ao aludir à indisponibilidade dos bens e ao ressarcimento ao erário, não estabelece a constrição automática ou necessária, tanto que a subordina à forma e gradação previstas em lei; tal dicção remete essa indisponibilidade à regulação normativa: o art. 16 da Lei n. 8.429/92 prevê que o MP requeira ao Juízo o sequestro de bens do acionado, atendendo aos arts. 822 e 825 do CPC (§ 1o.), enquanto o § 2o. deste dispositivo contempla que outras medidas restritivas – inclusive o bloqueio de bens – se façam nos termos da lei; as medidas cautelares, independentemente das denominações que ostentem, são sempre subordinadas à ação (dita) principal e aos requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, cumulativamente."

textos constitucional e legal, parece que a única justificativa para se adotar posição tão desfavorável ao acusado é o moralismo que permeia a questão. A inexistência de previsão legal para a dispensa de, pelo menos, uma consideração judicial pela dilapidação patrimonial como fundamento da indisponibilidade também marcou o voto-vencido do Ministro Ari Pargendler no mesmo julgamento:

> A medida cautelar de indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa (L. n. 8.428/92, art. 7o) pode ser deferida em dois momentos, a saber:
> a) por ocasião do despacho inicial, sempre que as circunstâncias do caso induzam à conclusão de que a só ciência da propositura da demanda poderá levar o réu a distrair seu patrimônio dos efeitos de eventual sentença de procedência do pedido; e
> a) na decisão em que o juiz ordena o processamento da ação (L. n. 8.429/92, art. 17, § 8o) após o exame da manifestação prévia do réu (L. n. 8.429/92, art.17, § 7o).
> Tanto num caso como no outro o deferimento da medida cautelar está sujeita ao prudente crivo judicial; em outras palavras, do ajuizamento da ação não se segue automaticamente a constrição. Quando a lei quer esse efeito automático, a norma legal é expressa. Exemplo disso é o art. 36, caput e § 1o, da Lei n. 6.024, de 1974, a seguir transcritos:
> Art. 36. Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.
> § 1o A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção, a extrajudicial ou a falência, atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato".
> O risco abstrato de que os bens do réu poderão ser dissipados não constitui motivação suficiente para o deferimento da medida cautelar.
> Voto, por isso, no sentido de conhecer dos recursos especiais, negando-lhes provimento.

Assim, firmou-se o entendimento de que a decretação da medida cautelar de indisponibilidade de bens em ações de improbidade administrativa independe da demonstração de dilapidação patrimonial pelo acusado (*periculum in mora*).

---

[140] “Alguns eminentes doutrinadores sustentam, mas sem razão, com a devida vênia, ao meu ver que o art. 37, § 4o. da Constituição teria instituído diretamente a indisponibilidade dos bens do acionado por improbidade administrativa; ouso divergir, respeitosamente, dessa orientação, e o faço, primeiramente por uma razão de ordem sistemática, por perceber que o sistema jurídico brasileiro equilibra-se sobre o pilar de ferro da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais a envolver, no seu desdobramento, a presunção de inocência contra qualquer imputação, somente excepcionada, ainda que provisoriamente, quando demonstrada a necessidade do seu afastamento. 30. A outra razão da minha discordância desta diretriz é de ordem constitucional positiva, porquanto, a dicção do referido item magno anuncia claramente que as sanções ali contempladas - dentre as quais a indisponibilidade dos bens do acionado - deverão se efetivar na forma e gradação previstas em lei; ao que entendo, a norma constitucional remete a aplicação daquelas sanções todas à disciplina do sistema processual, viabilizador das garantias subjetivas (ou individuais) adotadas pelo ordenamento.”

Observe-se, por fim, a justificativa alegada pelo Tribunal na ementa para tal interpretação:

> Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.

Relembre-se que o julgado paradigma do Recurso Repetitivo foi julgado em 2014, enquanto alega que a Lei de Improbidade, com redação original de 1992 “buscou dar efetividade” afastando a incidência da regra geral da legislação processual civil em razão dos “velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados”. Trata-se de uma interpretação histórica absolutamente anacrônica, eis que o art. 7º que justificou o julgamento não tinha sido alterado desde sua edição original. Apenas o moralismo justifica a interpretação de que em 1992 seria possível reagir a tais “instrumentos tecnológicos de comunicação de dados”, ainda mais se tratando de interpretação totalmente desprovida de respaldo gramatical. Enquanto na literatura se discute a tensão entre *mens legis* e *mens legislatoris*, aqui se observa uma verdadeira vontade do juiz para a norma.

No mesmo julgamento firmou o entendimento de que a sua decretação depende do que chamou de fortes indícios (o que seria equivalente à probabilidade do direito). Contudo, outro problema surge da aplicação da indisponibilidade de bens.

Não é incomum, dentre as ações de improbidade administrativa, que o conteúdo probatório esteja fortemente lastreado em apurações dos Tribunais de Contas que, posteriormente, são usados pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica lesada para fundamentar o ajuizamento. Por si só, tal prática não apresentaria nenhum problema dentro dos moldes delineados pelo sistema atual. Contudo, tampouco é incomum que as apurações utilizadas para fundamentar tais ações sejam preliminares, em fases incipientes, em que o Tribunal de Contas aponta a possível existência de dano sem que se esteja em fase de tomada de contas em

que os supostos responsáveis tiveram a oportunidade de exercer o contraditório e ampla defesa.

Assim, é possível que o pedido de indisponibilidade de bens utilize como forte indício da prática do ato um relatório de auditoria preliminar do Tribunal de Contas que, após o devido processo legal naquele órgão de controle, resulte no arquivamento do feito ou na sua exclusão do rol de responsáveis, sem que isso posteriormente reflita necessariamente na seara judicial dada a independência das instâncias.

Outra questão relevante é a previsão de medida cautelar de indisponibilidade de bens pelos Tribunais de Contas, que não exercem função judicante, tampouco fazem parte do Poder Judiciário.[141] Entretanto, o que se verifica é uma interpretação expansiva das competências dos Tribunais de Contas a partir da teoria dos poderes implícitos.[142] [143]

Há em seu regimento interno a previsão de adoção de medidas cautelares independentemente da oitiva da parte, competência validada pela jurisprudência do STF.[144] Diferentemente do posicionamento adotado pelo STJ para a

---

[141] "Somente quem confunde "administração" com "jurisdição" e "função administrativa" com "função jurisdicional" poderá sustentar que as decisões dos Tribunais de Contas do Brasil são de natureza judicante. Na realidade, nem uma das muitas e relevantes atribuições da Corte de Contas entre nós é de natureza jurisdicional. A Corte de Contas não julga. não tem funções judicantes, não é órgão integrante do Poder Judiciário, pois todas as suas funções, sem exceção, são de natureza administrativa." CRETELA JUNIOR, José. Natureza Jurídica das decisões do Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. v. 24, n. 94, abr./jun. 1897, p. 183

[142] "Essa interpretação ampliativa de suas próprias competências, assumida pelo TCU, propõe dúvidas quanto à sua aderência à Constituição. O sistema jurídico brasileiro não inclui órgão administrativo com atuação jurisdicional, concorrendo com o Poder Judiciário." SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Limites da jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares. *Revista Justiça do Direito*, v. 33, n. 2, 2019, p. 198. Disponível em: http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/9474/114114846. Acesso em: 06 jun. 2023.

[143] "Isso significa que a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, a essa Corte, ainda que por implicitude, a possibilidade de conceder provimentos cautelares vocacionados a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário.
Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina - construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819) - enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos." STF. MS 26.094/DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 10/02/2011. Publicado no DJ em: 16/11/2012.

[144] "De acordo com os precedentes acima transcritos, o diferimento do contraditório para momento posterior ao da decretação da medida cautelar, não implica ofensa à garantia do devido processo legal. Também a apontar para o reconhecimento do poder geral de cautela do TCU, reporto-me às seguintes decisões unipessoais de integrantes desta Corte: MS 34.292 MC, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 14.11.2016; MS 34.291 MC, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 14.11.2016; MS 30.924, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 25.10.2011; e MS 26.547 MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 29.5.2007."

indisponibilidade prevista na LIA, o STF exige a verificação de *periculum in mora* para decretação da medida.[145]

Verifica-se que o art. 44, §2º da LOTCU prevê a possibilidade de indisponibilidade de bens dos responsáveis por dano ao erário, fundamentado no poder geral de cautela.[146]

Merece destaque o posicionamento do Ministro Marco Aurélio sobre a impossibilidade de decretação de indisponibilidade pelo TCU aos particulares. Defende o magistrado que o art. 44 da LOTCU é aplicável ao responsável pelo contrato, ou seja, o servidor público, não compreendido o particular no dispositivo.[147] Portanto, na qualidade de órgão administrativo, ainda que se tenha poder geral de

---

STF. MS 35.404 MC/DF. Relatora: Ministra Rosa Weber. Decisão Liminar. Julgado em: 06/12/2017. Publicado no DJ em: 12/12/2017.

[145] "A decretação administrativa de indisponibilidade, pois, seria perfeitamente constitucional, amparada pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal em conjunto com o art. 44, § 2º, da Lei n. 8.443/92. Como medida de natureza cautelar, poderia ser decretada tanto no início como no curso da apuração, desde que presentes os requisitos do art. 44 da Lei n. 8.443/92, bem como o periculum in mora." STF. MS 23.983/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em: 02/08/2004. Publicado no DJ em:30/08/2004.

[146] "No exercício de sua função constitucional, e ainda com lastro na Lei nº 8.443/1992, que o regula, pode o Tribunal de Contas usar seu poder geral de cautela e decretar a indisponibilidade de bens em processo de tomada de contas especial, desde que seja devidamente fundamentada a decisão. O objetivo é neutralizar, de forma imediata, situações de lesividade ao erário ou de gravame ao interesse público, as quais poderiam ser irreversíveis sem a promoção da medida de urgência." CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1.072.

[147] Ressalte-se que o posicionamento do Ministro Marco Aurélio em relação aos Tribunais de Contas é ainda mais amplo, entendendo não ser possível a aplicação de sanção aos particulares, por não se enquadrarem no conceito de responsável. Nesse ponto me afasto das conclusões do magistrado, pois o art. 70, parágrafo único da CF concede competência ao TCU sobre os particulares.
Concordamos, portanto, somente no ponto de inaplicabilidade do art. 44, §2º da LOTCU. Veja-se excerto do voto do Ministro Marco Aurélio em processo de relatoria do Ministro Dias Tofolli: "(...) não se tem situação jurídica em que o Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Legislativo, órgão simplesmente – em que pese à nomenclatura "tribunal" – administrativo, tenha imposto sanção. Não está em jogo sanção. Mas o Tribunal de Contas da União determinou a particulares, que não eram administradores, a devolução de certo numerário recebido.
Indago: poderia fazê-lo? A meu ver, não. A meu ver, não, porque a atuação do Tribunal refere-se aos administradores, como previsto na Carta da República.
Há mais. O pronunciamento do Tribunal de Contas da União tem força de título executivo. Simplesmente, nessa via, sem o envolvimento de servidor, sem o envolvimento de administrador, obstaculiza-se o que poderia ser um processo de conhecimento no Judiciário, para discutir-se, com profundidade, a controvérsia e dirimir-se o conflito de interesses.
Entendo que não cabe ao Tribunal de Contas da União impor sanção a particular, quer determinar a particular, com essa força a que aludi de transformar o pronunciamento em título executivo, a devolução de importâncias. A matéria, sob esse ângulo – não me refiro aos quantitativos –, é estritamente de direito e tem elucidação no texto constitucional." STF. MS 24.379/DF. Relator: Ministro Dias Tofolli. Julgado em: 07/04/2015. Publicado no DJ em: 08/06/2015.

cautela, há limite à autoexecutoriedade para restrição de bens.[148] O posicionamento é coerente, embora minoritário.[149] Veja-se a redação do referido art. 44 da LOTCU:

> Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, **o afastamento temporário do responsável**, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo **no exercício de suas funções**, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

A conclusão de que o particular não está abarcado no dispositivo decorre do fato de que: (i) o particular não pode ser afastado de algo que não é responsável; e que (ii) não exerce função na Administração Pública que lhe permita retardar ou dificultar a realização da auditoria ou inspeção. O dispositivo da indisponibilidade encontra-se especificamente no parágrafo 2º do referido artigo, veja-se:

---

[148] "O cerne da questão está na possibilidade jurídica, ou não, de o Tribunal de Contas da União impor cautelar de indisponibilidade de bens em desfavor de particular. Quanto ao tema, já me manifestei em outras ocasiões, tendo assentado não reconhecer a órgão administrativo, como é o Tribunal de Contas – auxiliar do Congresso Nacional, no controle da Administração Pública –, poder dessa natureza. Percebam: não se está a afirmar a ausência do poder geral de cautela do Tribunal de Contas, e, sim, que essa atribuição possui limites dentro dos quais não se encontra o de bloquear, por ato próprio, dotado de autoexecutoriedade, os bens de particulares contratantes com a Administração Pública.
Destaco a impropriedade de justificação da medida com base no artigo 44 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. O dispositivo está voltado à disciplina da atuação do responsável pelo contrato, servidor público, não abarcando o particular. (...) 3. Ante o quadro, defiro o pedido liminar, autorizando a livre movimentação dos bens da Construtora Norberto Odebrecht S.A. que tenham sido indisponibilizados considerado o acórdão n. 2.109/2016, do Tribunal de Contas da União." STF. MS 34.357/DF. Decisão liminar. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 31/08/2016. Publicado no DJ em: 02/09/2016.

[149] Há julgados se reportando expressamente às decisões monocráticas do Ministro Marco Aurélio, rechaçando a conclusão alcançada pelo magistrado. Para tanto, veja-se, por exemplo, decisão também monocrática do Ministro Edson Fachin que recorre ao art. 70, parágrafo único da CF para estender o conceito de responsável também aos particulares: "Não desconheço as medidas liminares concedidas nos Mandados de Segurança n. 34.357 e n. 34.392, pelo I. Min. Marco Aurélio, citadas pela Impetrante e que foram concedidas em hipóteses semelhantes. Contudo, entendo que, a despeito dessas decisões monocráticas, dos precedentes acima colacionados, não depreendo interpretação que exclua do âmbito de incidência das medidas cautelares impostas pelo TCU as empresas que firmem contratos com a Administração Pública e que façam uso de dinheiro público. Como bem ressaltou a I. Min. Rosa Weber, na decisão de concessão parcial da medida liminar nos autos de MS n. 34.446, "o fator preponderante, sob a ótica constitucional, para definir a sujeição de determinada pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, à atividade fiscalizatória do TCU, diz com a origem dos recursos por ela utilizados, arrecadados, gerenciados ou administrados (art. 70, parágrafo único, da Magna Carta)". Logo, em especial quando se analisa o rol constitucional de atribuições do Tribunal de Contas da União, é claramente perceptível que também se enquadram como responsáveis pela aplicação dos recursos públicos os particulares que contratem com a Administração. (...)" STF. MS 34.793 MC/DF. Decisão liminar. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em: 30/06/2017. Publicado no DJ em: 01/08/2017.

> § 2° **Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior**, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.

Para se entender a aplicabilidade da indisponibilidade, portanto, deve-se compreender quais circunstâncias o caput e o parágrafo anterior estabelecem: o caput, já mencionado, trata do servidor público responsável que ao exercer função possa colocar em risco os trabalhos do Tribunal de Contas; por sua vez, o parágrafo 1º estende solidariamente os efeitos à autoridade superior que não atender à determinação do caput. Ou seja, a indisponibilidade da LOTCU tem como destinatário o servidor público responsável e, eventualmente, seu superior hierárquico.

Entretanto, conforme mencionado, o posicionamento majoritário do STF é pela possibilidade de aplicação da indisponibilidade de bens aos particulares, mas a jurisprudência do Tribunal é rígida em não admitir a extensão do prazo além do um ano mencionado na LOTCU.[150]

Diante da literalidade da LOTCU, parece haver uma contradição nas decisões do STF. Para proibir a indisponibilidade para além do prazo legal, decide-se com base em interpretação restritiva, diante de situação que atinge o núcleo essencial do direito de propriedade. Ou seja, de um lado a maioria do Tribunal estende a aplicação da indisponibilidade em posicionamento *contra legem*, de outro adota interpretação restritiva do dispositivo para impedir a extensão do prazo pela Corte de Contas.[151]

---

[150] "Percebe-se da leitura do dispositivo transcrito, que a lei de regência do Tribunal de Contas da União autorizou a decretação de indisponibilidade dos bens do responsável por prazo não superior a um ano. Não há, por outro lado, a autorização para prorrogação do respectivo prazo de constrição dos bens do administrado.
Tem-se, desse modo, uma regra de aplicação excepcional e de interpretação necessariamente restritiva, pois restringe um direito fundamental dos administrados." STF. MS 34.545 MC/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em: 06/06/2018. Publicado no DJ em: 11/06/2018.

[151] "Parece-me, portanto, que nem lei, tampouco o RI/TCU, facultaram à Corte de Contas a possibilidade de renovação da medida constritiva com fundamento nos mesmos fatos. Pelo contrário, observo que o diploma legal foi peremptório ao afirmar que o bloqueio dos bens se daria por prazo não superior a um ano. Isso porque inexiste ressalva quanto à possibilidade de prorrogação ou renovação da medida cautelar de indisponibilidade, tendo em vista que se trata de ato estatal danoso à livre disposição do patrimônio de qualquer cidadão, o qual atinge o núcleo essencial do direito à propriedade (art. 5º, XXII e LIV, da CF). Não custa enaltecer que o direito de propriedade envolve as faculdades de dispor, gozar, usufruir e reaver o bem objeto de seu domínio. Qualquer medida restritiva desse direito fundamental deve se ater à interpretação restritiva, já que atinge núcleo

Ainda sobre a indisponibilidade de bens, outra questão relevante é sobre o limite da sua extensão. Apesar da clareza da antiga redação do parágrafo único do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 ao dispor que a indisponibilidade recairá "sobre os bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito" (clareza reproduzida no art. 16 da lei com redação dada pela Lei n. 14.230/2021), encontra-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça permitindo que a indisponibilidade recaia também sobre o valor de multa.

Veja-se que, como já afirmado anteriormente, o dispositivo permite a indisponibilidade que assegure o ressarcimento do dano causado, não sendo a multa integrante do dano – a responsabilidade civil preocupa-se com a lesão concreta[152], enquanto a multa configura efetiva sanção ao ato ilícito cometido[153]. Tolerar que a indisponibilidade de bens recaia sobre o valor da multa – arbitrado muitas vezes pelo Autor e não pelo juiz – seria admitir que a sanção pode ser aplicada antes do trânsito em julgado. Conforme será abordado no último capítulo do presente estudo, dada a similaridade entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, não é coerente que neste não sejam aplicadas as garantias basilares de proteção do indivíduo em face do arbítrio estatal, nomeadamente a presunção de inocência.

Apesar do exposto, não parece ser esse o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça nessa questão. Os Recursos Especiais n. 1.862.792/PR e n. 1.862.797/PR afetados em 26 de junho de 2020 à sistemática dos recursos

---

essencial da proteção constitucional." STF. SEGUNDO MS 34.233/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 25/05/2018. Publicado no DJ em: 20/06/2018.

[152] "Neste cenário, o dano não pode mais se identificar com uma lesão abstrata a um interesse merecedor de tutela, conceito excessivamente amplo que se justificava apenas na medida em que o dever de indenizar dependia da rígida verificação de outros dois pressupostos – culpa e nexo causal, hoje fragilizados em sua importância justamente pela alteração de função da responsabilidade civil. Daí sustentar-se a conceituação de dano como uma lesão concreta, como violação de uma regra que tutele não o interesse isoladamente, mas de uma regra que, transcendendo a regulação abstrata de um interesse, estabeleça sua relação com outro interesse igualmente tutelado." SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil:* da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

[153] "O ressarcimento ao erário se aproxima mais da teoria da responsabilidade civil do que penal ou das sanções administrativas, pelo que não se submete ao conceito de sanção administrativa nos mesmos termos em que ocorre com outras medidas, até porque a obrigação de ressarcir é uma restituição ao estado anterior. Fora de dúvida, não se trata de uma sanção administrativa, mesmo que assim venha denominada na legislação pertinente." OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 112.

repetitivos sob Tema 1055 tratam da questão. A tese submetida ao julgamento, ainda pendente, é a seguinte:

> Definir se é possível - ou não - a inclusão do valor de eventual multa civil na medida de indisponibilidade de bens decretada na ação de improbidade administrativa, inclusive naquelas demandas ajuizadas com esteio na alegada prática de conduta prevista no art. 11 da Lei 8.429/1992, tipificador da ofensa aos princípios nucleares administrativos.

Sobre o julgado, merece a menção ao voto do relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho na Proposta de Afetação (ProAfR no REsp 1.862.797-PR) resumindo a jurisprudência da Corte até o momento, que é da possibilidade de inclusão do valor da multa na ordem de indisponibilidade de bens. Entretanto, dado o fato de que o posicionamento ocorreu em órgãos fracionários, votou pela afetação.

Nesse sentido, exemplificativamente, o REsp 1.833.029/SP de relatoria do Min. Herman Benjamin afirma que "o STJ tem decidido que, por ser medida de caráter assecuratório, a decretação de indisponibilidade de bens [...] deve incidir sobre quantos bens se façam necessários ao integrar ressarcimento do dano, levando-se em conta, ainda o potencial valor de multa civil". Mais uma vez o STJ amplia sua interpretação da *concisa* redação do antigo art. 7º da Lei n. 8.429/1992 para estabelecer jurisprudência favorável aos interesses do Estado e contrários às garantias individuais e, sobretudo, à literalidade da norma.

Outra questão que parece desafiar o espírito da norma é a inclusão do dano moral coletivo[154] no cálculo da indisponibilidade de bens. A ideia dos *punitive damages*[155], figura importada da tradição estrangeira e, que por si só, não goza de

---

[154] "Com efeito, o tecido normativo brasileiro não parece deixar qualquer dúvida no tocante ao reconhecimento de tutela a interesses supraindividuais que, uma vez lesados, resultam em danos coletivos ou difusos, que podem assumir conotação patrimonial ou moral. Tais danos podem, como também reconhece expressamente a nossa ordem jurídica, ser objeto de ações de reparação. Assim, embora o nome "dano moral coletivo" não seja o melhor (o dano extrapatrimonial supraindividual pode derivar da lesão a interesse coletivo, mas também da lesão a interesse difuso), não há base normativa para resistir à ideia central do instituto." SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil:* da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 90.

[155] "Dessa forma, o que se almeja é a imposição ao ofensor de uma condenação pecuniária que signifique sancionamento da conduta ilícita, que certamente resultou em benefícios para o infrator, mas que violou direitos fundamentais, circunstância esta inaceitável para o sistema de justiça. Trata-se, assim, de uma função sancionatória, em sua vertente pedagógica, relativa ao efeito exemplar da condenação, imposta e arbitrada de maneira suficiente a sancionar o autor e inibir novas violações da mesma natureza." PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto. Improbidade administrativa e dano moral coletivo. *Boletim Científico* – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 8, jan./dez. 2009.

unanimidade na doutrina civilista brasileira, busca conceder à responsabilidade civil uma função adicional ao ressarcimento: punir o ofensor contumaz[156]. A ideia é arbitrar um dano à coletividade[157], acrescido ao dano efetivo ao ofendido, com intuito de desmotivar novas infrações. Contudo, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, o ordenamento já se dedicou à formulação de medidas punitivas que suprem essa função.

Assim, o dano moral coletivo, a manifestação do caráter punitivo-pedagógico[158] da responsabilidade civil no controle da probidade, já se mostra questão digna de críticas: as sanções aos infratores já estão previstas na norma, essa é a razão da existência do Direito Administrativo Sancionador. Sua inclusão na medida cautelar nas ações de improbidade é absurda, pois busca adiantar a punição ao suspeito de cometer atos ímprobos, contrariando a já mencionada presunção de inocência.

---

[156] "Essa violação antijurídica deve ser de intensidade expressiva, significativa, de gravidade tal que legitime um pedido indenizatório moral pelo só fato da violação, mesmo porque não se poderá exigir uma "prova coletiva" do impacto, da lesão, do sofrimento causado ao corpo social como um todo. E se esse dano é aferido objetivamente, *in re ipsa*, não se pode vislumbrar somente uma compensação à coletividade, como também, necessariamente, um caráter sancionatório, punitivo, ao agente ofensor, pela ofensa aos direitos difusos e coletivos. Essa natureza sancionatória visa ao desestímulo, à inibição de recidivas no comportamento do ofensor, sem o que será claramente insuficiente a condenação no âmbito moral."
LEVADA, Claudio Antônio Soares. *Dano moral coletivo*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/324/edicao-1/dano-moral-coletivo. Acesso em: 06 jun. 2023.

[157] "é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*)."
BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no contexto jurídico brasileiro. Disponível em: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf. Acesso em: 06 jun. 2023.

[158] "Realmente, há casos em que a conduta do agente, tangida por dolo, é dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, o que torna seu comportamento particularmente reprovável, ficando o ofendido mais agravado em sua honra e dignidade. Nessa perspectiva, o arbitramento do dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, fixando-se a reparação com o objetivo de desestimular o autor à prática de novos idênticos ilícitos, servindo de exemplo para que outras pessoas também assim não se conduzam." ARAÚJO FILHO, Raul. *Punitive damages* e sua aplicabilidade no Brasil. In: Superior Tribunal de Justiça – Doutrina – Edição Comemorativa 25 anos. Brasília, abril 2014, pp. 327-346. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/70/3811. Acesso em: 06 jun. 2023.

A Lei n. 14.230/2021 oferece ainda argumento para a impossibilidade de inclusão do dano moral coletivo na decretação de indisponibilidade no próprio *caput* do art. 16, ao determinar que a indisponibilidade recairá sobre os bens para "*garantir a integral recomposição do erário*". Ainda que se admita a eventual condenação em danos morais coletivos, deve-se reconhecer que não se trata de dano ao erário – nesse sentido, a jurisprudência do STJ entende não caber à pessoa jurídica de direito público a titularidade do dano moral coletivo, corroborando a conclusão de que não se trata de dano ao erário.[159]

Por fim, ainda sobre a decretação de indisponibilidade de bens nas ações de improbidade administrativa, tem-se a questão das pessoas jurídicas que veem seu faturamento bloqueado, impedindo a continuidade das atividades econômicas. Explica-se: quando da decretação da indisponibilidade de bens, a ordem judicial, cumprida automaticamente pelos sistemas eletrônicos disponibilizados ao Poder Judiciário, não é capaz de diferenciar a natureza dos bens em nome da empresa, atingindo indiscriminadamente o patrimônio da pessoa jurídica. O problema será especificamente sensível em relação ao faturamento da empresa, necessário para manutenção de suas atividades econômicas, resultado privilegiado pelo ordenamento jurídico em razão de sua função social.

Atualmente, a tendência é que os recebimentos e pagamentos das empresas sejam feitos por meios exclusivamente eletrônicos e que o capital necessário para pagamento de obrigações futuras seja depositado em aplicações financeiras de liquidez imediata para que possam ser minimamente rentabilizados enquanto aguardam sua utilização.

Desse modo, considerando a inviabilidade de se determinar *a priori* quais são os valores em conta corrente ou em aplicações financeiras que não sejam parte do faturamento da empresa, é preciso proceder com cautela quando da decretação da indisponibilidade de bens de uma empresa. Algumas ressalvas e critérios precisam ser estabelecidos, para que a medida constritiva não atinja a integralidade do seu faturamento. Medidas dessa natureza, conforme aqui se defende, devem atender ao princípio da preservação da empresa.

---

[159] Veja-se, por exemplo, o voto da Min. Regina Helena Costa no REsp 1.728.661: "De início, cumpre esclarecer que esta Corte entende que a pessoa jurídica de direito público não é titular de direito à indenização por dano moral relacionado à ofensa de sua honra ou imagem, porquanto, tratando-se de direito fundamental, seu titular imediato é o particular. Portanto, o reconhecimento desse direito ao Estado acarreta a subversão da ordem natural dos direitos fundamentais."

Considerando que a redação original da Lei n. 8.429/1992 não trazia em seus art. 7º e seguintes uma disciplina mais detalhada quanto aos limites a serem observados na decretação da indisponibilidade dos bens – problema que prossegue com a redação do art. 16 dada pela Lei n. 14.230/2021 -, defende-se que seja aplicado, por analogia, o art. 835 do Código de Processo Civil, que trata da ordem de preferência das penhoras. A possibilidade se justifica pois, embora a indisponibilidade de bens de que trata da lei de improbidade administrativa tenha caráter cautelar, é inegável que ambos os institutos possuem semelhanças, já que têm como objetivo assegurar os meios materiais necessários ao cumprimento da decisão judicial.

Especificamente quanto à ordem de preferência dos bens e o faturamento das empresas a serem objeto das penhoras, o Código de Processo Civil é claro[160] ao estabelecer seu procedimento:

> Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:
> I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
> [...]
> X - percentual do faturamento de empresa devedora;

Em relação ao primeiro inciso, não há grandes dúvidas de que o caso da penhora, em que um crédito líquido venha a ser executado, engloba os valores pecuniários de maneira genérica, ainda que estejam depositados em instituição financeira, já que o costume de manter a posse de dinheiro em espécie tem sido paulatinamente abandonado pela sociedade contemporânea. Já o conceito de faturamento (inciso X) corresponde a todos os valores oriundos das operações de vendas de mercadoria e prestação de serviços.[161]

---

[160] Ressalte-se, entretanto, que a jurisprudência do STJ tem interpretado o rol art. 835 como uma preferência relativa, não devendo a formalidade se sobrepor à efetividade da execução. Veja-se: "A ordem de preferência estabelecida no art. 835 do CPC/2015 não tem caráter absoluto, podendo ser flexibilizada em atenção às particularidades do caso concreto. De igual modo, o princípio da menor onerosidade da execução também não é absoluto, devendo ser observado em consonância com o princípio da efetividade da execução, preservando-se o interesse do credor. Precedentes." STJ. AgInt no AREsp 1786373 / DF. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgado em: 21/06/2021. Publicado no DJ em: 01/07/2021

[161] "Uma das teses do acórdão recorrido está em aberta divergência com a orientação da Corte, cujo Plenário, em data recente, consolidou, com nosso voto vencedor declarado, o entendimento de inconstitucionalidade apenas do §1º do Art. 3º da Lei n. º 9.718/98, que ampliou o conceito de receita bruta, violando assim a noção de faturamento pressuposta na redação original do art. 195, I, b, da Constituição da República, e cujo significado é o estrito de receita bruta das vendas de mercadorias e

Sendo assim, observa-se que a configuração de “faturamento” depende da análise da origem dos valores, enquanto o inciso I do artigo 835 traz hipótese absolutamente genérica com objetivo de abarcar o maior número de hipóteses possível, já que se cuida de satisfazer a execução de um crédito líquido.

No caso de um bloqueio cautelar, em que ainda não existe crédito líquido a ser executado, a correta aplicação da ordem de preferência do artigo 835 do CPC depende da harmonização entre seus incisos I e X. Enquanto a prioridade da penhora será o dinheiro (em espécie ou depositado em instituição bancária), no caso dos bloqueios cautelares deve-se realizar a devida ressalva em relação à natureza desse valor — especialmente diante do fato de que o sistema eletrônico não é capaz de diferenciar a origem dos montantes bloqueados —, uma vez que, quando oriundos de operações de venda ou prestações de serviços, deverão ser enquadrados como faturamento, aplicando-se, então, o inciso X, cujo dispositivo admite somente penhora de *percentual*, isto é, de uma parcela.

A questão é que, na maioria das vezes, a ordem de indisponibilidade de bens é decretada sem a oitiva da empresa, não havendo oportunidade prévia de elucidação da natureza dos bens a serem atingidos – ressaltando-se que a Lei 14.230/2021 torna expressamente a decretação sem oitiva da parte como uma exceção a ser justificada pela decisão judicial. Assim, a empresa é surpreendida com o bloqueio indiscriminado, devendo recorrer da decisão, o que implica um ônus ao Poder Judiciário, pois faturamento não é estático no tempo e a liberação de recursos suficientes para fazer frente aos custos operacionais da empresa implicará na necessidade de liberações constantes e acompanhamento da utilização das verbas – dando dimensão ao problema. No caso de penhoras, caso seja necessário o atingimento do faturamento da empresa, o STJ exige a nomeação de administrador judicial e a estipulação de percentual máximo que não inviabilize a atividade da empresa.[162]

---

da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.” STF. ED no RE 455402-SP. Relator Min. Cezar Peluso. Julg. 08/05/2006. “Como vimos, é ínsita ao faturamento a existência de operações caracterizadas pela transmissão definitiva da propriedade (venda e compra) ou de operações remuneradoras de atividade que envolve um fazer ou um prestar (serviços).” Cf. MINATEL, J. A. *Conteúdo do conceito de receita e regime jurídico para sua tributação.* São Paulo: MP, 2005.

[162] “Quando o devedor não tem bens que satisfaçam a penhora, tem-se admitido como possível proceder-se a penhora sobre faturamento da empresa, desde que: a) comprovada a inexistência de outros bens passíveis de garantir a execução, ou, sejam os indicados de difícil alienação; b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, caput do CPC), ao qual incumbirá apresentar as formas

Conforme apresentado, os problemas relativos à decretação de indisponibilidade de bens em ações de improbidade administrativa são vários. Entretanto, as raízes dos problemas parecem convergir para a mesma questão: a indisponibilidade é encarada como uma pré-punição ao ato ímprobo, não como uma medida garantidora de futura e eventual decisão condenatória. O acusado é punido desde o momento da propositura da ação e vê invertida a presunção de inocência e, muitas vezes, mesmo demonstrando a inexistência de elementos que justifiquem a decretação da indisponibilidade, nomeadamente a tentativa de dilapidação patrimonial, a presunção do *periculum in mora* parece ser entendida como absoluta pelos Tribunais, em especial o Superior Tribunal de Justiça.

Como narrado no presente capítulo, a nova redação do dispositivo dada pela Lei n. 14.230/2021 busca reagir ao moralismo que orientou a expansão interpretativa da lacônica redação dos arts. 7º e 16 da Lei de Improbidade Administrativa, mas ainda é muito recente para apontar quaisquer resultados práticos da alteração legislativa.

Outro problema observado na adoção de interpretação expansiva orientada pelo moralismo é a possibilidade de decretação de indisponibilidade de bens de particulares pelos Tribunais de Contas. Demonstrou-se no presente capítulo que, a despeito da jurisprudência majoritária, a redação da LOTCU parece ser clara em admitir a constrição patrimonial somente dos agentes públicos sob escrutínio da Corte de Contas.

3.2 Soluções consensuais que não solucionam

As disfuncionalidades do sistema de controle da probidade se replicam também na temática das soluções consensuais entre Poder Público e os particulares suspeitos de cometerem irregularidades. A pluralidade de fontes normativas e a diversidade de lógicas de controle faz com que existam diversas formas de estabelecer tratativas com autoridades distintas e que, muitas vezes, não se

---

de administração e pagamento; c) fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa" STJ. Primeira Turma, REsp 584.915-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17 jun. 2004. DJ 23 ago. 2004.

vinculam aos acordos firmados por outras autoridades. O resultado já é conhecido: insegurança jurídica.

As premissas dos negócios jurídicos substitutivos são relativamente simples: o Estado não detém todos os elementos necessários para desvendar os atos ilícitos (ou sequer saber da existência de muitos deles) e, ainda que saiba da sua existência, a determinação da autoria e a efetiva aplicação da pena dependem de longos processos, cujo resultado é incerto. Assim, buscando dar maior efetividade e celeridade à aplicação das sanções e a obtenção do ressarcimento, ao Poder Público é permitido firmar acordos com particulares para que, obtendo uma pena inferior àquela que receberiam sem a tratativa, colaborem com as autoridades públicas para elucidação dos fatos e, eventualmente, punição de outros partícipes.[163]

Entretanto, apesar de simples, essas premissas esbarram em alguns problemas: com qual autoridade deve ser firmado o acordo; qual a extensão dos seus efeitos; quais outras autoridades podem, a despeito da existência do acordo, continuarem a persecução dos mesmos fatos englobados no acordo.

Em relação às possibilidades de acordo, são elas: o acordo de colaboração premiada (art. 3º, I, da Lei n. 12.850/2013); acordo de não persecução penal[164] (Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 13.964/2019[165]); acordo

---

[163] "Os negócios jurídicos substitutivos de sanção em âmbito administrativo partem todos da mesma premissa: nem sempre a mera aplicação da penalidade prevista em lei pode atender ou é a que melhor atende aos interesses em questão – pelo contrário, esta visão reduz a efetividade e o potencial de eficiência dos processos administrativos ou judiciais sancionadores. Parte do pressuposto equivocado de que a Administração Pública sempre dispõe de todas as informações existentes e, assim, cabe-lhe apenas aplicar a sanção (vinculada) e cogitar da dosimetria da pena." MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloísa Conrado. O Controle da Corrupção e a Administração Pública: o dever de negociar como regra. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; MORGAN, Fernanda. *Direito Administrativo e Corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 147.

[164] "Portanto, estão presentes todas as condições para um verdadeiro "desentulhamento" da justiça criminal brasileira, sem cairmos na abertura perversa e perigosa de um *plea bargaining* sem limite de pena, como inicialmente proposto pelo "Pacote Moro" e, felizmente, rechaçada pelo Congresso Nacional.

Portanto, é um poderoso instrumento de negociação processual penal que requer uma postura diferenciada por parte dos atores judiciários, antes forjados no confronto, que agora precisam abrir-se para uma lógica negocial, estratégica, que demanda uma análise do que se pode oferecer e do preço a ser pago (prêmio), do timing da negociação, da arte negocial". LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal.* 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 314.

[165] "De acordo com o art. 28-A do CPP (incluído pela Lei n. 13.964/2019), antes do oferecimento da denúncia, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal (ANPP), quando: (i) não restar configurada hipótese de arquivamento do inquérito policial; (ii) tiver o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal; (iii) não for o investigado reincidente e não subsistirem elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada

de não persecução cível (atual art. 17-B, da Lei n. 8.429/1992, anteriormente pela redação da Lei n. 13.964/2019, superando a impossibilidade absoluta de acordos da redação original da Lei de Improbidade[166]); e acordos de leniência (art. 16, da Lei n. 12.846/2013 e art. 86, da Lei n. 12.529/2011). Há, ainda, previsão de acordos que buscam conformar a conduta do particular a partir do momento de sua celebração, como o termo de ajustamento de conduta – TAC (art. 5º, §6º, da Lei n. 7.347/1985) e o compromisso de cessação (art. 85, da Lei n. 12.529/2011).

O objetivo do presente trabalho não é o esgotamento das particularidades de cada forma de transação acima referenciadas, mas algumas considerações merecem ser destacadas para a análise que se pretende fazer.

Inicialmente, cumpre destacar que o acordo de colaboração premiada e o acordo de não persecução penal[167] são institutos de direito processual penal, mas

---

ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (iv) não tiver o investigado se beneficiado nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; (v) não for o delito praticado mediante violência ou grave ameaça; (vi) não tiver sido o delito cometido no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou contra a mulher por razões da condição de sexo feminino; (vii) possuir o delito pena mínima inferior a 4 anos e não for cabível transação penal; (vii) o acordo for necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime." ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. A assistência jurídica da defensoria pública no processo penal. In: SILVA, Franklyn Roger Alves. **O** *Processo Penal Contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 100.

[166] "A vedação contida nesse dispositivo justifica-se pela relevância do patrimônio público, seja econômico, seja moral, protegido pela ação de improbidade. Trata-se de aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público. No entanto, após a entrada em vigor da Lei n. 12.846, de 1º-8-13 (lei anticorrupção), com a previsão do acordo de leniência, surgiu controvérsia quanto à possibilidade de ser celebrado esse tipo de acordo no bojo das ações de improbidade administrativa" DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, pp. 1863-1866.

[167] "Note-se que a proposta é inovadora, pois permite um acordo entre MP e indiciado ou suspeito a atingir diretamente a pena, cujos limites ficam em aberto, como se constata do inciso V do art. 28-A: "cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada". Essa cláusula, constituída em termos vagos, pode levar à aplicação de uma pena privativa de liberdade, sem que tenha havido o devido processo legal. Naturalmente, não se pode cogitar ter havido o devido processo legal, significativo do respeito aos princípios constitucionais penais e processuais penais, quando for feito um singelo acordo de não persecução penal. [...] Os direitos humanos e as liberdades individuais, previstos no art. 5° da CF, asseguram a qualquer acusado o direito à ampla defesa e ao contraditório, jamais incentivando a confissão; ao contrário, permitindo o direito ao silêncio para não se autoincriminar. Apontam-se outras garantias, como o juiz natural e imparcial, a publicidade do processo e a presunção de inocência, que somente se rompe com a condenação transitada em julgado. Todas essas - e várias outras - garantias individuais seriam solapadas pelo acordo de não persecução penal, demandando-se do acusado ampla confissão - e não lhe concedendo - ampla defesa. Não haveria contraditório, mas confirmatório. [...] O projeto é ambicioso, pois o investigado - como o texto o denomina -, com a homologação do acordo ele seja um sentenciado a cumprir pena, que pode envolver perda da liberdade, perda de bens e direitos, dever de indenizar a vítima, prestar serviços à comunidade e/ou pagar prestação pecuniária. Uma gama de sanções sem ao menos ter apresentado uma única prova em seu favor. Dir-se-á: não há necessidade de provar nada, pois ele "abriu mão do processo" e "confessou tudo". Fosse tão fácil, quando citado, sem ofertar defesa, nem apresentar

que, dado que o particular confessa as condutas ilícitas que podem corresponder também a fatos puníveis no âmbito do controle da probidade, serão incluídos na presente análise.

A primeira questão a ser pontuada é a autoridade competente para firmar tais acordos. Parte dos instrumentos são firmados com o Ministério Público: o acordo de colaboração premiada e o acordo de não persecução penal, dada sua competência no âmbito da ação penal pública. Também os acordos de não persecução cível, dada sua competência para propor ações por improbidade administrativa, bem como os TACs com finalidade de evitar ou suspender o andamento de ações civis públicas em quaisquer matérias de competência do Ministério Público.

Por fim, o Ministério Público também tem expandido sua competência para celebrar acordos de leniência, embora não haja previsão legal expressa nesse sentido. Sob o argumento dos poderes implícitos (art. 129, IX da Constituição Federal), o Ministério Público também se considera autoridade legitimada para a celebração de acordos de leniência dos ilícitos cuja persecução seja de sua autoridade.

Já os acordos de leniência, por previsão normativa expressa, deverão ser celebrados com a pessoa jurídica da Administração Pública lesada (Lei n. 12.846/2013) ou com o CADE (Lei n. 12.529/2011), lembrando que, caso os ilícitos sejam previstos em ambas as leis, poderá haver a necessidade de firmar dois acordos de leniência.

Uma das características em comum entre os acordos é a verticalidade.[168] Não se trata de uma negociação entre iguais, com paridade de armas. Trata-se de uma

---

advogado, também poderia ser imediatamente sentenciado pelo juiz, fazendo valer o que vigora na esfera cível: os efeitos da revelia. Mas não. Ninguém será processado criminalmente, no Brasil, sem o patrocínio de um defensor e a instrução será necessariamente contraditória. Enfim, o art. 28-A do projeto é inconstitucional". NUCCI, Guilherme de Souza. O projeto de lei anticrime. **Revista dos Tribunais**, v. 1010, dez. 2019, p. 71-91.

[168] "Cumpre salientar que não é qualquer consensualidade que se harmoniza com o direito sancionador. Há dois padrões que variam de acordo com a intensidade da autonomia da vontade, que vão do equilíbrio à quase submissão.
Nos acordos horizontais, as partes têm ampla margem de negociação por estarem, ao menos juridicamente, em posições de igualdade. Isso quer dizer que o próprio sistema jurídico não impõe limitações para a fase de pontuação do acordo e as partes têm plena liberdade para formatação das cláusulas do ajuste, podendo negociar tudo que não seja proibido pela lei, ordem pública e bons costumes. Prevalece, nesse modelo, o princípio da autonomia privada. Importante dizer que, mesmo nos contratos horizontais entre particulares envolvendo direito disponível, a autonomia da vontade não é absoluta, havendo limitações em prol da função social do contrato2.
Os acordos verticais envolvem direitos indisponíveis que acabam limitando a autonomia da vontade de ambos os celebrantes, pois a parte com posição dominante está adstrita aos limites legais para a

negociação marcada pela existência de bens indisponíveis e o resultado deverá, necessariamente, ser aquele que melhor concretiza o interesse público. Nesse sentido, não é facultado às autoridades dispensar o ressarcimento ao erário e, mesmo em relação às sanções, há limites para a negociação, não podendo abrir mão de toda pretensão punitiva.

Ao particular cabe, então, fazer o cálculo: aderir à proposta de acordo, recebendo uma sanção menor do que aquela que receberia caso não aderisse, mantendo-se a necessidade de ressarcimento integral do dano causado, ou não aderir à proposta e assumir o risco de ser punido com o rigor máximo da norma, mantendo-se a possibilidade, contudo, de não haver nenhuma punição.

Contudo, outra variável deve ser incluída nesse cálculo: ao aderir ao acordo, o particular assumirá os atos ilícitos praticados e se sujeitará à persecução dos demais órgãos que não se vinculam ao acordo celebrado, ainda que as normas busquem garantir que as informações prestadas pelo particular serão recebidas com sigilo.

É difícil imaginar, entretanto, que os demais órgãos[169], sabedores da existência dos ilícitos e de seus participantes, não decidam perseguir os mesmos fatos, ainda que não possam se utilizar das informações obtidas pela outra

---

negociação (ou seja, com poder decisório restrito) e a outra parte tem pouquíssimo espaço para "barganha", pois a essência do direito material deve ser mantida. Esse modelo contratual desenha um desequilíbrio de forças entre as partes e não há nenhuma antijuridicidade nisso, pois as partes devem ajustar o interesse público às suas vontades.
No âmbito do direito sancionador pode-se afirmar que os acordos seguem o modelo vertical, pois os requisitos e as condições de contratação são altamente regulados, diminuindo o poder de negociação da parte pública celebrante e aumentando o estado de submissão da parte contrária. Se é certo que os acordos verticais também são pautados pela voluntariedade (do contrário não seria acordo), também é verdade que a autonomia da vontade está delimitada pelo interesse público, cujo núcleo essencial deve ser preservado." QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. O acordo de não persecução cível nos tribunais. *Coletânea mudanças na lei de improbidade*. ANPR, 2021, pp. 3-4.

[169] Veja-se o exemplo do ocorrido no âmbito do Operação Lava Jato, em que houve uma série de acordos de leniência celebrados pelo Ministério Público Federal: "18. Como afirmou o Ministério Público no parecer exarado nestes autos, "se a Petrobrás S/A aderir, expressamente, ao acordo de leniência não tem sentido as empresas lenientes permanecerem no polo passivo da ação de improbidade e nem revigorar o decreto de indisponibilidade por ausência do interesse de agir. Por outro lado, se houver uma recusa formal do Conselho de Administração da Petrobrás S/A aos termos do ajuste de leniência firmado entre as empresas rés e a União e o MPF, restará a ela 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." STJ. RESP Nº 1.878.937 – PR. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em 09/03/2021, publicado no DJ em 12/04/2021.

autoridade pública. Assim, a pluralidade de autoridades servirá como um desincentivo à celebração de acordos. [170]

Ademais, os acordos de leniência só contemplam os fatos que estão sendo apurados no processo administrativo, não abrangendo outras condutas ilícitas cometidas pela pessoa jurídica contra a Administração Pública. De um lado, tal assertiva é positiva para o particular, que não precisa confessar toda e qualquer atividade ilícita, mas por outro, ao confessar apenas uma parcela das condutas ilícitas, acenderá um sinal de que outras condutas possam ser descobertas, caso investigadas, quase que conclamando as autoridades públicas a investigarem suas outras relações com o Poder Público.[171]

Em se tratando do acordo de não persecução cível, a jurisprudência admite que ele seja firmado mesmo após estágio avançado do processo judicial, tendo casos em que o acordo foi firmado já em fase de recurso especial. [172] Contudo, a literatura aponta corretamente que, quanto mais avançado estiver o processo, menor será a assimetria informacional, reduzindo a margem de negociação. [173]

---

[170] "A legitimidade concorrente passou a apresentar dificuldades relevantes, merecedoras de maior atenção daqueles que atuam nas causas envolvendo improbidade administrativa, após a disseminação da celebração de acordos nessa área que se sucedeu à previsão do acordo de leniência da LAC, em 2013, e seu crescente e bem embasado uso pelo Ministério Público Federal no âmbito da Operação Lava Jato. O ajuizamento de ações de responsabilização por improbidade administrativa pelos entes lesados no âmbito da referida operação (União e Petrobras) tendo por causa de pedir o mesmo contexto fático dos acordos celebrados com o Ministério Público Federal, na maioria das vezes valendo-se de provas entregues pelos próprios colaboradores, e com pedido para complemento do ressarcimento dos danos, ou a impugnação desses entes às decisões que extinguiam essas ações após a celebração dos acordos, instalou um contexto de grande insegurança jurídica em relação a essa estratégia de solução consensual." GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Reflexões sobre a legitimidade exclusiva do Ministério Público para propor ação e celebrar acordo no âmbito da probidade administrativa prevista no PL 10.887/2018. *Coletânea mudanças na lei de improbidade*. ANPR, 2021, p. 1.

[171] "Dos termos utilizados pela norma, vislumbra-se que o objeto do acordo de leniência é determinado ilícito sob apuração. Isso porque não há exigência de que a pessoa jurídica confesse todos os atos ilícitos por ela praticados contra a administração pública. Por meio do acordo, por exemplo, não necessariamente será feito um ajuste geral de contas entre a entidade acusada e a administração pública. [...]

Pode-se, é bem verdade, argumentar que o interesse público seria melhor atendido caso o acordo abrangesse, inclusive, atos ilícitos que não estivessem sendo objeto de apuração. Entretanto, ao se exigir tal nível de confissão, a pessoa jurídica pode ficar propensa a não celebrar o acordo, pois a confissão de outros ilícitos pode tornar o pacto pouco atraente. Assim, estar-se-ia diante de situação em que não haveria a celebração de nenhum acordo e até mesmo a apuração do fato sob apuração estaria prejudicada." ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013):* uma visão do controle externo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 163-164.

[172] "1. Conforme a jurisprudência da Primeira Turma do STJ, a homologação judicial dos acordos de não persecução cível em sede de ação de improbidade administrativa, previsto na Lei n. 13.964/2019, pode ser levado a efeito na instância recursal." Acordo no AREsp 1610631/PR, Rel. Ministro Gurgel de Faria, primeira turma, julgado em 22/06/2021, publicado no DJ em 17/08/2021

[173] "Sem dúvida nenhuma, o momento ideal para a celebração do acordo é antes mesmo do ajuizamento da ação judicial. Pela própria terminologia, a principal finalidade do acordo é o de não

Outra questão a ser analisada é o posicionamento adotado pela Orientação 10, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal ao estabelecer parâmetros formais e materiais para celebração de acordos de não persecução cível. Segundo o documento, a celebração de acordos no âmbito da Lei de Improbidade não afeta a competência do órgão ministerial para sanções previstas em outra lei. Logo, o Ministério Público pretende que o particular firme acordo enquanto nem mesmo a autoridade celebrante se compromete a não continuar a persecução por outras vias.[174]

Ainda a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, elaborou a nota técnica 1/2017 - 5ª CCR para esclarecer algumas questões sobre os efeitos dos acordos de leniência. O entendimento do órgão ministerial é de que o sistema criado pela Lei Anticorrupção não é norma geral de combate à corrupção e, portanto, não inutiliza o processo penal, a ação de improbidade administrativa ou a sanção disciplinar. Nesse sentido, consideram indispensável a participação do Ministério Público nas tratativas de acordos de leniência, sobretudo porque é o órgão ministerial o detentor do monopólio da ação penal pública e é um dos

---

persecução, que consiste em não ajuizar ação de responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa. Isso porque no início há uma possibilidade de formulação de acordos mais razoáveis, pois as partes têm uma assimetria de informações quanto ao resultado esperado no processo. Podem até calcular probabilidades, mas nunca certeza, pois ambas estão no ponto zero.
A Lei 13.964/2019, ao trazer o acordo de não persecução cível para a LIA, inseriu o § 10-A no art. 17, estabelecendo que, 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. Essa regra tem dado espaço para algumas controvérsias hermenêuticas. Uma interpretação que parece clara e consensual, pela própria literalidade da lei, é a de que se admite acordo mesmo com a ação já ajuizada, porém antes do prazo da contestação. O dissenso começa quando se indaga da possibilidade de fazer acordo depois da contestação e se acirra quando se questiona a viabilidade de acordo após a sentença.
A nosso juízo, a regra não proibiu a realização de acordo após a contestação. Não há nada escrito nesse sentido. A lei apenas autorizou a interrupção do prazo da contestação caso as partes tentem uma negociação ainda na fase postulatória do processo de conhecimento. Ou seja, caso queiram abrir diálogo para negociação após a contestação, o processo continuará tramitando sem interrupção ou suspensão dos prazos procedimentais e, tão logo se chegue a um acordo, basta requerer homologação judicial, que se dará por meio de sentença, abreviando o processo judicial." QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. O acordo de não persecução cível nos tribunais. *Coletânea mudanças na lei de improbidade*. ANPR, 2021, pp. 4-5.

[174] Art.3º - Os fatos ilícitos objetos de acordo previstos na presente Orientação limitam-se à sua qualificação normativa no campo da improbidade administrativa, sem prejuízo de constituírem hipótese normativa de sancionamento em outros sistemas estatais de responsabilização.
§1º - A celebração de acordos pelo MPF, no âmbito extrajudicial ou judicial, não afasta as demais responsabilizações decorrentes dos fatos, previstas em lei, nem importa o reconhecimento de responsabilidade, pelas pessoas físicas e/ou jurídicas celebrantes, para efeitos de outros sistemas de responsabilização.
§2º - A responsabilização assumida pelas pessoas físicas e jurídicas celebrantes está delimitada pelo escopo, conteúdo e termos do acordo entabulado com o MPF.

legitimados a ajuizar ações de improbidade administrativa. Excluir o Ministério Público seria, necessariamente, adicionar insegurança jurídica ao acordo.

A utilização das informações do Acordo de Leniência para fins penais, entretanto, estará condicionada aos termos do Acordo, sendo vedada a utilização das informações constantes para a persecução dos mesmos fatos e fundamentos ali resolvidos. O entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do uso de acordos de leniência para fins de compartilhamento de provas é rigoroso, conforme se verifica do julgamento da Pet 6845 presente no Informativo 913 do Tribunal: *"Dessa forma, é legítimo o compartilhamento com o fim de instrução de inquérito que investiga pessoa a qual não celebrou acordo de leniência, desde que não acarrete eventual prejuízo aos aderentes do instrumento."*

O Supremo Tribunal Federal deixa cristalino seu posicionamento no julgamento de agravo no Inquérito 4420/DF, entendendo ser inviável o uso das provas obtidas a partir do Acordo de Leniência contra os seus participantes:

> Penal e Processual Penal. 2. Compartilhamento de provas e acordo de leniência. 3. A possibilidade de compartilhamento de provas produzidas consensualmente para outras investigações não incluídas na abrangência do negócio jurídico pode colocar em risco a sua efetividade e a esfera de direitos dos imputados que consentirem em colaborar com a persecução estatal. 4. No caso em concreto, o inquérito civil investiga possível prática de ato que envolve imputado que não é abrangido pelo acordo de leniência em questão. **5. Contudo, deverão ser respeitados os termos do acordo em relação à agravante e aos demais aderentes, em caso de eventual prejuízo a tais pessoas**. 6. Nego provimento ao agravo, mantendo a decisão impugnada e o compartilhamento de provas, observados os limites estabelecidos no acordo de leniência em relação à agravante e aos demais aderentes.[175]

O posicionamento é compartilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive para pedidos de compartilhamento de provas realizado por autoridades estrangeiras, como se verifica da decisão de 2019 em carta rogatória relativa a pedido da Justiça dos Estados Unidos[176]

> Em princípio, o interessado que solicita incidência da cláusula de sigilo não pode se eximir de colaborar com a Justiça, devendo responder aos questionamentos nos limites da ciência acerca dos fatos e observado o direito de se abster de eventual autoincriminação (art. 379 do CPC).

---

[175] Supremo Tribunal Federal, DJe 13 set. 2018, Agravo Regimental no Inquérito 4420, Rel. Min. Gilmar Mendes.

[176] Superior Tribunal de Justiça, DJe 08 abr. 2019, Carta Rogatória 10606/US (2016/0053797-9), Rel. Min. João Otávio de Noronha.

> Todavia, a ausência de resposta ao ofício encaminhado à autoridade central para que buscasse no Juízo rogante a assinatura de termo de compromisso de confidencialidade e do não compartilhamento de provas com terceiros, neste momento, constitui óbice à concessão do exequatur.
> Ante o exposto, devolvam-se os autos à Justiça rogante sem cumprimento, por intermédio da autoridade central competente (art. 216-X do RISTJ), sem prejuízo de reapresentação se juntado o compromisso de sigilo e de não compartilhamento de provas com terceiros.

Depreende-se do julgado acima que para a concessão do compartilhamento de provas deve haver um compromisso do país estrangeiro em respeitar os termos do acordo de leniência e de não compartilhar o material ali obtido com outros Estados. Tal compromisso deve ser firmado entre a Justiça estrangeira e a autoridade central brasileira, isto é, o Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Outra questão ainda que deve ser ponderada é o papel dos Tribunais de Contas nos acordos. Veja-se o exemplo do Tribunal de Contas da União que editou a Instrução Normativa 74, de 11 de fevereiro de 2015 em que dispõe sobre seu papel de fiscalização do processo de celebração de acordo de leniência pela administração pública federal. O papel da Corte de Contas será tanto na etapa de celebração do acordo quanto no acompanhamento do cumprimento das obrigações e na análise dos resultados obtidos. Seu papel será de “emitir pronunciamento conclusivo quanto à legalidade, legitimidade e economicidade dos atos praticados, respeitando a salvaguarda do sigilo documental originalmente atribuído pelo órgão ou entidade da administração pública federal” (art. 1º, §1º). Dispõe o art. 3º que “a apreciação do Tribunal sobre as etapas que compõem a celebração de acordo de leniência [...] constituirá condição necessária para a eficácia dos atos subsequentes”.

Como deixa claro a redação da Instrução Normativa, a participação do Tribunal de Contas no processo de celebração do acordo não impedirá um processo na Corte de Contas para apuração de eventual dano ao erário não contemplado pela avença, tampouco impedirá a aplicação das sanções previstas na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei n. 8.443/1992).

Essa relação entre os acordos de leniência firmados entre o particular e a pessoa jurídica lesada no âmbito da Lei Anticorrupção e a (im)possibilidade de aplicações de sanções pelo Tribunal de Contas da União foi objeto do Mandado de Segurança n. 35.435 no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Min. Gilmar

Mendes. Transcreve-se a seguir a ementa do processo, dada a riqueza da abordagem:

> 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 ilícios 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 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.[177]

O julgado aponta com precisão os problemas oriundos da multiplicidade de autoridades envolvidas no controle da probidade e a insegurança jurídica surgida de acordos firmados com apenas algumas delas. Não é possível, como decidido no referido julgado e tem se defendido no presente trabalho que, após a celebração de acordo com autoridade pública, o particular ainda esteja sujeito a penalidades diversas a serem aplicadas por outras autoridades (ou mesmo pela mesma autoridade). O resultado da manutenção do atual panorama normativo será, inevitavelmente, o esvaziamento das soluções negociadas.[178]

Resumidamente, as soluções buscam acelerar o resultado prático do processo de persecução de ilícitos, muitas vezes envolvendo a colaboração de pessoas físicas e jurídicas em processos e investigações para identificação de outros envolvidos, com a obtenção célere de informações e documentos que comprovem a materialidade e autoria dos fatos – evitando assim longos e dispendiosos processos permeados por incertezas tanto para o investigado quanto para a Administração Pública, tendo ainda a vantagem de exigir o comprometimento do particular em cessar imediatamente a conduta ilícita.[179]

---

[177] MS 35435, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgado em 30/03/2021, Publicado no DJ em 02/07/2021.

[178] "A alteração da LAC, nesse momento, deve, no mínimo, alinhar duas questões para a efetividade do microssistema anticorrupção: a) a questão da redução da multa; e b) a questão do alcance amplo e terminativo do acordo de leniência; ou seja, dar abrangência ao acordo quanto às questões ligadas à LIA, possibilitando a cooperação de pessoas físicas no acordo de leniência e com extensão ao objeto do processo da ação civil pública de responsabilização de improbidade por meio de homologação judicial englobando o ressarcimento integral aos cofres públicos pelo dano causado ao erário." ANDRADE, Renata Fonseca. Sistema Anticorrupção, Lei de Improbidade Administrativa e Compliance. In: AUFIERO, Aniello; LINS, James**.** *Do Combate à Improbidade Administrativa*: considerações sobre a Lei n. 8.429/92 e afins. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 299.

[179] "A atuação administrativa por meio de acordos firmados entre Poder Público e particulares no âmbito no processo administrativo, tendo por base a negociação de prerrogativas públicas, determinaria soluções obtidas em concreto e de forma bilateral, porquanto se formaliza no encontro

Para o particular, trata-se de um cálculo de probabilidade, tendo, de um lado, a dificuldade para o Poder Público construir um caso robusto o suficiente para ensejar uma punição e, de outro, a confissão dos ilícitos em troca de penas mais brandas. Contudo, a insegurança jurídica surgida do cenário analisado no presente subcapítulo faz com que os acordos se tornem menos interessantes, pois demandarão a confissão sem a garantia de que os fatos ali admitidos não serão perseguidos em outras instâncias por outras autoridades, ainda que as informações concretas fornecidas estejam protegidas por sigilo.

3.3 Proibição de contratar com o Poder Público

A proibição de contratar com o Poder Público afeta, em especial, as sociedades empresárias, ainda que se possa aplicar tais sanções a pessoas físicas. Há previsão normativa para duas espécies de proibição: o impedimento (suspensão temporária) e a declaração inidoneidade. O efeito prático de ambas é o mesmo: impedir que o particular envolvido em graves irregularidades durante processo licitatório ou execução contratual possa realizar contratações com o Poder Público.[180]

A finalidade da proibição é preservar os interesses da Administração, impedindo que ela firme relações com particulares que sejam suscetíveis a transgredirem os deveres de probidade.[181] A literatura sobre a temática é bastante

---

de vontades entre Administração Pública e administrado. Ocorre que a consensualidade na prática do direito administrativo assume evidente viés pragmático, voltado à resolução de casos concretos, com negociação de prerrogativas públicas para alcançar a resposta mais eficiente." PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 267.

[180] "A suspensão temporária do direito de participar em licitação (inc. III) e a declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam efeitos similares. Nos dois casos, veda-se ao particular a participação em licitações e contratações futuras.
É possível estabelecer uma distinção de amplitude entre elas. A suspensão do direito de participar de licitação produz efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicar; a declaração de inidoneidade abarca todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inc. III utiliza apenas o vocábulo administração, enquanto o inc. IV contém administração pública." JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 424.

[181] "Além do aspecto da segurança das relações jurídicas a serem estabelecidas, não deve ser olvidado o nítido caráter punitivo de tal disposição, importando em penalidade pecuniária de ordem indireta, pois o ímprobo não poderá auferir qualquer benefício advindo de uma relação contratual com o ente estatal.

profícua, com um número igualmente expressivo de decisões judiciais tratando dos institutos. Contudo, grande parte do material produzido versa sobre o alcance das decisões no plano federativo.[182] O objetivo do presente subcapítulo não é explorar essa importante temática, mas abordar dois pontos também importantes: a disfunção causada pela pluralidade normativa e de instituições competentes para impor tais sanções e a racionalidade de se proibir um particular de contratar com o Poder Público.

Em relação ao primeiro ponto, trata-se do problema abordado ao longo da atual pesquisa: as proibições de contratar com o Poder Público estão previstas nas Leis de Licitações e Contratos, na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Orgânica do TCU, fazendo com que tais sanções possam ser aplicadas pelo ente público lesado, pelo Tribunal de Contas e pelo Judiciário com a provocação do Ministério Público.

Em relação ao segundo ponto, cabe refletir sobre quais interesses, de fato, estão sendo atendidos quando é imposta uma sanção de proibição de contratar com o Poder Público. É preciso considerar que, em se tratando de empresas, haverá efeitos colaterais para além dos sócios da pessoa jurídica, atingindo trabalhadores, fornecedores e, eventualmente, mesmo os interesses da Administração Pública, por reduzir a competitividade em futuras contratações.

A previsão normativa para as proibições de contratar com o poder público está, conforme mencionado, nas Leis de Licitações: art. 87, III e IV da Lei 8.666/1993; art. 7º da Lei n. 10.520/2002; art. 47 da Lei n. 12.462/2011; art. 83 da

---

À proibição de contratar deve ser dispensada uma interpretação condizente com a extensão atribuída a essa sanção pelo texto legal, abrangendo todos os contratos passíveis de serem estabelecidos com o Poder Público, quer sejam unilaterais ou bilaterais, onerosos ou gratuitos, comutativos ou aleatórios.
À expressão Poder Público deve ser dispensada interpretação condizente com a teleologia da norma, alcançando a administração pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e não somente o sujeito passivo do ato de improbidade praticado pelo ímprobo. A aplicação dessa sanção resulta da incompatibilidade verificada entre a condita do ímprobo e o vínculo a ser mantido com a administração pública, o que torna desinfluente qualquer especificidade em relação a esta, já que a sanção circunda a esfera subjetiva do ímprobo, a qual não é delimitada pelo ente que tenha sido lesado pelo ato de improbidade, tornando-se extensiva a todos os demais." GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 472.

[182] "Compreende-se a diversidade de alcance em sistema que institui penalidades em gradação, da mais leve (advertência) à mais severa (declaração de inidoneidade). Os efeitos da suspensão são restritos ao local em que imposta, quanto ao direito de licitar e contratar; os efeitos da inidoneidade, a mais gravosa das penalidades administrativas previstas na Lei n. 8.666/93, são nacionais, quanto ao mesmo direito de licitar e contratar." PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública.* 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 861.

Lei n. 13.303/2016; e art. 156 da Lei n. 14.133/2021. Ressalte-se que a Lei n. 14.133/2021 revogará todas as demais[183], com exceção da Lei n. 13.303/2016, mas os contratos administrativos celebrados sob as leis anteriores permanecerão sendo por elas regulamentados.

Entretanto, não há diferenças significativas nas previsões para as análises que a presente pesquisa busca realizar: no âmbito das licitações e dos contratos administrativos, o ente público lesado pode, dependendo da gravidade das irregularidades cometidas, ser proibido de contratar com o Poder Público por prazo determinado ou até que se reabilite.

Aqui cabe uma menção ao disposto no art. 159 da Lei n. 14.133/2021, que presta deferência ao processo administrativo de responsabilização instaurado no âmbito da Lei Anticorrupção, devendo o julgamento das infrações daquela lei ser realizado conjuntamente pela autoridade indicada nesta, evitando-se assim dois processos administrativos pela pessoa jurídica da Administração para aplicação de sanções distintas pelos mesmos fatos. Assim evita-se, ao menos, um processo adicional, reduzindo a potencial insegurança jurídica.

Há ainda na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União a previsão, em seu art. 46, de declaração de inidoneidade, "verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação", impedindo a participação em novas licitações com a Administração Pública Federal por até cinco anos. Aqui cabe a menção à discussão sobre a constitucionalidade de se atribuir ao Tribunal de Contas a possibilidade de impor tal sanção a licitantes, já que antes da adjudicação dos contratos resultantes do processo licitatório, o particular não poderia ser enquadrado como "responsável", como se exige no art. 71, VII da Constituição Federal.[184] De toda sorte, fato é que o

---

[183] "Em poucas palavras, esse brevíssimo panorama das três leis de licitações substituídas pela Lei n. 14.133/2021 revela que o sistema sancionador anterior se caracterizava por, ao menos, cinco aspectos bastante problemáticos: (i) a fragmentação das normas jurídicas; (ii) a consequente assimetria dos regimes jurídicos; (iii) as antinomias e divergências pontuais entre esses regimes simultâneos; (iv) a ausência de normas mais detalhadas sobre como apurar essas infrações e conduzir o processo sancionador; (v) a confusão entre diversos tipos de comportamentos infrativos, ou seja, as infrações propriamente licitatórias, as infrações que ocorrem entre o final da licitação e a celebração do contrato, além das infrações propriamente contratuais" MARRARA, Thiago. Infrações, sanções e acordos na nova lei de licitações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Licitações e Contratos Administrativos*: inovações da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 225.

[184] "Há outro problema ligado ao art. 46 Lei Orgânica, consistente em saber se o legislador efetivamente estava autorizado pela Constituição a dar ao TCU autorização para aplicar a sanções de inidoneidade a "licitante fraudador"

Tribunal tem aplicado tal sanção a licitantes e não houve, até o momento, declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da LOTCU que lhe atribui tal competência.

Veja-se, portanto, a primeira sobreposição institucional: ao Tribunal de Contas é atribuída a imposição de sanção de mesma natureza daquela franqueada ao ente público que realiza a licitação, sem que haja nenhuma consideração de ordem ou preclusão, apesar de se encontrar na literatura quem defende que o Tribunal de Contas deva primeiramente provocar o ente público a instaurar processo administrativo para apuração de irregularidades e, no caso da inação, ele próprio instaure o processo para imposição da sanção de inidoneidade.[185]

Apesar de coerente, o posicionamento não encontra embasamento normativo, tampouco contempla a possibilidade de o ente público ter apurado a irregularidade e ter considerado lícita a conduta do licitante ou, ao menos, não reprovável o suficiente para a imposição das sanções de proibição de contratar.

Por fim, a Lei de Improbidade prevê também, em seu art. 12, a sanção do agente ímprobo com a proibição de contratar com o poder público, tendo a Lei n. 14.230/2021 criado uma dosimetria em razão da gravidade dos atos: até 14, 12 ou 4 anos para as condutas dos arts. 9, 10 e 11, respectivamente. Observe-se que o referido dispositivo não faz nenhuma exigência de que os fatos praticados pelo agente tenham relação com licitações ou contratos administrativos.

Aqui, portanto, cria-se uma terceira oportunidade de imposição da pena de proibição de contratar, agora na via judicial, completamente autônoma e

---

Lembre-se que o texto constitucional autorizou o legislador a prever sanções a serem aplicada pelo TCU apenas se tivessem como destinatário “responsáveis” (inciso VIII do art. 71). Ora, “licitantes fraudadores” – agentes em busca do estabelecimento de um vínculo contratual com a Administração – não se enquadram nas hipóteses delineadas pelo parágrafo único do art. 70 da CF. Licitantes não gerenciam (em sentido amplo) recursos públicos, não administram (em sentido amplo) recursos pelos quais a União responda, tampouco assumem obrigações pecuniárias em nome da União. Se licitantes não são passíveis de serem classificados como “responsáveis”, não poderiam ser sancionados pelo TCU.” ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União*: competências, jurisdição e instrumentos de controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 199.

[185] “A Administração Pública pode aplicar a penalidade por irregularidades decorrentes de licitações ou contratos, mas também pode omitir-se ou deixar de reconhecer a ilegalidade, por conivência ou conluio com servidores públicos.
Para a primeira hipótese, pode e deve o Tribunal, inicialmente, envidar esforços no sentido de provocar a Administração para que cumpra com o dever de apurar e punir. Nesse caso, havendo omissão no acatamento de recomendação do Tribunal, caracteriza-se a segunda hipótese: conivência ou conluio.
Nessas duas hipóteses, garantida a ampla defesa e o contraditório, pode o Tribunal aplicar diretamente à empresa, pelo prazo de até cinco anos, a penalidade de declaração de inidoneidade.” FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas no Brasil*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 431-432.

desconectada da necessidade de que a questão tenha sido sequer abordada no âmbito administrativo.

Esse desenho institucional, apesar de prejudicial, não parece ser um acidente de percurso. É preciso observar que, em um curto período de tempo, o Congresso Nacional editou as leis que regulamentam as três oportunidades de imposição da sanção aqui abordadas: As Leis de Improbidade e do Tribunal de Contas da União são de 1992 e a Lei n. 8.666 é de 1993. É lícito concluir que o Congresso, imbuído do moralismo observado no primeiro capítulo da presente pesquisa, apostou no *bis in idem* como técnica de garantia da punição.[186] O problema não se restringe à aplicação da sanção de proibição, como visto ao longo da presente pesquisa.

Além da questão de como operacionalizar a aplicação da sanção – em que mais uma vez se apostou na multiplicidade de frentes institucionais – a própria existência de uma sanção de proibição de contratar com o poder público gera perplexidade. Trata-se de uma punição econômica indireta, que busca também preservar o Poder Público ao impedir que contrate com indivíduos que já transgrediram normas que protegem a probidade.

Contudo, é preciso refletir se a proibição de contratar com o Poder Público de fato preserva o interesse público e se está de acordo com os valores constitucionais.

---

[186] "O que se observa é que o legislador, num curto espaço de tempo (em menos de um ano), criou, em variados diplomas, sanções similares voltadas a punir condutas muito semelhantes, mas passíveis de serem aplicadas por órgãos distintos (Administração Pública, Tribunal de Contas e Judiciário), com alguma variação de prazo (máximo de cinco anos ou por tempo indeterminado) e com diferenças relativas ao grau de abrangência da punição (válida apenas para Administração Federal, ou também para as Administrações dos Estados e Municípios). A impressão que se tem é a de que o Congresso não se preocupou com a aplicabilidade prática das sanções que instituiu, tampouco em resolver, no plano normativo, as consequências de uma mesma conduta eventualmente ser punida com o mesmo tipo de sanção em "ambientes" distintos – LOTCU, Lei de Improbidade ou Lei de Licitações.
Não seria exagero afirmar que essa postura do legislador não tenha sido fruto de desatenção ou de descuido. É possível que o Congresso efetivamente tenha tido a intenção de criar uma intrincada rede punitiva, apostando na lógica de, quanto mais controle, melhor para o combate à corrupção e à impunidade. É o que se depreende, por exemplo, do próprio caput do art. 12 da Lei de Improbidade, no qual se lê que a sanção de improbidade administrativa poderia ser aplicada pelo Judiciário "independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação".
Ao assumir que punições por improbidade administrativa – as quais, pela descrição da lei, poderiam até mesmo ser fruto de afronta a princípios da Administração Pública – seriam passíveis de serem somadas a outras de natureza penal, civil ou administrativa, o diploma expressamente reconheceu como lícita eventual ocorrência de bis in idem. Isto é: o legislador não só demonstrou não ver problemas com a sobreposição de sanções, como acabou encorajando-a.
No impulso de punir e fortalecer o controle sobre a Administração Pública, o Congresso teve por bem aumentar os riscos dos controlados, não se preocupando com eventuais problemas de segurança jurídica causados por esse tipo de regulação – que, sem prever qualquer tipo de mecanismo de coordenação, viabilizou que órgãos distintos aplicassem sanções semelhantes a uma mesma conduta." ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União*: competências, jurisdição e instrumentos de controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 198-199.

Parece claro que medidas como a imprescritibilidade do ressarcimento de dano ao erário e multas que visam atingir o patrimônio do ofensor para inibir a reincidência – e o cometimento de transgressões pelos demais membros da sociedade – atingem, ao menos na teoria, o objetivo de preservar o interesse público de probidade, devendo-se observar apenas como operacionalizar tais questões.

Entretanto, em se tratando de proibição de contratar, o que se observa é que não apenas o ofensor é atingido pela sanção. Com exceção da previsão contida na Lei de Improbidade, as demais previsões são, em essência, direcionadas às empresas, ainda que possam também ser aplicadas a pessoas físicas. No caso da Lei de Improbidade, tem-se a situação inversa, a norma é pensada para ser aplicada às pessoas físicas e, eventualmente, pode também ser aplicada às pessoas jurídicas.

No caso de aplicação da sanção de proibição de contratar à pessoa física, não há maiores críticas a serem elaboradas. Porém, quando se analisa a questão aplicada às empresas, é preciso considerar que não somente a pessoa jurídica (e seus sócios) será atingida pela sanção, mas também seus trabalhadores e demais pessoas que participam da sua cadeia produtiva. Em determinados casos, até mesmo a Administração Pública será prejudicada, ao ter menos um competidor no mercado ou, em casos extremos, ao impedir que um fornecedor único em mercado altamente especializado participe de futuras contratações.[187]

É preciso se questionar, então, se é desejável proibir uma empresa de participar de contratações com o Estado e se tal proibição respeita os valores constitucionais vigentes, em especial os princípios da valorização do trabalho e da livre iniciativa, em sua dimensão social[188], a função social da propriedade e da empresa e sua preservação.

---

[187] "Estranhamente, a maior parte dos tribunais e doutrinadores parece olvidar essa perspectiva de análise. De modo equivocado, considera-se – ainda que implicitamente- que quanto maior for o rigor e o alcance da proibição de contratar com o Poder Público melhor se estaria protegendo o erário e a moralidade administrativa.
Contudo, o que se percebe é que essa premissa acaba por prejudicar não só as empresas que são injustamente alijadas do direito de contratar com a Administração, mas também os seus empregados e outras sociedades insertas em suas respectivas cadeias de produção, bem como, de modo reflexo, por paradoxal que soe, o próprio Poder Público que se tenta salvaguardar." ACCIOLY, João Pedro. *Improbidade administrativa e proibição de contratar com o poder público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 28

[188] "No que tange ao primeiro dos princípios que ora temos sob consideração, cumpre prontamente verificarmos como e em que termos se dá a sua enunciação no texto. E isso porque, ao que tudo indica, as leituras que têm sido feitas do inciso IV do art. 1º são desenvolvidas como se possível destacarmos de um lado "os valores sociais do trabalho", de outro "a livre iniciativa", simplesmente.

A Constituição Federal estabelece como valores a serem promovidos e preservados pelo Estado na ordem econômica os da valorização do trabalho e o da livre iniciativa. Em relação à valorização do trabalho[189], encontra-se fácil correlação com a temática aqui abordada: ao se impedir uma empresa de contratar com o Poder Público, pode-se estar decretando sua "morte" e, consequentemente, o fim do emprego direta e indiretamente de diversas pessoas.

Já em relação à livre iniciativa, cumpre elaborar sobre seu aspecto social e não meramente individualista, embora seja nitidamente um valor de caráter liberal. A livre inciativa é manifestação também do trabalho livre, organizado de maneira independente do Estado.[190] Ademais, é a livre iniciativa que organizará a propriedade privada de maneira economicamente produtiva, garantindo-lhe o cumprimento de sua função social.[191] Logo, ao se limitar a livre iniciativa, prejudica-se não só aquele que empreende, mas também se limita o potencial social da propriedade. [192]

Não é isso, no entanto, o que exprime o preceito. Este em verdade enuncia, como fundamentos da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa.
Isso significa que a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso." GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 198.

[189] "Expansão das oportunidades de emprego produtivo" e, corretamente, "pleno emprego" são expressões que conotam o ideal keynesiano de emprego pleno de todos os recursos e fatores da produção. O princípio informa o conteúdo ativo do princípio da função social da propriedade. A propriedade dotada de função social obriga o proprietário ou o titular do poder de controle sobre ela ao exercício desse direito-função (poder-dever), até para que se esteja a realiza o pleno emprego." GRAU, Eros Roberto**.** *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 252.

[190] "Importa deixar bem vincado que a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A Constituição, ao contemplar a livre iniciativa, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a "iniciativa do Estado"; não a privilegia, assim, como bem pertinente apenas à empresa.
É que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho, do trabalho livre – como observa Miguel Reale Júnior – em uma sociedade livre e pluralista." GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 203.

[191] "À propriedade-função social, que diretamente importa à ordem econômica – propriedade dos bens de produção – respeita o princípio inscrito no art. 170, III.
No mais, quanto à inclusão do princípio da garantia da propriedade privada dos bens de produção entre os princípios da ordem econômica, tem o condão de não apenas afetá-los pela função social – conúbio entre os incisos II e III do art. 170 – mas, além disso, de subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna." GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 246.

[192] "É verdade que o art. 170 inscreve a propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica (incs. II e III). Isso tem importância, porque, então, embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Se é assim, então a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social,

Ainda mais especificamente, se fala de uma função social da empresa ou função social do poder econômico.[193] Ao defender a coexistência entre o direito de propriedade e a sua função social[194], aplicando-se tal ideia às atividades econômicas, tem-se o resultado de que também a atividade econômica – que mobiliza o uso da propriedade privada – não pode atender exclusivamente aos interesses privados do empresário-proprietário[195], mas também interesses da comunidade.[196] Assim, fala-se até mesmo de um princípio da preservação da empresa[197], que vale nos assuntos falimentares para relativizar os interesses de um

---

fica vinculada à consecução daquele princípio." SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 270-271.

[193] "O art. 170, III, ao ter a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica, reforça essa tese, mas a principal importância disso está na sua compreensão como um dos instrumentos destinados à realização da existência digna de todos e da justiça social. Correlacionando essa compreensão com a valorização do trabalho humano (art. 170, caput), a defesa do consumidor (art. 170, V), a defesa do meio ambiente (art. 170, VI), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII), tem-se configurada a sua direta implicação com a propriedade dos bens de produção, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial. Disso decorre que tanto vale falar de função social da propriedade dos bens de produção, como de função social da empresa, como de função social do poder econômico." SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 816.

[194] "A propriedade privada é condição inerente à livre inciativa e lugar da sua expansão, além de direito individual constitucionalmente assegurado. Sua função como princípio setorial da ordem econômica é, em primeiro lugar, assegurar a todos os agentes que nela atuam ou pretendam atuar a possibilidade de apropriação privada dos bens e meios de produção. Ao mesmo tempo, impõe aos indivíduos em geral o respeito à propriedade nas hipóteses autorizadas pela Constituição Federal. Nada obstante, superando uma concepção puramente individualista da propriedade, o texto constitucional estabeleceu que, na ordem econômica por ele disciplinada, a propriedade deverá ter uma função social. O conceito é relativamente difuso, mas abriga ideias centrais como o aproveitamento racional, a utilização adequada dos recursos naturais, a preservação do meio ambiente, o bem-estar da comunidade. A frustração de tal mandamento constitucional dá ensejo a sanções previstas na própria Carta." BARROSO, Luis Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 14, mai/jun/jul 2008.

[195] "Obviamente, o mencionado art. 170 da Constituição Federal prevê a propriedade privada como um dos princípios gerais da atividade econômica (inciso II). Afinal, sem propriedade privada, especialmente quanto aos chamados bens de produção, não existe mercado.
O mesmo dispositivo constitucional, no entanto, também prevê a função social da propriedade como princípio geral da atividade econômica (inciso III).
É dessa combinação de princípios – propriedade privada e função social da propriedade – que decorre um dos mais alardeados princípios do direito empresarial: a função social da empresa." RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial:* volume único – 10. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 103.

[196] "Pela função social que lhe é inerente, a atividade empresarial não pode ser desenvolvida apenas para o proveito do seu titular, isto é, ela tem uma função maior. Não interessam apenas os desejos do empresário individual, do titular da EIRELI ou dos sócios da sociedade empresária, vale dizer, é fundamental que a empresa seja exercida em atenção aos demais interesses que a circundam, como o interesse dos empregados, do fisco e da comunidade." TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial:* Falência e Recuperação de Empresas – 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 96.

[197] "Outro princípio atrelado à empresa é o da necessidade de sua preservação, o seu fundamento base pode ser retirado do próprio princípio da função social, pois tudo aquilo que produz vantagens para a sociedade e ao Estado de forma adequada e lícita deve ser protegido."

credor[198], mas também poderia ser transposto à discussão da proibição de contratar com o Poder Público, isto é, relativizar o "*interesse*" (se é que existente) de se evitar uma contratação com o particular, preservando as relações econômicas mantidas por ele e considerando que outras sanções já foram aplicadas (sobretudo a multa) e que o ressarcimento ao erário é garantido pela Constituição Federal.

Especificamente em relação às empresas, note-se que a Lei Anticorrupção, destinada ao sancionamento de pessoas jurídicas, não previu a sanção de proibição de contratar com o Poder Público – apesar de prever em seu art. 19, incisos II e III, a possibilidade de suspensão ou interdição parcial das atividades ou mesmo a dissolução compulsória, respectivamente, que são tão ou mais problemáticas do que a proibição de contratar com o Poder Público.

Chama a atenção o fato de que o legislador tenha omitido a sanção de contratar com o Poder Público, mas tenha adotado punições ainda mais severas, eis que, enquanto a proibição de contratar *pode* resultar no ocaso da pessoa jurídica, a suspensão ou interdição e, definitivamente, a dissolução compulsória, certamente afetará os valores constitucionais acima mencionados.

Pelo exposto, verifica-se que a imposição da proibição de contratar padece dos mesmos vícios encontrados em todo o sistema de defesa da probidade, atribuindo-se punições equivalentes a instituições diferentes, em processos distintos e com fundamentos normativos distintos. Nessa temática, ainda mais grave são os impactos que extrapolam os interesses dos sancionados, afetando também terceiros e, potencialmente, o próprio Estado, colocando em xeque a conveniência da existência de tal sanção ou, ao menos, exigindo-se que tais considerações sejam realizadas quando da cogitação de aplicação da mesma, aplicando-a com a proporcionalidade que a matéria exige.

VOSGERAU, Bruno Roberto; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. A dissolução Compulsório da Pessoa Jurídica na Lei Anticorrupção e o Aparente Conflito com o Princípio da Função Social da Empresa e o Princípio da Preservação da Empresa, *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, v.4, 2018, p. 65.

[198] "O individual não pode ser mais importante que o coletivo e, por isso, sempre que possível deve se buscar a preservação da empresa, ainda que em detrimento de um credor. A positivação desse princípio pode ser visualizada na diminuição dos pedidos de falência realizados no país." TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial:* Falência e Recuperação de Empresas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017, pp. 96-97.

3.4 Conclusão parcial

O presente capítulo analisou três situações distintas do controle de probidade, marcadas por dificuldades com a mesma origem: o moralismo que orienta a produção sobreposta de normas, em busca da redução da impunidade, atribuindo a instituições diferentes e por meios jurídicos distintos a apuração e aplicação de sanções. Seu objetivo foi aprofundar, com a análise de situações específicas, os problemas relatados no capítulo anteriores.

Assim, viu-se que a cautelaridade nos processos de controle da probidade busca resguardar uma futura e eventual decisão condenatória desconsiderando completamente questões fundamentais comuns à cautelaridade em outras áreas do ordenamento jurídico, dispensando-se a existência de indícios de fraudes que permitam supor que a pessoa tentará frustrar o adimplemento em caso de eventual condenação.

Ainda, viu-se que a cautelaridade em ações de controle de probidade acaba por servir como cumprimento provisório da sanção, já que não se limita aos valores de ressarcimento ao erário, incluindo-se multa e até mesmo danos morais à coletividade, de caráter nitidamente punitivo-pedagógico.

E encerrando a problemática da cautelaridade em ações de controle da probidade, analisou-se ainda o papel desempenhado pelos Tribunais de Contas que, amparados pela teoria dos poderes implícitos, determinam a indisponibilidade de bens, inclusive de particulares, para garantir o cumprimento de suas decisões.

Já em relação às soluções consensuais, os problemas se repetem: a multiplicidade institucional faz com que se tenha que firmar acordos de leniência com autoridades distintas e que não vinculam aos acordos firmados pelas demais. Aqui, repete-se também o problema da aplicação da teoria dos poderes implícitos, que serve como justificativa para o Ministério Público poder realizar acordos de leniência, apesar da ausência de previsão normativa.

A insegurança jurídica é, então, inevitável, pois assumir o compromisso com alguma das autoridades legitimadas requer a confissão das condutas irregulares e o fornecimento de informações que comprovem o alegado, o que, embora haja a previsão de que tais informações não serão compartilhadas com outras autoridades que não adiram e não se comprometam a respeitar as cláusulas do acordo, a própria

existência do acordo indica a existência de ilícitos, isto é, ainda que as informações concretas não sejam fornecidas, a mera confissão já serve como indicativo para as demais autoridades de que há algo a ser investigado.

Por fim, analisou-se a questão da aplicação da sanção de proibição de contratar com o Poder Público, sob dois aspectos distintos: mais uma vez a multiplicidade institucional que permeia o controle de probidade, causando insegurança jurídica, mas também a própria viabilidade jurídica de se sustentar a existência de tal sanção, que desconsidera uma série de valores constitucionais, como os princípios da valorização do trabalho, da livre iniciativa, bem como a função social da propriedade e da empresa. A manutenção de tal espécie de sanção parece não apenas inviável, mas também indesejável, dados os seus efeitos nocivos a todos os envolvidos, não só às pessoas imediatamente vinculadas às irregularidades.

Com isso, os capítulos 2 e 3 buscaram analisar os principais problemas enfrentados no controle da probidade. É certo que há outros problemas de descoordenação que não foram analisados. Contudo, buscou-se apontar as questões prioritárias para a harmonização do sistema. Assim, firmou-se as premissas para a análise propositiva que se segue no último capítulo da pesquisa, onde se busca, com uma abordagem interdisciplinar, propor melhorias para o sistema, baseadas em evidências científicas e nos valores constitucionais, afastando-se, portanto, do moralismo que orienta as inovações normativas na matéria.

4 POR UM EFETIVO SISTEMA DE DEFESA DA PROBIDADE

> Although corrupt behavior can arise in a number of different contexts, its essential aspect is an illegal or unauthorized transfer of money or an in-kind substitute. The person bribed must necessarily be acting as an agent for another individual or organization since the purpose of the bribe is to induce him to place his own interests ahead of the objectives of the organization for which he works. In order to be eligible for a corrupt transaction, the 'bribee' must necessarily be in a position of power, created either by market imperfections or an institutional position which grants him discretionary authority.
>
> Susan Rose-Ackerman, 1974.

O quarto e último capítulo da presente pesquisa possui caráter propositivo, oferecendo-se ao final sugestões sobre mudanças com potencial para solucionar os principais problemas aqui identificados. Contudo, antes das sugestões, dedica-se o primeiro subcapítulo às contribuições da ciência econômica sobre o fenômeno da *corrupção*, entendendo-se, a partir de abordagens distintas, que o problema é informacional e cultural.

Em seguida, o segundo subcapítulo analisa o problema do ponto de vista jurídico, elencando os valores que fundamentam a pretensão punitiva do Estado, como a supremacia do interesse público, e os valores que são desrespeitados pelo sistema que se pretende punitivista ao invés de instrumental, como a presunção de inocência e a vedação *bis in idem*.

Ao final, o terceiro e último subcapítulo dedica-se às propostas, com base nas análises empreendidas nos subcapítulos anteriores, buscando soluções dentro das possibilidades do ordenamento jurídico brasileiro, sem a pretensão de "reinventar a roda", buscando-se, portanto, apontar também as soluções – normativas e teóricas – desenvolvidas para resolver alguns dos problemas estudados.

4.1 Premissas para um controle efetivo

A preocupação com atos ilícitos cometidos contra o Poder Público não é exclusiva do Direito, sendo também área de estudo da ciência econômica. Para a economia, as questões relevantes em relação à *corrupção* são, por exemplo, as razões que levam o agente a transgredir, como evitar a transgressão e quais os custos causados por ela e envolvidos no seu combate. No presente subcapítulo serão abordadas algumas das principais considerações da ciência econômica (da microeconomia desenvolvida a partir da década de 1970 e da *public ch*oice*,* abordagem econômica dos principais problemas da ciência política, desenvolvida sobretudo a partir da década de 1960) sobre o fenômeno da *corrupção* para que se estabeleça algumas premissas importantes para a proposição que será feita ao final do capítulo.

A corrupção como uma preocupação da ciência econômica nem sempre foi uma questão que recebeu grande atenção dos pesquisadores. Por muito tempo foi entendida como uma simples transação que não causaria grandes perdas de bem-estar. Posteriormente, a corrupção passou a ser abordada de maneira teórica pela ciência econômica adotando duas abordagens distintas: a compreensão de que o desvio serviria como areia ou como óleo para a máquina pública. Na primeira concepção, a corrupção seria prejudicial, enquanto na segunda seria uma conduta que possibilitaria a máquina funcionar. As abordagens, entretanto, careciam de dados para embasar suas conclusões.[199]

A percepção sobre a importância de se estudar a corrupção cresceu quando, amparada pelo conceito de *rent seeking*[200] - conceito que não se confunde com

---

[199] *"One of the reasons often cited for the relative neglect of corruption as a research topic in economics is that a bribe is simply a transfer and therefore entails no serious welfare losses. Myrdal seriously questioned this view arguing that if corruption is allowed, government officials will have an interest in generating bureaucratic hurdles to demand bribes. Thus, rather than supporting production, the bureaucracy becomes a burden obstructing efficiency. […] These two approaches, corruption as `sand' and corruption as `oil' in the machine, coexisted with ingenious rationales behind each approach being constantly added to the list. But the lack of data prevented these competing hypothesis from being directly tested against one another*." ADES, Alberto; DI TELLA, Rafael. The New Economics of Corruption: a Survey and some New Results. *Political Studies*, XLV, 1997, p. 500.

[200] *"For most of us, rent is what we pay the landlord each month or what a rental agency at an airport charges for letting us use a car for a week. For the economist, however, rent is short for "economic rent" and means something quite different. It is the extra amount paid (over what would be paid for the best alternative use) to somebody or for some- thing useful whose supply is limited either by nature or*

corrupção[201], mas ajuda a entender o fenômeno -, entendeu-se que, diferentemente da abordagem inicial, a corrupção geraria desperdício de recursos.

No artigo *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft* de 1967, Gordon Tullock desenvolveu o conceito que viria a ser conhecido como *rent seeking* – embora o autor não utilize essa nomenclatura na obra.[202] Ao analisar o estabelecimento de tarifas pelo governo – uma forma amplamente utilizada para evitar a entrada de novos agentes em determinado mercado – o autor realiza uma comparação entre o comportamento dos agentes econômicos com o comportamento dos ladrões.

Afirma o autor que, geralmente, uma tarifa não é imposta pelo governo por conta própria. Para que isso aconteça é necessário que haja *lobby* por meio de gasto de recursos no processo político. É possível se imaginar que um produtor investiria recursos em *lobby* até que cada dólar investido fosse igual ao retorno esperado. Esses dólares gastos no direcionamento do processo político são, do ponto de vista da sociedade, um desperdício, pois não estão sendo gastos em aumentar a riqueza, mas em tentativas de transferir ou resistir à transferência de riqueza.[203]

Da mesma maneira acontece com os roubos: há a transferência de riqueza de uma pessoa para outra – da vítima para o ladrão – sem que o total de riqueza seja modificado. Entretanto, para evitar tal transferência de riqueza, as potenciais vítimas passariam a investir em segurança, com trancas sofisticadas, vigilância e armas e, do outro lado, o criminoso passaria a investir em formas de superar a segurança cada vez mais elaborada. Em algum momento esses dois esforços atingiriam um equilíbrio e o mesmo seria extremamente custoso para a sociedade. Entretanto,

---

through human ingenuity." MAURO, Paolo. Why Worry About Corruption? *Economic Issues*, v. 6, Washington D.C.: International Monetary Fund, 1997.

[201] *"Seeking out and capturing economic rents is a normal aim of both individuals and organizations. Far from being corrupt, it is the driver behind most economic activity. A company that designs a better mousetrap is seeking a form of rent. For the same amount of materials and labour a better mouse-trap can be sold commanding a higher price in the market until someone else designs a yet better mouse-trap. The competitive market place consists of firms seeking economic rents and, in doing so, eroding or capturing the rents of other firms. Seeking such rents does not entail corruption."* SENIOR, Ian. An Economic View of Corruption. *The Journal of Interdisciplinary Economics*, v. 9, 1998, pp. 145-161.

[202] A nomenclatura *rent seeking* é comumente atribuída à Anne Krueger, que em 1974 desenvolveu análise do caráter competitivo da atividade. Cf. KRUEGER, Anne O. The Political Economy of the Rent-Seeking Society. *The American Economic Review*, v. 64, n. 3, junho de 1974, pp. 290-303.

[203] TULLOCK, Gordon, The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft. *Western Economic Journal*, v. 5, n. 3, 1967, p. 228.

embora as transferências não custem nada para a sociedade, os investimentos para forçar ou impedir que elas aconteçam são um verdadeiro desperdício.[204]

O custo total do roubo é a soma dos esforços investidos na atividade do roubo, os investimentos na proteção contra o roubo e o investimento público em proteção policial. O roubo em si é apenas uma transferência e não tem nenhum custo de bem-estar, mas o potencial de roubo resulta na canalização de recursos para outros campos que não produzem nenhum produto positivo. O problema das transferências de renda não está diretamente ligado às perdas de bem-estar, mas no fato de que as pessoas investirão recursos tentando obter ou prevenir tais transferências.[205] Em suma, o *rent seeking* é um tipo de "investimento" desperdiçado do ponto de vista social.[206]

A corrupção dos agentes públicos por sua vez seria uma espécie de *rent seeking*, isto é, o desperdício de recursos para, de forma ilícita, convencer o agente público a tomar uma decisão em favor do particular corruptor em detrimento do interesse público. [207]

Os atores dessa relação são: o público, que deseja maximizar o bem-estar social; os burocratas e políticos que atuam em nome do público para concretizar os objetivos do público; e as firmas, que buscam concretizar seus interesses próprios, muitas vezes empregando práticas corruptivas.[208]

---

[204] TULLOCK, Gordon, The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft. *Western Economic Journal,* v. 5, n. 3, 1967, p. 230.
[205] Ibidem, p. 221.
[206]Ibidem, p. 232.
[207] "A prática do *rent-seeking* consome tempo e desvia a energia que poderia ser utilizada para gerar riquezas, a utilização desses acessos privilegiados ou de normas vantajosas, por meio de práticas como essa, tem um efeito nefasto na sociedade, tendo em vista que os recursos utilizados não aumentam a produtividade, gerando perda de pressão competitiva, e, consequentemente, redução do bem-estar social.
É possível que agentes econômicos se beneficiem de práticas *rent-seeking* e por meio delas consolidem esquemas corruptos que podem se perpetuar por longos períodos, dada a dificuldade de se interromper a estabilidade dos grupos. Por isso, é importante que o Estado conte com aparato jurídico e investigativo robusto para cessar práticas dessa natureza, inserindo-se o acordo de leniência como instrumento importante nessa seara." MARIN, Tâmera Padoin Marques. *A Lei Anticorrupção e o Acordo de Leniência:* uma análise do regime geral para a celebração desse instrumento. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 113.
[208] *"The Public wishes to maximize social welfare. For this it uses a variety of instruments such as pollution regulation (to keep the air clean), or export subsidies (to promote `national champions' that are technological leaders) to name just two. To pursue its objective, the public can do one of two things: it can either set up a bureaucracy or it can periodically elect politicians. The two alternatives have their advantages as bureaucrats usually have longer horizons, but politicians are more accountable for their actions. Typically The Public will want to employ both types, and we will stress some of the differences below, but for now we shall call them Bureaucrats. In our example, Firms are*

Entender quem são os atores dessa relação é fundamental para compreender a primeira grande corrente de análise da corrupção pela ciência econômica: a corrupção como um problema principal-agente.[209] O problema de agência depende da existência de assimetria informacional entre o representante (o agente público) e o representado (o público que manifesta seus desejos nas urnas) ou os órgãos de controle. Em suma, trata-se da exploração da assimetria informacional, pelo agente que recebeu poderes[210], para obtenção de vantagens ilícitas.[211]

O manejo da informação é fundamental também para as relações mantidas após os *contratos* corruptos, pois os participantes possuem meios de delatar a outra

---

the third and final party to the corrupt relationship." ADES, Alberto; DI TELLA, Rafael. The New Economics of Corruption: a Survey and some New Results**.** *Political Studies*, XLV, 1997, p. 503.

[209] "Tradicionalmente identificam-se duas distintas formas de modelagem do dilema de agência para análise da corrupção. A primeira se refere à corrupção na burocracia estatal. A segunda busca integrar também a corrupção política. (...) A literatura jurídica se refere abstratamente a atos realizados pela "Administração Pública" ou pelo "Poder Público". Contudo, no dia a dia da Administração Públicas, as atividades estatais são desempenhadas por agentes públicos comuns. Para que possam cumprir seus desígnios, tais burocratas são dotados pela Administração de determinados poderes, por vezes exercidos com algum grau de discricionariedade, adequados para as tarefas que desempenham. (...)
Nesse contexto, uma primeira forma de modelar o problema da corrupção por meio do dilema de agência seria identificar como agentes os membros da burocracia estatal. O principal seria o governo eleito, que busca implementar determinado projeto político sufragado nas urnas. Todavia, por vezes, o agente administrativo, observando a oportunidade de corrupção, desviaria das orientações traçadas pelo principal e buscaria se aproveitar da máquina pública para auferir benefícios pessoais. O agente corrupto seria capaz de alcançar seu intento por possuir maiores informações sobre o cenário em que efetivamente atua do que as detidas por outros membros Governo. Em outros termos: há uma relação de assimetria informacional entre o agente e o principal, sendo que o agente, eventualmente, no caso de divergência de interesses entre as partes, poderia optar por explorá-la para o seu locupletamento." CARVALHO, Victor Aguiar de. Corrupção e Análise Econômica: como o sistema de incentivos influencia o quadro de comportamentos ilícitos. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; MORGAN, Fernanda. *Direito Administrativo e Corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 99-100.

[210] *"We start with TI's definition os corruption as: 'the abuse of an entrusted power for private gain." This definition captures the principal-agent problem at the root of all types of economic and political corruption – bribery, embezzlement, nepotism, influence peddiling, conflicts of interest, accounting fraud, electoral fraud, and so forth. The key term is 'entrusted power,' which refers to the taskjs one is expected to perform – reviewing permit applications, passing laws, or hearing legal cases, for example – according to certain rules, written or otherwise. This power may be entrusted by an employer to an employee, or by the populace to a government leader. If one abuses entrusted power, the rules are broken, and the princpal's goals are subverted."* ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 9.

[211] *"So the government employs bureaucrats to collect information and implement policies. The fact that the government needs to employ agents, who would otherwise be productive, increases the cost of interven- tion. More interestingly, it also introduces a principal-agent relation whereby bureaucrats transferresources on the basis of information they have and the government (the principal) does not. This reasoningleads to our firstbasic result: because government intervention designed to correct market failures requires the use of bureaucratsto make decisions, it will create opportunitiesfor these employees to be corrupt and demand bribes.*" ACEMOGLU, Daron; VERDIER, Thierry. The Choice Between Market Failures and Corruption. *The American Economic Review*, v. 90, n. 1, mar. 2000, p. 195.

parte.[212] A compreensão desse fato possibilita que as autoridades públicas criem incentivos para que as partes envolvidas em atividades ilícitas se vejam motivadas a colaborarem, delatando os demais participantes, em um clássico exemplo de dilema do prisioneiro.[213]

A corrupção como um problema principal-agente possui três alternativas para solução: a solução jurídica, aumentando a quantidade de leis mais rigorosas e maior controle[214]; a solução "empresarial", pagando-se melhores salários para os agentes[215] [216], e a solução econômica, fomentando-se a concorrência, tanto entre as

---

[212]"Fréderic Boehm e Johann Graf Lambsdorff utilizam conceitos da nova economia institucional para analisarem o que denominam de acordos corruptos e os custos de transação envolvidos em tais arranjos. Para eles, um contrato corrupto típico passa por três fases: a iniciação do acordo, que culmina na entrega da vantagem indevida; a execução do acordo, quando se estabelece a troca acordada na relação e, por fim, a fase pós-contratual, em que ambas as partes continuam a ter informações suficientes para causar algum dano à outra no caso de decidir denunciar a relação às autoridades." CARVALHO, Victor Aguiar de. Corrupção e Análise Econômica: como o sistema de incentivos influencia o quadro de comportamentos ilícitos. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; MORGAN, Fernanda. *Direito Administrativo e Corrupção.* Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 109.

[213] "A escolha de entabular ou não o acordo de leniência permeia a assimetria de informação entre os agentes, posto que, em razão do sigilo da negociação prévia, um ente colaborador desconhece que o outro também esteja pretendendo colaborar e, ainda, não dispõe de um domínio total das informações que estão na posse do terceiro. Além disso, é preciso ter bastante clareza quanto aos benefícios a serem obtidos. Estudiosos da colaboração na seara criminal apontam a imprescindibilidade da existência de um mecanismo bem claro de incentivos, raciocínio esse aplicável aos acordos de leniência.

A pessoa jurídica que pretende firmar o acordo pode ter disponíveis documentos e dados que possivelmente outros envolvidos não possuem ou que ainda não tenham manifestado o desejo de entrega-los ao Estado, surgindo o propósito de se adiantar, para que os benefícios legais sejam obtidos no grau máximo. Se não firmar o acordo, pode ser que o Estado não reúna elementos para sancioná-lo e ele reste absolvido. Por outro lado, haverá sempre o risco de outro agente colaborar quando então o sancionamenrto do que desistiu do acordo será certo." MARIN, Tâmera Padoin Marques. *A Lei Anticorrupção e o Acordo de Leniência:* uma análise do regime geral para a celebração desse instrumento. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 116.

[214] "Na temática da corrupção, torna-se crucial o fortalecimento dos mecanismos estatais de controle, porquanto de acordo com a referida escolha racional, os indivíduos tendem a optar por decisões que lhe sejam maximizadoras de benefícios. Assim, o Estado, por meio de suas normas e instrumentos de apuração e de penalização de condutas ilícitas, deve deixar evidente o alto risco de corromper ou ser corrompido frente às consequências jurídicas. Isto é, a corrupção não pode ser compensatória, vantajosa, pela certeza da impunidade, posto que, quanto maior for a vantagem dela decorrente e menor o risco de ser punido, menor será o fato de desestímulo à prática." MARIN, Tâmera Padoin Marques. *A Lei Anticorrupção e o Acordo de Leniência:* uma análise do regime geral para a celebração desse instrumento. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 111.

[215] *"We find that when monitoring bureaucrats becomes more difficult, they should receive higher wages, and government intervention should become relatively rare. But if government intervention continues to be required despite the increased difficulty of monitoring, the number of bureaucrats and their wages should increase, very much as if the bureaucracy were expanding to seek additional rents. The intuition for this result is informative about the workings of our model. Government intervention has two instruments: the number of bureaucrats and their wages. When there are many bureaucrats, each firm is likely to be inspected, and a small fine on polluters is sufficient to discourage pollution. Because the fine is small, there is only a small bribe that the bureaucrat can extract. In contrast, with few bureaucrats the fines need to be large and there is more room for corruption. When bureaucrats become harder to monitor, the optimal government intervention will use both instruments more*

firmas quanto entre burocratas.[217] Todas as soluções propostas visam influenciar elementos decisórios de um agente racional, seja tornando mais custosa a prática corrupta em caso de punição – acompanhada do aumento da probabilidade de punição, como exigindo declarações de bens[218] -, seja remunerando o bom comportamento e aumentando a perda em caso de eventual punição, seja reduzindo a importância dos atores envolvidos, em um universo em que há mais envolvidas (concorrência), diminuindo a margem para ações ilícitas.

Contudo, a corrupção não é entendida na literatura econômica apenas como um problema de agência. Há também quem aborde a questão pela lógica da ação coletiva.[219]

Em 1965, Mancur Olson escreve *The Logic of Collective Action* em que rompe com a teoria dos grupos até então vigente a partir do olhar da *public choice*. O autor afirma que um dos propósitos de uma organização, sobretudo daquelas que

---

intensively. That is, the government will hire more bureaucrats and pay higher wages." ACEMOGLU, Daron; VERDIER, Thierry. The Choice Between Market Failures and Corruption. *The American Economic Review*, v. 90, n. 1, mar. 2000, pp. 195.

[216] *"The most usual proposal to control corruption involves using formal incentives by simply paying a very high fixed wage to bureaucrats with the possibility of committing corrupt acts. The logic of paying a high wage in every state of the world to prevent corruption stems from the fact that if there is probability of malfeasance detection, and an associated penalty, say a fine or employment at a lower wage, then honest actions are incentive compatible for the government bureaucrat."* ADES, Alberto; DI TELLA, Rafael. The New Economics of Corruption: a Survey and some New Results. *Political Studies*, XLV, 1997, p. 505.

[217] *"With respect to the theories on the causes of corruption, we present the theoretical background and empirical performance of some of the most voiced policy proposals. Broadly speaking, there are three types of policy proposals aimed at curbing corruption, which we can call the lawyer's approach, the businessman's approach, and the economist's approach. These consist, respectively, in producing tougher new laws and tougher enforcement of existing laws, in paying higher wages to bureaucrats or, finally, in increasing the level of competition in the economy, both among firms and bureaucrats."* ADES, Alberto; DI TELLA, Rafael. The New Economics of Corruption: a Survey and some New Results. *Political Studies*, XLV, 1997, p. 497.

[218] *"Another social constraint that may increase the level of corruption is the ability to use the statement of wealth as a corruption controlling device. In many countries politicians are obliged to sign a sworn declaration of their wealth when they start once. This can be of extreme help in controlling corruption."* ADES, Alberto; DI TELLA, Rafael. The New Economics of Corruption: a Survey and some New Results. *Political Studies*, XLV, 1997, p. 506.

[219] *"Collective action theories do not necessarily question the potential relevance of effective monitoring and punishment regimes as means to curb corruption such as suggested by the principal–agent framework. Rather, they question the underlying assumption that all societies hold at least one group of actors willing to act like "principals" and, as such, enforce such regimes. This is because, quite contrary to what principal–agent theory suggests, collective action theory contests the view that strategic situations always in themselves give the actors the answer to the question what strategy is the most rational to opt for. This is particularly true for strategic interaction that takes the form of a multiple-equilibria coordination problem, within the framework of which—unlike in the more commonly put forward single-equilibrium "prisoners dilemma," which always has a dominant strategy—what action should be taken should be expected to depend on shared expectations about how other individuals will act"*. PERSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. Why Anticorruption Reforms Fail – Systemic Corruption as a Colletive Action Problem. *Governance:* An International Journal of Policy, Administration, and Institutions, v. 26, n. 3, jul. 2013, p. 456.

possuem interesses econômicos, é a persecução do interesse de seus membros. Essa ideia não apresenta em si nenhuma inovação, já que, desde pelo menos Aristóteles, a compreensão de que homens se associam politicamente para a vantagem do coletivo é conhecida.[220]

A teoria tradicional sobre o comportamento de grupos assume implicitamente que grupos privados e associações operam de acordo com princípios completamente diferente daqueles que orientam as ações de firmas no mercado ou entre os contribuintes de tributos e o Estado. O autor reconhece a simplicidade de abordar todos os autores que escreveram sobre o comportamento de grupos em uma única "teoria tradicional", mas afirma que eles podem ser divididos em sua forma mais casual e em sua forma mais formal.

A forma casual corresponde à compreensão de que a formação de grupos e organizações privadas é ubíqua, ou seja, que o homem está propenso a formar e se associar a grupos – é o que defendia Aristóteles, por exemplo. A compreensão formal não se baseia no instinto de se associar, mas na explicação da evolução de uma sociedade rudimentar para uma sociedade moderna, da transição de pequenos grupos, quase sempre familiares, para grupos estruturados com a finalidade de garantir funcionalidades outrora garantidas pelos pequenos grupos. A associação voluntária poderia ser explicada pelo fato de desempenhar uma função – satisfazer uma demanda – que pequenos grupos não seriam capazes de desempenhar, isto é, a demanda ou interesse oferece o incentivo para a formação e manutenção da associação voluntária. Outra característica da teoria tradicional em qualquer das suas formas é que grupos, sejam eles grandes ou pequenos, atraem os indivíduos pelas mesmas razões – A diferença seria em grau, mas não em gênero.[221]

O obstáculo à visão de que grupos grandes ou pequenos operam de acordo com os mesmos princípios está no fato de que, embora seus membros queiram bens que beneficiarão todos os demais membros do grupo, os mesmos membros não têm interesse em pagar o custo para obter esse bem coletivo. A relação entre esses interesses conflitantes é fundamentalmente diferente dependendo do tamanho

---

[220] OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action:* Public Goods and the Theory of Groups. 20 ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002, pp. 5-6.
[221] OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action*: Public Goods and the Theory of Groups. 20 ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002, pp. 16-20.

do grupo e é onde Olson diverge das teorias tradicionais sobre o comportamento de grupos e associações.

Primeiro, o autor discorre sobre a dinâmica de entrada e saída de indivíduos dos grupos: indústrias e grupos com interesses no mercado diferem de maneira fundamental de grupos sem interesses no mercado. Uma firma de uma indústria quer manter e aumentar sua fatia de mercado e quer que o maior número possível de firmas seja diminuído até que reste apenas uma – seu ideal é o monopólio. Já grupos que buscam bens coletivos, o comportamento é o oposto, em que quanto mais indivíduos melhor as condições de dividir os custos e conseguir o benefício para todos – um aumento no tamanho do grupo não significa competição, mas sim menores custos para todos.

Em situações de mercado, o benefício coletivo – o maior preço – é tal que, caso uma firma venda mais por aquele preço, outras terão que vender menos, então o benefício é fixado na oferta. Já em situações fora do mercado, o benefício não é fixado na oferta. Enquanto somente alguns podem usufruir da venda a preço mais alto sem que o preço caia pelo excesso de oferta, todos os membros de uma organização podem ser beneficiar de um *lobby*, por exemplo. Os bens que só podem ser usufruídos por alguns indivíduos a ponto de incentivar a tentativa de diminuir o tamanho do grupo são chamados de "*bens coletivos exclusivos*". Os bens que podem ser usufruídos por todos os membros do grupo em situações em que quanto maior o grupo melhor, são chamados de "bens coletivos inclusivos".[222]

Um grupo ser inclusivo ou exclusivo não está na sua natureza, mas sim na natureza do seu objetivo. O mesmo grupo de firmas, por exemplo, pode ser exclusivo quando interessado em fixar maiores preços, buscando a diminuição das firmas naquela indústria e pode ser inclusivo quando as firmas se unem para realizar *lobby* para menores taxas, tarifas de entrada ou alguma outra forma de política governamental.[223]

A relação entre indivíduos em grupos inclusivos e exclusivos é diferente sempre que os grupos são pequenos e a ação individual tem efeito perceptível para os demais membros. Em grupos exclusivos os indivíduos devem considerar as reações, pois qualquer comportamento orientado aos grupos deve ter cem por cento de participação, já que além de rivais de cada um, é necessário que sejam

[222] Ibidem, pp. 36-38.
[223] Ibidem, p. 39.

colaboradores em qualquer ação colusiva – determinada firma que não participasse de uma atitude colusiva poderia usar tal fato para prejudicar as demais e se beneficiar, ganhando poder de barganha. Já em grupos inclusivos a barganha é muito menos comum, porque não se pretende diminuir o número do grupo.[224]

A relação estratégica entre membros que acontece em pequenos grupos exclusivos também é particularmente importante para grupos inclusivos de determinado tamanho que não seja tão pequeno que um indivíduo considere suficientemente vantajoso adquirir o bem por conta própria, mas que é pequeno o suficiente para que a tentativa (ou a falta de tentativa) de obter o bem coletivo por determinado indivíduo seja perceptível – é o que o autor chama de grupos intermediários.[225]

Em grupos pequenos, é de se presumir que o bem será providenciado pelo indivíduo que o valoriza o suficiente para adquirir sozinho – é o que o autor chama de grupos privilegiados - e em grupos grandes em que a contribuição individual não é perceptível é de se presumir que o bem não será providenciado sem que haja sanção ou incentivo para o adimplemento com o grupo – é o que o autor chama de grupos latentes e, caso existam as sanções ou incentivos para arregimentar o grupo para seu objetivo, serão grupos latentes mobilizados.

No primeiro caso não é necessário nenhum tipo de coordenação entre os membros dos grupos; já no segundo, é extremamente importante que haja incentivos para que o indivíduo participe, seja através da punição ou de benefícios para seus membros – é o caso, por exemplo, de associações de classe que não permitem o exercício da profissão sem o devido registro e adimplemento e também oferecem descontos e serviços a custo reduzido para seus membros.[226]

Os indivíduos que participam de um grupo grande e que optam por não participar na busca do bem coletivo, mas que usufruem dele são chamados de *free riders* (caroneiros, em tradução livre) – eles pegam carona nos esforços dos demais membros do grupo.

E como a corrupção pode ser interpretada como um problema de ação coletiva? Apesar da percepção social de que uma sociedade sem corrupção estaria

---

[224] OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action*: Public Goods and the Theory of Groups. 20. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002, pp. 41-42.
[225] Ibidem, pp. 49-51.
[226] Idem.

melhor, poucos indivíduos aceitarão os custos envolvidos em divergir do sistema dominante. Ademais, não parece racional esperar que o indivíduo deixe de obter vantagens ilícitas quando, em ambientes de corrupção generalizada[227], outros agentes corruptos seguem impunes. Ambos os comportamentos podem ser definidos como *free rider*, ou seja, se protege o interesse pessoal, desconsiderando os interesses da coletividade.[228] Assim, em ambientes de corrupção generalizada, não será suficiente atacar somente os incentivos individuais do agente, mas promover uma mudança cultural que exacerbe as vantagens de se manter probo.

Ainda em relação às contribuições da ciência econômica para o debate do combate à corrupção, deve-se pontuar os argumentos em defesa de sistemas com múltiplas frentes de combate – fenômeno observado no Brasil e que se tem criticado ao longo do presente trabalho. Pode-se afirmar que o processo de controle dos agentes possui três estágios: monitoramento para identificar potenciais atividades corruptas; investigação dos suspeitos; e punição em casos em que houver evidências robustas o suficiente para tanto. Lindsey Carson e Mariana Mota Prado defendem que a existência de múltiplas formas de punição e sancionamento

---

[227] *"Most importantly—as the interview data exploring the motivational structure guiding the population (including public officials of different ranks, as well as ordinary citizens) in the choice between corrupt and noncorrupt behavior in systemically corrupt countries effectively reveals—in line with the logic of collection action theory, we cannot assume the existence of "principled principals," willing to hold corrupt officials accountable, such as suggested by the principal–agent framework. Rather, the rewards of corruption—and hence the existence of actors willing to enforce reform—should be expected to depend critically on how many other individuals in the same society that are expected to be corrupt."* PERSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. Why Anticorruption Reforms Fail – Systemic Corruption as a Colletive Action Problem. *Governance:* An International Journal of Policy, Administration, and Institutions, v. 26, n. 3, jul. 2013, p. 451.

[228] "O economista Mancur Olson, no livro, *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*, publicado originalmente em 1965 teria sido o pioneiro em popularizar a teoria da ação coletiva. Segundo o autor, em determinadas situações os interessados restariam em melhor situação se cooperassem para a solução de um problema. Todavia, há incentivos para comportamentos estratégicos individuais egoístas no sentido de não colaborar para a solução comum, em especial, quando não é possível excluir aquele que não colabora – denominado *free rider* (quem pega carona) – dos eventuais benefícios alcançados pela ação dos outros membros da comunidade. O incentivo do surgimento da figura do *free rider* acaba minando a expectativa de solução do problema de ação coletiva. (...)

Em primeiro lugar, ainda que se acredite que a sociedade ficaria melhor após a diminuição da corrupção, poucos estão dispostos a assumir os ricos pessoais e o esforço de encará-la individualmente. Parece uma escolha mais cômoda e racional esperar que o quadro seja enfrentado por terceiros. Em segundo lugar, em um quadro de corrupção disseminada – em que se acredita que outros também estão incorrendo na mesma prática – não parece ser vantajoso deixar de cometer atos de corrupção, abrindo mão das vantagens decorrentes, enquanto que outros daquele meio social continuam a adotar impunemente as mesmas condutas ilícitas. Em ambos os casos se atua como um free rider, protegendo-se interesses pessoais em detrimento da comunidade." CARVALHO, Victor Aguiar de. Corrupção e Análise Econômica: como o sistema de incentivos influencia o quadro de comportamentos ilícitos. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; MORGAN, Fernanda. *Direito Administrativo e Corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 105.

reforçam cada um desses estágios[229], o que, segundo as autoras, aumentaria a probabilidade de punição.[230]

No Brasil, o argumento de múltiplas frentes aborda ainda eventual inércia de uma das autoridades, oriundo da desconfiança em parte das instituições de combate à corrupção. Nesse sentido, multiplicar as autoridades legitimadas reduziria a possibilidade de impunidade. [231]

O presente subcapítulo buscou nas contribuições da ciência econômica para o combate à corrupção estabelecer algumas premissas para o componente propositivo do trabalho que se segue ao final do presente capítulo. Resumidamente, pode-se observar que a economia analisa o fenômeno da corrupção por meio de duas lentes: como um problema de agência, em que a assimetria informacional entre o agente público e seus representados possibilita que ele adote condutas que

---

[229] *"The accountability process involves three core stages: (1) oversight/monitoring to identify potential corruption, (2) investigation of suspected corruption, and (3) punishment in cases where there is sufficient evidence that corruption has occurred. In this context, institutional multiplicity describes any diversification of institutions performing one particular function, such as the simultaneous existence of multiple forms of punishment and different sanctions that reinforce each other."* CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: lessons from the Brazilian case. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, n. 62, 2016, p. 59.

[230] *"Institutional multiplicity as a reactive tool for combatting corruption, in turn, involves generating alternative avenues through which authorities may monitor, investigate, and punish corruption. The ability of multiple institutions to monitor, investigate, and pursue administrative, civil, and criminal charges based on suspicions or detected irregularities increases the likelihood that those engaged in corruption will be held accountable."* CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: lessons from the Brazilian case. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, n. 62, 2016, p. 61.

[231] "Primeiro, porque aumenta o número de ações ao tempo em que favorece a especialização, tornando mais eficiente a atuação do Estado ao propiciar, por exemplo, que cada legitimado atue prioritariamente nos casos que mais se aproximam de suas funções e interesses institucionais. Permite, por exemplo, a conjugação da responsabilização criminal e civil para o Ministério Público, e administrativa e civil, para os entes lesados. Basta pensar no ganho de eficiência em permitir que a advocacia pública do ente lesado se valha da instrução de um processo administrativo para responsabilização de servidor que incorreu em infração disciplinar ou de empresa que violou disposições contratuais em situações que configurem também improbidade administrativa para o fim de assegurar o efetivo ressarcimento dos danos, objetivo também contemplado pela LIA e de maior interesse para os entes lesados que para o Ministério Público, dado que são aqueles os titulares dos respectivos créditos.

A concorrência de legitimados ainda impede que a inação de um comprometa a defesa em juízo do direito de titularidade transindividual tutelado pela ação (a probidade administrativa), e estabelece uma fiscalização recíproca, pois a deficiente atuação de um legitimado pode ser suprida ou questionada em juízo pelo outro." GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Reflexões sobre a legitimidade exclusiva do Ministério Público para propor ação e celebrar acordo no âmbito da probidade administrativa prevista no PL n. 10.887/2018. *Coletânea mudanças na lei de improbidade*. ANPR, 2021, p. 6.

Ademais, reduzir o rol de legitimados anda na contramão das necessidades de um país em que a corrupção tem sido identificada como estrutural e sistêmica e em que ainda é muito baixa a efetividade das condenações judiciais alcançadas nas ações de responsabilização por improbidade administrativa.

divergem dos interesses da coletividade, sobretudo quando os custos envolvidos são baixos – em razão da dificuldade de sancionamento das condutas; e ainda como um problema de ação coletiva, em que em situações de corrupção generalizada deve-se considerar que mesmo os agentes que não se corromperiam preferem não se opor ao sistema vigente, atuando como *free riders*, contribuindo ainda mais para os altos índices de corrupção.

Assim, deve-se ter em mente que um sistema que se pretenda eficaz em combater os desvios dos agentes públicos deve atacar tanto os incentivos dos agentes, aumentando os custos para a prática de ilicitudes a tal ponto que se torne mais vantajoso se manter dentro das normas, desenvolver mecanismos de informação que reduzam a assimetria entre os atores envolvidos e também construir uma cultura de probidade que gere a percepção de que a corrupção é uma exceção indesejável socialmente, fazendo com que a inércia seja pela probidade e não pelo desvio.

4.2 Fundamentos jurídicos da pretensão punitiva

Como visto no primeiro capítulo do presente trabalho, a defesa da probidade no Brasil é permeada pelo moralismo e a visão, correta ou não, de que o país é assolado pela corrupção endêmica, razão pela qual, paulatinamente, o legislador tem criado normas que busquem conter a proliferação de tal comportamento indesejado – o que por sua vez vai resultar na pluralidade de fontes normativas que criam os problemas aqui abordados.

Analisou-se no subcapítulo anterior as contribuições oferecidas pela ciência econômica para compreender o fenômeno da corrupção e como combatê-lo. O presente subcapítulo busca analisar os fundamentos jurídicos da sanção à improbidade, para em seguida analisar como o ordenamento jurídico pode reinterpretar o papel da sanção, buscando corrigir algumas das falhas resultantes do moralismo reativo.

Não há dúvidas de que os principais fundamentos da sanção à improbidade são as ideias de indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público, princípios estruturantes do Direito Público brasileiro, apesar das suas

inadequações à ordem constitucional vigente. Primeiro, será analisado o significado dos princípios e como eles são utilizados para fundamentar as prerrogativas estatais para, em seguida, analisar como têm sido reinterpretado.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, "É sabido e ressabido que o direito público em geral e que, pois, assim também o direito administrativo, se ocupa essencialmente da realização do interesse público."[232] Nesse mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles defende a "prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais".[233] Veja-se que o núcleo central da ideia é o interesse público ou interesse coletivo, que, quando em conflito com o interesse do particular, deverá prevalecer.

Seria um esforço hercúleo, porém pouco produtivo ao presente trabalho, mergulhar na definição doutrinária do que seria interesse público. Por tal razão, aborda-se por amostragem conceituação de interesse público que servirá para a compreensão da ideia de supremacia e a crise vivida por tal conceito. Ressalte-se, entretanto, que a inviabilidade de uma definição concreta do conceito é, talvez, a causa primeira de sua crise.[234]

A ideia defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello de que interesse público é a dimensão social dos interesses particulares, isto é, o interesse manifestado pelos indivíduos enquanto membros de uma sociedade.[235] Vale aqui a

---

[232] MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 59.

[233] "Com efeito, enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o Direito Público assenta em princípio inverso, qual seja o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais. Dessa desigualdade, originária entre a Administração e os particulares, resultam inegáveis privilégios e prerrogativas para o Poder Público, privilégios e prerrogativas que não podem ser desconhecidos nem desconsiderados pelo intérprete ou aplicador das regras e princípios desse ramo do Direito. Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem-comum. As leis administrativas visam, geralmente, assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins da Administração. Ao aplicador da lei compete interpretá-la de modo a estabelecer o equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, sem perder de vista aquela supremacia." MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: RT, 1985, pp. 15-16.

[234] "A primeira dificuldade reside na inviabilidade de definir "interesse público". A doutrina costuma invocar o "interesse público" sem definir a expressão nem apresentar um conceito mais preciso. Aliás, Tercio Sampaio Ferraz Junior observou que interesse público é lugar-comum, e que, justamente por isso, dispensa definição precisa, permitindo utilização mais flexível – o que deve ser entendido não como vantagem, mas como sério defeito. Afinal, a indeterminação dos critérios de validade dos atos governamentais dificulta seu controle." JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, pp. 60-61.

[235] "O que fica visível, como fruto destas considerações, é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua

ressalva de que o interesse público não é sinônimo de interesse estatal, havendo situações em que o interesse da coletividade poderá ser concretizado fora ou apesar do Estado. [236]

Foge-se assim de uma visão abstrata do interesse público, de um conceito autônomo a ser apreendido pelo agente público, totalmente descolado da intersubjetividade. Para ilustrar seu posicionamento, o autor traz um exemplo simples, porém eficaz: um indivíduo certamente não desejará ter seu imóvel desapropriado, mas como parte da sociedade desejará que exista o instituto da desapropriação capaz de liberar áreas para a construção de hospitais, escolar, etc.

Dada a relevância do interesse público preservado pela atividade administrativa, não haveria margem para o administrador transigir com o interesse do particular[237]: supremacia não admite exceções e, assim, não caberia ao administrador decidir entre cumprir ou não cumprir o interesse público. Encontra-se, assim, a ideia de indisponibilidade do interesse público, sendo atribuído à Administração um poder-dever, isto é, um exercício irrenunciável de

---

vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas-, e que, de par com isto, existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras.

Pois bem, é este último interesse o que nomeamos de interesse do todo ou interesse público. Não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica que possa ser erigida irrelatamente aos interesses individuais, pois, em fim de contas, ele nada mais é que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social – comparecem em tal qualidade." MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 59.

[236] "Não é cabível confundir interesse público com interesse estatal, o que geraria um raciocínio circular: o interesse seria público porque atribuído ao Estado, e seria atribuído ao Estado por ser público. Essa concepção é incompatível com a Constituição e a maior evidência disso reside na existência de interesses públicos não estatais (o que envolve, em especial, o chamado terceiro setor, composto pelas organizações não governamentais)" JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 64.

[237] "A SIP é interpretada no sentido de superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses privados não poderiam prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indicaria a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, configurando-se como uma decorrência de sua supremacia.

Para os defensores desse entendimento, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público vinculam-se diretamente ao princípio da República, que impõe a dissociação entre a titularidade e a promoção do interesse público. Juridicamente, o efetivo titular do interesse público é a comunidade, o povo. O direito não faculta ao agente público escolher entre cumprir e não cumprir o interesse público. O agente é um servo do interesse público – nessa acepção, o interesse público é indisponível." JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 60

competências[238], a serem exercidas em situações de conflito entre o público e o particular. [239] Os defensores da supremacia do interesse público não ignoram que é necessário também ter em vista o interesse dos administrados, mas numa situação de conflito entre os dois, a Administração deverá adotar as medidas que concretizem o interesse público.[240]

A supremacia do interesse público entrará em crise a partir dos valores insculpidos na Constituição Federal: os direitos fundamentais e o conceito de democracia serão verdadeiros "*vetores axiológicos*", nas palavras de Gustavo Binenbojm, que limitarão a atuação administrativa e vincularão juridicamente o conceito de interesse público[241]

Assim, a ideia de supremacia, que não admite exceções, não poderá ser sustentada diante do texto constitucional, não se podendo afirmar em abstrato que o

---

[238] "Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado." DI PIETRO. Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.135.

[239] "A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público-, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuser a intentio legis." MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo.* 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 76.

[240] "Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração.

Em verdade, como bem o disse Garrido Falla, o Direito Administrativo se erige sobre o binômio "prerrogativas da Administração – direitos dos administrados". É o entrosamento destes dois termos que lhe delineia a fisionomia. Sua compostura, pois, irá variar de um para outro sistema jurídico positivo, retratando uma feição mais autoritária ou, opostamente, um caráter mais obsequioso aos valores democráticos. São os elementos deste binômio que, ao nosso ver, se encontram expressados, respectivamente, no que denominamos "supremacia do interesse público" "indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração." MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo.* 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.55

[241] "Como agente condutor básico da superação dogmática de tais categorias jurídicas, erige-se hodiernamente a idéia de constitucionalização do direito administrativo como alternativa ao déficit teórico apontado no capítulo anterior, pela adoção dos sistemas de direitos fundamentais e de democracia, tal como instituídos na Constituição, como vetores axiológicos – traduzidos em parâmetros jurídicos – a pautar a atuação da Administração Pública. Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e para além da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público e (III) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício da discricionariedade administrativa, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo." BINENBOJM, Gustavo, Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo,* v. 239, 2005, p. 7.

interesse público sempre se sobreporá. Os limites impostos pela Constituição são os direitos fundamentais, que possibilitarão, diante do caso concreto, mediante ponderação, que interesses particulares sejam preservados quando em conflito com o interesse público.[242] A prevalência a ser adotada num eventual conflito entre interesses público e privado deverá ser desvendada pelo exercício da proporcionalidade[243], otimizando-se a realização de ambos e atingindo-os somente no limite do necessário para a concretização do outro. [244]

A existência, entretanto, de interesses estritamente pessoais (privados) e interesses que, embora individuais, comportem uma concepção social e coletiva (coletivos), não significará que, em determinadas situações, não caberá ao Estado a

---

[242] "Como decorrência, não se pode afirmar, de modo generalizado e abstrato, algum tipo de supremacia absoluta produzida aprioristicamente em favor de algum titular de posição jurídica. Nem o Estado nem qualquer sujeito privado são titulares de posição jurídica privilegiada em face de outrem. Todo e qualquer direito, interesse, poder, competência ou ônus são limitados sempre pelos direitos fundamentais. Nenhuma decisão administrativa ofensiva dos direitos fundamentais pode ser reconhecida como válida.
Portanto, não existe fundamento jurídico para afirmar que eventuais conflitos entre titulares de posições jurídicas contrapostas poderiam ser solucionados por uma solução abstrata e teórica, consistente na afirmação absoluta e ilimitada da preponderância de um sobre o outro. Toda e qualquer controvérsia tem de ser composta em vista das circunstâncias concretas, mediante a aplicação das regras e dos princípios consagrados pela ordem jurídica." JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, pp. 61-62.

[243] "Veja-se que não se nega, de forma alguma, o conceito de interesse público, mas tão-somente a existência de um princípio da supremacia do interesse público. Explica-se: se o interesse público, por ser um conceito jurídico determinado. Só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas, qual o sentido em falar-se num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, se chegará a uma solução (isto é, ao interesse público concreto) que sempre prevalecerá? Em outras palavras: qualquer que seja o conteúdo deste "interesse público" obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia. Daí se propor que é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica como se define o que é o interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer." BINENBOJM, Gustavo, Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 239, 2005, p. 30.

[244] "A proporcionalidade *("Verhältnismässigkeitsgrundsatz*") determina que um meio deva ser adequado, necessário — isto é, dentre todos os meios adequados aquele menos restritivo — e mantenha relação de proporcionalidade relativamente ao fim instituído pela norma. O postulado da proporcionalidade em sentido estrito (elemento da ponderação) exige que o meio e o fim devam estar em uma relação de proporção (não podem ficar em relação de desproporção). Essa é a condição negativa. Os interesses, que estão (estaticamente) em posição de contraposição *("Gegenüberstellung"),* devem ser de tal forma ponderados, que a coordenação entre os bens jurídicos constitucionalmente protegidos possa atribuir máxima realização *("optimale Wirklichkeit")* a cada um deles. Essa é a chamada concordância prática *("praktische Konkordanz*"), a condição positiva da qual se ocupou HESSE com rara clareza: "Os traçamentos de limites *("Grenzziehungen")* devem, por conseguinte, ser proporcionais no respectivo caso concreto; eles não podem ir além do necessário para estabelecer a concordância de ambos os bens jurídicos". ÁVILA, Humberto, Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 11, 2007, p.15

tutela dos interesses privados em consonância com os valores dispostos na Constituição – o interesse público constitui essa tutela genérica que engloba ambos os interesses.[245]

A supremacia do interesse público vai justificar por sua vez a aplicação de sanções, no âmbito administrativo, quando do descumprimento do dever de probidade. Sendo indisponível o interesse público, não poderá a Administração Pública tolerar o desvio de conduta que resulta na improbidade. A sanção serve como instrumento para conformar a conduta.[246] A indisponibilidade do interesse público é a ideia de que ao Estado cabe a concretização de um interesse geral, instaurando um dever ao agente público.[247] A improbidade seria, inevitavelmente, um desvio desse dever e, portanto, digna de persecução de sanção.

Não se pretende com o presente trabalho criticar a existência da sanção, mas, tal como o princípio da supremacia do interesse público foi reinterpretada à luz dos valores constitucionais, também o seu instrumento precisa ser. Não é tolerável que subsista no ordenamento jurídico um esquema punitivo de múltiplas frentes que só tenha como horizonte a efetividade da punição, desconsiderando direitos basilares, sobretudo a segurança jurídica. A necessidade de combater uma corrupção supostamente endêmica no país não pode justificar o amontoamento de normas punitivas e esquemas de controle que não dialogam entre si, com autoridades cada vez mais buscando reafirmar sua competência perante as outras.

---

[245] [...] partindo da premissa de que interesses privados e coletivos coexistem como objeto de tutela constitucional, conclui-se que a expressão interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca a ambos, interesses privados e coletivos, enquanto juridicamente qualificados como metas ou diretrizes da Administração Pública. Conseguintemente, o interesse público, num caso específico, pode residir na implementação de um interesse coletivo, mas também na de um interesse eminentemente individual." BINENBOJM, Gustavo, Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 239, 2005, p. 1

[246] "Tudo isso, como se disse, pressupõe compreender o papel e a vocação da sanção administrativa e de seus institutos: como instrumento, e não como fim em si; como meio conformativo de condutas que pressupõe um esquema complexo e específico de incentivos, e não como resposta automática e indisponível do ordenamento jurídico ao cometimento de uma infração; como técnica regulatória inserida em contextos dinâmicos, com alto grau de especialização técnica e necessariamente permeáveis a transformações sociais, econômicas, políticas, tecnológicas, e não como um castigo voltado a estigmatizar o ofensor por uma ação moralmente condenável; como medida administrativa de restrição de direitos que está sujeita aos princípios e garantias inscritos na Constituição da República, mas que não se confunde com a pena aplicada pelo Poder Judiciário criminal, segundo um rito próprio e com vista a finalidades também particulares". VORONOFF, Alice. *Direito Administrativa Sancionador no Brasil:* Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 121.

[247] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo*, v. 89, 1976, pp. 8-33.

Inserido nesse contexto de afirmação de competências, encontra-se a temática dos poderes implícitos, teoria utilizada por instituições para extrair poderes não expressamente previstos na norma para fortalecer sua posição de controle. Explica-se.

No julgamento do caso *McCulloch v. Maryland* em 1819, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu ser possível a criação de bancos, ainda que a Constituição não trouxesse expressamente tal previsão, considerando que havia a competência para coletar tributos, empresas dinheiro, entre outras que justificariam a criação de um banco. Por outro lado, não havia na Constituição proibição a poderes incidentais e implícitos ou dispositivo que exigisse a previsão expressa e minuciosa das competências.[248] Não seria possível, portanto, que um Estado com vastos poderes se visse limitado pela inexistência de expressa previsão de poderes menos que viabilizassem aqueles.[249]

> Article I, Section 8 [Congress shall have Power] To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.
> Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution, and all means which are not prohibited, but consistent with the letter and spirit of the constitution, are constitutional[250]

Luís Roberto Barroso afirma que, em razão do caráter sintético da Constituição, combinado com a existência de normas de textura aberta, foi possível o desenvolvimento jurisprudencial de teses jurídicas sem previsão expressa, sendo uma delas a teoria dos poderes implícitos.[251]

---

[248] CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. O caso McCulloch v. Maryland e sua utilização na jurisprudência do STF. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 247-270, jan./mar. 2019, p. 257. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p247. Acesso em: 14 ago. 2021.

[249] RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992, p. 43

[250] SCOTUS. McCulloch v. Maryland. 1819.

[251] "No direito norte-americano, o fenômeno da mudança não formal do texto constitucional é, a um só tempo, potencializado e diluído em razão de duas circunstâncias. A primeira está associada ao caráter sintético da Constituição, na qual estão presentes normas de textura aberta, como federalismo, devido processo legal, igualdade sob a lei, direitos não enumerados, poderes reservados[...] Em conseqüência dessas peculiaridades, foram desenvolvidas jurisprudencialmente inúmeras teses que não tinham previsão expressa, como a teoria dos poderes implícitos, a imunidade tributária recíproca entre os entes da Federação, a doutrina das questões políticas, o direito de privacidade, dentre muitas outras". Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132.

A teoria dos poderes implícitos, entretanto, extrapola a realidade americana e ganha contornos de teoria constitucional para as demais realidades jurídicas. Canotilho, apesar de afirmar a impossibilidade da existência de poderes implícitos, resultantes ou inerentes como formas autônomas de competência, entende que deve ser possível extrair do texto poderes que garantam as competências expressas.[252]

Se nos Estados Unidos a teoria foi desenvolvida tendo em vista a estrutura federativa dos Estados Unidos, no Brasil ela ganha novos usos, com grande plasticidade.[253]

Conforme narram Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco, a teoria dos *implied powers* já serviram como fundamento ao STF em 1952 no julgamento da Rcl 141/SP[254], quando se entendeu cabível o instrumento da Reclamação para preservação das competências do Tribunal. Posteriormente, a Reclamação foi regulamentada no regimento interno da Corte, conforme admitido pela Constituição de 1967, que garantia força de lei à disciplina processual, no regimento interno, dos

---

[252] "A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de 'poderes implícitos', de 'poderes resultantes' ou de 'poderes inerentes' como formas autônomas de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competência complementares implícitas: (1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a 1324/2051 preparação e formação de decisão); (2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 543.

[253] "Embora a teoria dos poderes implícitos, em McCulloch v. Maryland, estivesse mais relacionada à repartição de competência relativamente à estrutura federativa dos EUA, foi utilizada num problema constitucional brasileiro que nada tinha a ver com a forma de Estado. Isso demonstra a plasticidade das teorias jurídicas, que podem adquirir, em outro lugar do mundo, aplicabilidade muito diferente da encontrada em seu lugar de origem". Cf. CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. O caso McCulloch v. Maryland e sua utilização na jurisprudência do STF. *Revista de Informação Legislativa:* RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 247-270, jan./mar. 2019, p. 263. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p247. Acesso em: 06 jun. 2023.

[254] "A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional. Vão seria o poder, outorgado ao Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais, se lhe não fora possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas justiças locais. A criação dum remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças, está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural de seus poderes. Necessária e legítima é assim a admissão do processo de Reclamação, como o Supremo Tribunal tem feito. É de ser julgada procedente a Reclamação quando a justiça local deixa de atender a decisão do Supremo Tribunal Federal" STF. Rcl 141/SP. Relator: Min. Rocha Lagoa. Julgado em: 25 jan 1952.

feitos sob sua competência. O instituto só viria a ser previsto na Constituição de 1988.[255]

A ideia de poderes implícitos ganha força no Brasil a partir dos votos do Ministro Celso de Mello, como por exemplo no julgamento do RE 593.727 ao analisar as competências constitucionais do Ministério Público:

> Isso significa que a outorga de poderes explícitos, ao Ministério Público, tais como aqueles enunciados no art. 129, incisos I, VI, VII, VIII e IX, da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, ainda que por implicitude, aos membros dessa Instituição, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas atribuições, permitindo, assim, que se confira efetividade aos fins constitucionalmente reconhecidos ao Ministério Público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos (CARLOS MAXIMILIANO, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", p. 312, item n. XI, 18. ed., 1999, Forense, v.g.), cuja doutrina – construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819) – enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.[256]

E ainda no julgamento do MS 24.510-7/DF ao analisar a aplicação da teoria dos poderes implícitos às cautelares do TCU:

> É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite ao Tribunal de Contas da União adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas diretamente pela Constituição da República. Não fora assim, e desde que adotada, na espécie, uma indevida perspectiva reducionista, esvaziar-se-iam, por completo, as atribuições constitucionais expressamente conferidas ao Tribunal de Contas da União[257]

A teoria dos poderes implícitos já serviu como fundamento para os poderes cautelares dos Tribunais de Contas no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo

---

[255] MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1875.

[256] STF. RE 593.727. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 14/05/2015. Publicado no DJ em: 08/09/2015.

[257] STF. MS nº 24.510-7/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado em: 19/11/2003. Publicado no DJ em: 19/03/2004. O julgamento acabou poder reconhecer a competência do TCU para expedição de medidas cautelares, conforme se extrai da ementa: "O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei n. 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões"

Tribunal Federal[258], bem como é utilizada pelo Ministério Público Federal para afirmar sua competência para celebrar acordos de leniência, apesar de a lei atribuir aos entes públicos lesados essa competência. A utilização de tal teoria por ambas as instituições contribui para a desordem em um sistema já pouco ordenado, gerando insegurança jurídica.

No caso dos Tribunais de Contas, a aplicação da teoria dos poderes implícitos justificar-se-ia pela necessidade de atribuir a esses órgãos a capacidade de efetivar suas decisões. Segundo os defensores da tese, por não haver na norma instrumentos necessários para que as decisões exaradas por esses órgãos sejam efetivas, haveria, portanto, uma previsão implícita de que, ao poder tomar tal decisão, também lhe é atribuído o poder de aplicá-la.

Trata-se de uma busca por efetividade da decisão sancionadora, o que não se restringe à aplicação da teoria dos poderes implícitos para garantir as decisões de autoridades por meio de instrumentos não previstos em lei. A ideia de efetividade também se manifesta em medidas processuais que buscam garantir o cumprimento de eventuais sanções futuras, como é o caso da indisponibilidade de bens prevista nas Lei de Improbidade e na LOTCU.

No direito processual civil se encontra a ideia de princípio da efetividade, que busca garantir ao Estado-juiz o cumprimento de suas decisões, embora a ideia seja defendida também como um direito do jurisdicionado.[259] Não há impedimento, entretanto, que tal ideia seja expandida para outras áreas da atividade estatal além da jurisdição.

---

[258] "12. Quando a Corte de Contas se vale do poder geral de cautela, isso não implica substituição da função jurisdicional. Constitui-se, em verdade, no instrumento que se destina a conferir eficácia final às manifestações estatais e encontra-se em consonância com a própria razão de existir daquele órgão, a fim de zelar pelos interesses do erário estadual.
13. O STF já reconheceu a atribuição de poderes explícitos e implícitos ao Tribunal de Contas para legitimar a incumbência de índole cautelar que permite à mesma Corte adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências estabelecidas nos artigos 33, § 2o, 70, 71, 72, § 1o, 74, § 2o, e 161, parágrafo único, todos da Constituição Federal de 1988. (MS 24.510/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 19/11/2003; Ministro Luiz Fux MS 30.924; MS 33.092, Rel.: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Processo eletrônico DJE-160, Publicado 17/8/2015; MS 25.481-AgR/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Data de julgamento 4/10/2011)." Cf. STJ. RMS 59078/RJ. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 03/07/2019. Publicado no DJ em: 18/10/2019

[259] "Dela também se extrai o princípio da efetividade: os direitos devem ser, além de reconhecidos, efetivados. Processo devido é processo efetivo. O princípio da efetividade garante o direito fundamental à tutela executiva, que consiste "na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva" DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 128.

Exige-se, assim, que o Estado detenha instrumentos para exigir o cumprimento de suas decisões[260] e inibir eventuais condutas que busquem frustrar seu cumprimento.[261] Nesse segundo ponto, exige-se, dessa forma, a máxima intolerância com o comportamento que busque a impunidade, inclusive com a defesa pela literatura de criminalização de condutas fraudulentas. [262]

Não se pretende aqui defender a abolição da ideia de efetividade de decisões, finais ou provisórias, no âmbito do controle da probidade. Contudo, é preciso reconhecer que em nome da efetividade – e do moralismo subjacente à questão – ao longo dos anos foram adotados mecanismos draconianos, que desconsideram os direitos e garantias individuais, em nome da probidade.

É o caso já relatado do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em relação à indisponibilidade de bens em ações de improbidade administrativa que, descolado de qualquer previsão normativa, dispensou a exigência de demonstração de intento fraudulento para bloquear todo patrimônio do réu Repita-se à exaustão: a efetividade não pode servir de subterfúgio para que o Estado (em qualquer de suas manifestações) afaste os direitos fundamentais dos indivíduos.[263] Sob pena de soar repetitivo, é necessário que haja proporcionalidade na conduta estatal. [264]

---

[260] "O processo hoje, não pode ser visto como mero rito ou procedimento. Mas igualmente não pode reduzir-se a palco de elucubrações dogmáticas, para recreio de pensadores esotéricos. O processo de nosso final de século é sobretudo um instrumento de realização efetiva dos direitos subjetivos violados ou ameaçados. E de realização pronta, célere e pouco onerosa. Enfim, um processo a serviço de metas não apenas legais, mas, também, sociais e políticas. Um processo que, além de legal, seja sobretudo um instrumento de justiça. Assim, o devido processo legal dos tempos de João Sem Terra tornou-se, em nossa época, o processo justo". THEODORO JUNIOR, Humberto. Execução. Rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional. *Genes–s* - Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 8, abr./jun. 1998. Disponível em: < http:/www.genedit.com.br/3rdpc/rdpc8/doutnac/humberto.htm >. Acesso em: 06 jun. 2023.

[261] Cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação: esse dever, imposto a todos aqueles que participam direta ou indiretamente do processo, tem por finalidade principal assegurar-lhe a efetividade. São duas as obrigações: cumprir com exatidão as decisões judiciais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação." GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 193.

[262]"Sem examinar, neste passo, os vários aspectos que a questão envolve, é inquestionável a necessidade de maior rigor legal para punir o descumprimento de decisões judiciais. É inconcebível que o particular ou o Estado deixem de cumprir decisões judiciais, assumindo comportamento às vezes acintoso, escorados na impunidade. O tema está a merecer atenção do legislador para que se estude a criminalização de algumas dessas condutas. Enquanto tal não ocorrer, é de rigor que alguns mecanismos já existentes, como a punição à litigância de má-fé, a resistência e à fraude processual sejam aplicados com maior frequência, com o que se poderá contribuir para o fortalecimento da autoridade judicial." LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Princípios processuais civis na Constituição* - Princípio da efetividade. São Paulo: Elsevier Editora, 2011, p. 252.

[263] "Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem de culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm o poder de decidir. [...]

4.3 Reinterpretando o sistema de controle da probidade

O percurso da pesquisa até aqui demonstrou que, historicamente, o moralismo de se combater os desvios de agentes públicos – empacotados em um conceito genérico e atécnico de *corrupção* – fez com que se multiplicassem ao longo do tempo as normas dedicadas ao controle dos agentes públicos. O que se observa, então, é um conjunto descoordenado de normas e instituições, com competências semelhantes, quando não idênticas, dedicadas à apuração dos mesmos fatos e, não raro, tendo à disposição o mesmo conjunto de sanções a serem aplicadas aos transgressores.

Conforme tem se defendido ao longo da pesquisa, é preciso repensar esse sistema de controle da probidade e reafirmar valores jurídicos fundamentais, sem perder de vista, naturalmente, a necessidade de não condescender com as irregularidades que assolam o país.

Portanto, o que se pretendeu até o presente momento neste capítulo final foi estabelecer as premissas para refletir possíveis melhorias no sistema de controle da probidade. Assim, fundamental reconhecer a importância de um sistema punitivo que respeite os direitos fundamentais dos indivíduos e preserve a segurança jurídica – os pontos mais sensíveis dessa descoordenação de normas até aqui observada.

Para isso, é preciso abandonar a sanha punitivista e assumir em definitivo que o papel do Direito Administrativo Sancionador não é sanção, sendo ela apenas

---

Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, desformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízes e tribunais. Favorece-se, do poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados. E isso se me afigura a mais escancarada antidemocracia que se pode imaginar." CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69.

[264] "17. Conforme tem preconizado a Terceira Turma, "A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade." STJ. REsp 1929230 / MT**.** Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 04/05/2021. Publicado no DJ em: 01/07/2021.

um instrumento para a prevenção de irregularidades.[265] É preciso entender também que o controle da Administração Pública não se confunde com Direito Administrativo Sancionador, apenas se utilizando dele quando se deparar com os desvios, mas que, sua preocupação principal deve ser o aprimoramento das instituições. [266]

A exacerbação do controle encontra respostas na vida real[267], a expansão das competências das autoridades controladoras – Tribunais de Contas[268],

---

[265] "O controle da Administração nada mais é que a fiscalização exercida pelo Poder Público ou pelo cidadão quanto à atuação dos diversos órgãos da Administração direta ou indireta, de qualquer esfera federativa ou de qualquer Poder.
Pela definição acima proposta, deve-se entender que a fiscalização levada a efeito, tanto pelo Poder Público, quanto pelo cidadão, não tem somente o caráter de aferição, mas principalmente de monitoração e de correção dos atos praticados pela Administração Pública. E, levando-se em consideração a extensão dos efeitos da correção do ato, o controle também pode ser caracterizado por sanções." MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*: improbidade, integridade, boas práticas. 6. ed. (Versão para *Proview*). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

[266] "Já em relação à ênfase no punitivismo, destacou-se a necessidade de uma mudança de cultura nos órgãos de controle brasileiro, hoje muito mais preocupados em "vigiar e punir" do que em promover medidas de aprimoramento institucional da Administração.
O TCU, por exemplo, possui em diversos acórdãos em que impõe sanções a gestores públicos que teriam agido em desconformidade com o que considera que deveria ser o "administrador médio" – em verdade, algo muito mais próximo de um "administrador Hércules" do que, de fato, com a média dos gestores brasileiros.
Deve-se, pois, em sintonia com as disposições da nova Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, buscar uma nova perspectiva de maior aproximação da Administração, preocupada em entender o contexto em que ela se encontra e as limitações que enfrenta e, ainda, em contribuir para o seu aprimoramento, por meio de três frentes de atuação: investimento dos órgãos de controle em capacitação de agentes públicos, preferência a medidas de caráter pedagógico e adoção de posturas mais consequencialistas." PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Trinta anos de controle da Administração Pública: À espera de um giro de eficiência. In: HACHEM, Daniel Wunder; LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (org.) *Transformações do Direito Administrativo*: O Estado Administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, pp. 419-447.

[267] Floriano Marques de Azevedo Neto e Juliana Bonacorsi de Palma sintetizam no que chamaram de "sete impasses" os problemas encontrados no controle da Administração Pública. São eles: 1. Captura das competências públicas, deslocando-as para órgãos com maior prestígio, ainda que não detenham capacidade institucional para lidar com a gestão pública; 2. Neopatrimonialismo, isto é, o controle orientado pelas predileções pessoais e orientação jurídica do funcionário controlador; 3. Desvirtuamento da atividade-fim, fazendo com que os gestores públicos priorizem mais atender às demandas dos controladores do que cumprir com as atividades-fim da Administração Pública; 4. A necessidade de se indagar se o combate à corrupção por meio da cultura do controle é realmente eficaz; 5. O controle transforma o administrador de boa-fé em refém do controle; 6. Competição institucional, isto é, a concorrência entre os órgãos de controle; e 7. A instabilidade das decisões, pois o sistema de controle desfavorece decisões definitivas. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (coord.) *Controle da Administração Pública.* (versão para Kindle) Belo Horizonte: Fórum, 2017.

[268] "A legislação de controle estrutura-se na tríade "principiologia – sanção – prerrogativas". A principiologia legitima a conferência de prerrogativas de controle à instituição que goza de boa reputação, inexoravelmente a instituição de controle, valendo-se da sanção caso alguma irregularidade seja apurada. Como próprio da legística brasileira, os preceitos legais são marcadamente indeterminados e, por decorrência, significativa esfera de discricionariedade é atribuída ao controlador.2 Neste texto defendemos a ideia de que a reputação modela o grau de poder de uma instituição.3 Uma instituição com prestígio é capaz de não apenas maximizar a sua competência, mas também assumir as competências de outros entes com baixa reputação. Ao

Ministério Público, Poder Judiciário[269] - é uma tendência que causa uma série de consequências indesejadas[270], como: a inversão da relação entre atividade e controle, isto é, a atividade que se pauta pelo controle e não o controle que existe em razão da atividade; o medo do administrador e o consequente *"apagão das canetas"*[271]; o encarecimento das contratações públicas diante dos riscos impostos pela insegurança jurídica, entre outras.

O pilar fundamental de uma reflexão propositiva sobre melhorias no controle da probidade deve ser o da segurança jurídica – sem dúvidas o valor jurídico-

---

encarnar o discurso do controle e conferir significativa margem de discricionariedade ao controlador, a legislação brasileira contribui para este quadro." MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (coord.) *Controle da Administração Pública*. (versão para Kindle) Belo Horizonte: Fórum, 2017.

[269] "Se antes da Constituição de 1988 notava-se nítida tendência da doutrina e na jurisprudência no sentido da ampliação do controle jurisdicional da Administração, essa tendência se acentuou ao longo da sua aplicação. Com efeito, a Constituição de 1988 está impregnada de um espírito geral de priorização de direitos e garantias antes o Poder Público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros para a atuação, mesmo discricionária, da Administração, tais como o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade. O princípio da publicidade, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que permite maior controle.
E a ação popular pode ter como um dos seus fulcros a anulação de ato lesivo à moralidade administrativa, independentemente de considerações referentes à estrita legalidade.
Hoje, no ordenamento pátrio, indubitavelmente a legalidade administrativa assenta em bases mais amplas do que no passado, e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, como coroamento de uma evolução já verificada na doutrina e jurisprudência antes de outubro de 1988". MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública.* 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 207.

[270] "Ocorre que, motivados por um quadro agudo de má conduta, piorado por uma atuação preventiva do controle interno não muito eficiente e em nome de uma prevalente Agenda Anticorrupção, Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas, Advocacias Públicas e Controladorias acabaram por ampliar e desenvolver suas atividades focando em um controle abertamente mais repressivo, preferencialmente voltado à punição do mau gestor.
Entretanto, este hiperativismo de controle – ainda que defensável e compreensível – gerou um efeito extremamente perverso na gestão pública brasileira: a drástica redução da discricionariedade do gestor a níveis alarmantes, provocando uma verdadeira paralisia administrativa e, o que é pior, em situações cada vez mais correntes, a substituição do gestor pelo controlador público." OLIVEIRA, Gustavo Justino de. O hiperativismo do controle externo da gestão pública pós-lei federal nº 13.655/2018: panorama das adaptações comportamentais e normativas do TCU e do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP frente aos novos parâmetros pragmatistas e consequencialistas de Direito Público fixados pela LINDB. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. *Nova LINDB*: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 263.

[271] "Por Direito Administrativo do medo, queremos significar: a interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público." SANTOS, Rodrigo Valgas dos**.** *Direito Administrativo do Medo*: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. (Versão para *Proview*). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

constitucional[272] mais prejudicado em nome do combate à *corrupção.* Em sua dimensão institucional, a segurança jurídica pressupõe a existência de instituições estatais capazes de aplicar as normas[273], mas uma aplicação não apenas focada na legalidade[274], mas também na previsibilidade.[275]

Não há como amenizar o fato de que a existência de múltiplas frentes no combate às irregularidades aumenta exponencialmente a probabilidade de se ter decisões contraditórias – em outros termos, insegurança jurídica. Não é possível

---

[272] "No Direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra - positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Rememore-se que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para a interpretação e aplicação de regras. Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica - previsibilidade e objetividade das condutas - e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto." BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 323.

[273]"A idéia de segurança jurídica envolve três planos: o institucional, o objetivo e o subjetivo. Do ponto de vista institucional, a segurança refere-se à existência de instituições estatais dotadas de poder e de garantias, aptas a fazer funcionar o Estado de direito, impondo a supremacia da lei e sujeitando-se a ela. Do ponto de vista objetivo, a segurança refere-se à anterioridade das normas jurídicas em relação às situações às quais se dirigem, à estabilidade do Direito, que deve ter como traço geral a permanência e continuidade das normas e a não retroatividade das leis, que não deverão produzir efeitos retrospectivos para colher direitos subjetivos já constituídos. E, do ponto de vista subjetivo, a segurança jurídica refere-se à proteção da confiança do administrado, impondo à Administração o dever de agir com coerência, lealdade e respeitando as legítimas expectativas do administrado." BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 331.

[274] "A dificuldade no desempenho da atividade jurídica consiste muitas vezes em saber o exato ponto em que certos princípios deixam de ser aplicáveis, cedendo lugar a outros. Não são raras as ocasiões em que, por essa ignorância, as soluções propostas para problemas jurídicos têm, como diz Bernard Schwartz, "toda a beleza da lógica e toda a hediondez da iniquidade".

A Administração Pública brasileira, na quase generalidade dos casos, aplica o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica. A doutrina e jurisprudência nacionais, com as ressalvas apontadas, têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica.

Ao dar-se ênfase excessiva ao princípio da legalidade da Administração Pública e ao aplicá-lo a situações em que o interesse público estava a indicar que não era aplicável, desfigura-se o Estado de Direito, pois se lhe tira um dos seus mais fortes pilares de sustentação, que é o princípio da segurança jurídica, e acaba-se por negar justiça*"* COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, n. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 26.

[275] "O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da "segurança jurídica", o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas" MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 125.

tolerar que em nome da defesa da probidade seja descartado um dos valores mais caros ao Estado de Direito. A primeira conclusão é, ao mesmo tempo simples e complexa: é preciso reduzir o número de instituições competentes, ou – o que parece ser mais factível – distribuir melhor as competências de tal forma que não haja sobreposição. Não se trata de excluir instituições do processo de controle, mas de redesenhar a distribuição das competências.

Como visto anteriormente, um dos problemas que possibilitam o desvio é a assimetria informacional, sendo, portanto, salutar que haja instituições produzindo informações que subsidiem o processo sancionatório. Entretanto, a competência de participar na condição de auditor não deve, necessariamente, estar acompanhada da competência para perseguir ou aplicar sanções.

Entretanto, as evidências indicam que apenas uma mudança normativa não resolveria o problema, visto que instituições como o Tribunal de Contas da União e o Ministério Público Federal lançam mão de argumentos como o da teoria dos poderes implícitos para angariar competências não explicitamente concedidas pela norma. É preciso, portanto, que haja consciência institucional de que o desenho institucional estabelecido na norma deve ser respeitado.

É preciso desde já também esclarecer que a roda não precisa ser reinventada, apenas se precisa aprender a usá-la corretamente. Muitos dos problemas observados no controle da probidade poderiam ser solucionados aplicando instrumentos que já existem. Veja-se, por exemplo, os dispositivos da LINDB acrescidos pela Lei 13.655/2018, que, na teoria, deveriam causar uma verdadeira revolução na interpretação do Direito Administrativo.

O art. 20 pretende afastar a prevalência de decisões fundadas em valores jurídicos abstratos, trazendo a atividade administrativa – e seu controle – para a realidade dos fatos, exigindo-se a ponderação das consequências práticas das decisões.[276] Já seu art. 22 serve como um verdadeiro teste de empatia com o

[276] "É dizer, o dispositivo que ora se comenta milita em favor da deferência à capacidade institucional da Administração Pública. Segundo esta teoria, que tem tomado parte importante do debate jurídico nacional, a análise das questões de interpretação jurídica, em geral, deve ser iniciadas por uma análise das situações estruturais internas das instituições envolvidas, identificando e avaliando suas capacidades e aptidões, de modo a determinar qual é o *locus* mais apropriado à tomada de uma determinada decisão. Isto é: antes mesmo de se debater sobre a legalidade, constitucionalidade ou até mesmo a melhor forma de interpretação de uma determinada norma, dever-se-ia fazer uma análise das capacidades das instituições envolvidas. Assim, seriam verificadas questões empíricas como a possibilidade de o agente levantar recursos e informações, a sua especialização, representada por um conhecimento aprofundado em determinadas matérias; e a sua capacidade de

agente público, exigindo-se do controle que avalie as condições em que a decisão foi tomada, muitas vezes sob pressão da urgência ou desprovido de todos os elementos técnicos que, *a posteriori*, o controlador possui. Trata-se de um remédio contra o viés retrospectivo.[277]. Ou ainda o art. 28 que limita a responsabilização do agente público apenas em caso de dolo ou erro grosseiro, afastando a responsabilização em casos de culpa leve, reduzindo o risco ao gestor na tomada de decisão[278], formando um verdadeiro "direito ao erro".[279] Entretanto, o que tem se

---

avaliar os efeitos sistêmicos de sua decisão. O objetivo dessa análise consistiria em, por meio da determinação da capacidade institucional dos agentes envolvidos, determinar qual entidade está mais habilitada a produzir a melhor decisão em determinada matéria." MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras. *Comentários à Lei n. 13.655/2018:* lei de segurança para inovação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 33-34.

[277] "O caput do art. 22 impõe um parâmetro concreto para a avaliação de condutas de modo que o controlador, na avaliação de uma conduta e de sua adstrição ao direito não se limite a interpretar a norma a partir de seus parâmetros semânticos e de valores pessoais e nos quadrante deônticos abstratos, mas considerando o contexto fático em que a conduta foi ou teria que ser praticada e os quadrantes mais amplos das políticas públicas (o que envolve não só o dever de atender às demandas da sociedade, mas os instrumentos disponíveis e a realidade orçamentária)." MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras. *Comentários à Lei n. 13.655/2018:* lei de segurança para inovação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 59.

[278] "É de se registrar, preliminarmente, que o dispositivo comentado tem por objeto tutelar "decisões" ou "opiniões técnicas". "Decisões" para o efeito de incidência do dispositivo comentado são manifestações de vontade do poder público de natureza final, que tem por objetivo criar, constituir ou extinguir direitos, as quais são consubstanciadas em regra, por intermédio de atos administrativos. Já "opiniões técnicas" diversamente, visam a instruir (fática, jurídica ou tecnicamente) o ato administrativo decisório, de que são exemplos os pareceres jurídicos (proferidos pelas entidades que exercem o múnus da Advocacia Pública) e os pareceres técnicos (usualmente, proferidos por quadros intestinos, com funções técnicas, em órgãos ou entidades da Administração Pública). Dito em outros termos, as opiniões técnicas integram, pois, os "motivos" dos atos administrativos, na medida em que visam lhe conferir substratos fáticos e jurídicos. Assim é que, via de regra, a responsabilização dos agentes públicos pela produção de opiniões técnicas seria predicadora, ao menos, da produção de atos administrativos com efeitos exógenos, e não de manifestações de natureza meramente instrutiva." MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras. *Comentários à Lei n. 13.655/2018*: lei de segurança para inovação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 132-133.

[279] "Por definição, é essencial para a configuração do erro que a má avaliação dos motivos por parte do administrador seja não intencional. O equívoco pressupõe a ausência de dolo ou malícia daquele que nele incorre, ou seja, sua "boa-fé subjetiva". A incoerência entre a realidade e sua projeção psicológica por parte do agente público deve ser necessariamente acidental, ainda que decorrente de culpa.

O ponto diferencia o instituto do erro de outras figuras afins, como, por exemplo, o desvio de poder ou de finalidade. Segundo definição adotada por grande parte da doutrina nacional e pela própria Lei de Ação Popular (Lei Federal n. 4.717/65), em seu artigo 2º, parágrafo único, alínea "e", o desvio de poder ocorre quando o agente público pratica determinado ato com a intenção de atingir fim diverso daquele, implícita ou explicitamente, previsto na norma respectiva. Para a sua configuração, portanto, ao contrário do que ocorre no erro, é preciso que o agente tenha o desígnio de se desviar da finalidade adequada." DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O Direito ao Erro do Administrador Público no Brasil*: contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

observado nos órgãos de controle é uma resistência à aplicação dos dispositivos mencionados.[280]

Outro ponto importante que tem sido explorado pela literatura nacional é o argumento das capacidades institucionais[281], que aplicada ao controle poderia justificar uma divisão de competências mais estanques de acordo com a *expertise* das instituições envolvidas. Na sua origem nos Estados Unidos advoga que nem sempre é o Poder Judiciário o mais tecnicamente capacitado para tomar uma decisão, cabendo-lhe, em determinadas circunstâncias, deferir às decisões dos órgãos administrativos.

A limitação do Judiciário em relação aos entes administrativos é atribuída ao caso *Chevron v. Natural Resources Defense Council*[282], embora haja precedentes

---

[280] Veja-se, por exemplo, a pesquisa desenvolvida pelo Observatório do TCU ligado à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, em que se analisou a aplicação dos novos dispositivos da LINDB pelo Tribunal de Contas da União, concluindo-se: "a análise das decisões que aplicaram os arts. 22 e 28, correspondentes à grande maioria dos acórdãos de nossa amostra, parece demonstrar que ainda há certa resistência do Tribunal ema dotar critérios subjetivos ou elementos das circunstâncias concretas na determinação de comportamentos passíveis de responsabilização. Ilustrativo, nesse sentido, o fato de que identificamos 18 novos enunciados de jurisprudência "tipificando" determinadas condutas como erro grosseiro." Cf. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Aplicação dos Novos Dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União*. Disponível em: https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/09/Relatorio-LINDB-pelo-TCU.pdf. Acesso em: 18 dez. 2021.

[281] "De outro lado, há autores que procuram enfatizar de forma mais abrangente a dimensão "institucional" da expressão, analisando como o exercício dessas capacidades se desenvolve em arranjos marcados pela pluralidade de atores judiciais e não-judiciais, cada um com suas diferentes capacidades, recursos e mecanismos para fazer escolhas – seja entre decisões específicas, seja entre decisões sobre como tomar decisões. Por meio dessa análise comparativa das capacidades do Judiciário e da(s) instituição(ões) possivelmente afetada(s) por suas decisões, busca-se determinar os limites de atuação legítima das cortes em situações de efetiva ou potencial tensão interinstitucional. Nesses casos, ainda que em linhas muito gerais, pode-se perceber a seguinte estrutura geral do argumento: é certo que o Judiciário pode dar alguma resposta para um dado conjunto de questões que estejam sendo submetidas à apreciação judicial. Contudo, quando comparamos os recursos e limitações do Judiciário com os de outras instituições que poderiam fornecer suas próprias respostas ao tipo de problema em exame, constatamos que a performance judicial deixa a desejar. Instituições como o Congresso, a Presidência da República e as agências reguladoras – segue o argumento – estariam em condições de oferecer, no geral, respostas melhores do que aquelas que os juízes tenderiam a produzir. Nesse sentido, encontramos referências às "capacidades institucionais" do Judiciário como justificativa para a adoção de uma postura mais autocontida ao atuar em áreas nas quais há grande necessidade de expertise técnica ou de ponderação livre entre múltiplas e complexas variáveis políticas." ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, pp. 6-50, jan/jun. 2011, p. 7.

[282] "O julgamento também deixa claro que os juízes não são especialistas na área em questão e não são parte de nenhum dos dois ramos políticos do Governo. Cortes devem conciliar interesses políticos conflitantes, mas não baseados em preferências políticas dos julgadores. Embora as agências também não respondam diretamente ao povo, ao respeitarem os limites da delegação do Congresso e por estarem ligadas ao Chefe do Executivo – legítima autoridade para fazer escolhas políticas – podem resolver conflitos de interesse que o legislativo não previu ou não quis fazê-lo explicitamente na norma." SILVESTRE, Matheus Meott. Estado administrativo nos Estados Unidos e Brasil: Um modelo construído pela jurisprudência. In: HACHEM, Daniel Wunder; LEAL, Fernando;

anteriores que compõem a ideia de Estado Administrativo.[283] Os defensores do Estado Administrativo advogam por uma estruturação das decisões que valorize o conhecimento do agente administrativo, exigindo do Poder Judiciário – e de outros órgãos de controle – deferência a essa *expertise* sempre que dentro do espectro do razoável.

Outra medida que já existe, embora sua implementação seja insatisfatória[284] em relação aos parâmetros internacionais é a promoção de *whistleblowers*[285], ou programas de reportantes, criando um ambiente preparado e seguro para receber denúncias de pessoas em posições privilegiadas para obtenção de tais informações, porém precárias em relação a possíveis retaliações. Como visto anteriormente, um dos caminhos mais eficientes para as condutas corruptas é a assimetria

---

MENDONÇA, José Vicente Santos de. (org.) *Transformações do Direito Administrativo*: O Estado Administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, p. 434.

[283] A construção do Estado Administrativo, que valoriza a atuação das agências do Poder Executivo em razão de sua expertise e da delegação recebida pelo Congresso, resultando na deferência pelo Poder Judiciário, começa a surgir bem antes do julgamento de Chevron. Para outros casos da SCOTUS relevantes para a construção do conceito, cf. SILVESTRE, Matheus Meott. Estado administrativo nos Estados Unidos e Brasil: Um modelo construído pela jurisprudência. In: HACHEM, Daniel Wunder; LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (org.) *Transformações do Direito Administrativo:* O Estado Administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, pp. 419-447.

[284] "Mais recentemente, o Brasil assumiu um novo compromisso público junto à comunidade internacional para a constituição de seu programa de reportantes. No dia 24 de junho de 2019, o G20 aprovou o documento contendo 12 princípios para proteção de reportantes com a finalidade de promover a integridade entre as Nações participantes e prevenir a corrupção. O documento "G20 *High-Level Principles for the Effective Protection of Whistleblowers*" resulta dos esforços da atual Presidência do grupo em responder ao Grupo de Trabalho Anticorrupção do G20, cujo Plano de Ação 2019-2021 se volta a mapear as melhores práticas, os problemas de implementação e as possíveis medidas de proteção dos reportantes de práticas de corrupção. Com base em estudo da OCDE encomendado pelo Grupo de Trabalho, foram apresentados princípios para serem seguidos pelos países do G20, inclusive o Brasil." PALMA, Juliana Bonacorsi de. O Brasil precisa de um programa público de reportantes contra a corrupção? In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; MORGAN, Fernanda. *Direito Administrativo e Corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 182-183.

[285] "Diversos são os instrumentos de combate à corrupção, mas o *whistleblowing* tem despontado no panorama internacional por ser um instrumento eficaz para trazer à tona informações de utilidade pública, sendo largamente utilizados no enfrentamento da corrupção. De um modo geral, esses programas oferecem incentivos (prêmios e vantagens competitivas na licitação, por exemplo) e direitos contra retaliação (indenizações *frontpay* e *pay-back*, reintegração no cargo etc.) para que denúncias sérias e efetivas sejam oferecidas por testemunhas oculares de irregularidades. Esses reportantes, que anseiam por "fazer a coisa certa", têm conseguido apresentar um conjunto de provas e informações privilegiadas, contribuindo efetivamente para desmantelar esquemas de corrupção." SUNDFELD, Carlos Ari; PALMA, Juliana Bonacorsi de. (coord.) Como viabilizar programas públicos de reportantes contra a corrupção no Brasil?. Grupo Público da FGV Direito SP, São Paulo, jan. 2020, Disponível em: < https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29432/Relat%C3%B3rio%20de%20Pesquisa%20-%20Como%20viabilizar%20programas%20p%C3%BAblicos%20de%20reportantes%20contra%20a%20corrup%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y >. Acesso em: 12 abr. 2022.

informacional e reduzir a distância informacional entre o controlador e o controlado é um dos mecanismos mais eficientes para combate às irregularidades.

Em relação a soluções que já existem, ainda é preciso mencionar os direitos e garantias de Direito Penal aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador[286], posicionamento doutrinário majoritário[287], mas não unânime.[288] É verdade que haja uma diferença substantiva entre as sanções penais e as administrativas, mas não se pode descartar incidência de tais garantias.[289]

---

[286] "Esses princípios e garantias ganharam tal amplitude ético-jurídica que passaram a reger e a orientar toda e qualquer expressão de poder estatal sancionados, deles derivando-se legítimos mecanismos, à disposição dos indivíduos, para a contenção do exercício indevido do ius puniendi estatal que, sem essas barreiras de proteção fatalmente retornariam às indesejáveis práticas do arbítrio que antecederam o próprio Estado de Direito. É sob essa ótica e a partir desse núcleo constitucional que o poder punitivo estatal – dotado de inequívoca unicidade – deve ser interpretado, independentemente de se tratar do Estado Administração ou do Estado Juiz." MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A Principiologia no Direito Administrativo Sancionador. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 28, nov/dez/jan 2012, p. 4.

[287] "É entendimento majoritário na doutrina administrativista brasileira, com reflexos na jurisprudência, que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador deveriam observar um núcleo normativo comum. Embora não se propugne uma identidade absoluta entre as disciplinas, costuma-se defender que os direitos e garantias previstos na Constituição (e mesmo na legislação ordinária) para proteger os acusados da prática de um ilícito penal devem, ao menos em seus aspectos essenciais, estender-se àqueles que estão sujeitos a sanções de natureza administrativa. [...]
Argumenta-se, ainda, que a não extensão das garantias e direitos fundamentais do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador permitira que o Estado, ao transformar um ilícito penal em administrativo, fugisse do regime de proteção constitucional. Poderia, assim, impor punições pessoais aos indivíduos sem que precisasse observar as exigências constitucionais que resguardam o acusado de um crime." DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O Direito ao Erro do Administrador Público no Brasil:* contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

[288] "Logo, a se tomar como referência tal abordagem, poder-se-ia concluir que as sanções administrativas, assim como as penais, estariam sujeitas a uma estratégia de justificação nas mesmas bases teóricas desenvolvidas para se legitimar a aplicação do direito penal (dissuasórias e/ou retributivas). Isso ganharia força, ademais, em razão do fluxo dinâmico de mão dupla mencionado no Capítulo 1 entre os fenômenos de "administrativização" de ilícitos criminais e de criminalização de ilícitos administrativos. Os movimentos de requalificação de certas condutas, transferidas pelo legislador de uma seara a outra, bem como os de "dupla tipificação", evidenciariam a impossibilidade de se diferenciarem os institutos não apenas quanto à sua origem e aos seus fins, mas também sob a ótica do discurso que os justifica.
A proposta deste trabalho vai em sentido diverso. Ainda que exista esse fluxo dinâmico de mão dupla; ainda que, na origem, o ius puniendi seja mesmo único, porquanto cometido ao Estado, ainda que, na maior parte das vezes, exista uma ampla margem de discricionariedade para o legislador definir, no âmbito de políticas públicas, qual a estratégia sancionatória a ser perfilhada (se penal ou administrativa); nada disso permite afirmar que a base da legitimidade do poder punitivo estatal possa ser tida como a mesma em ambos os casos." VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil:* Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

[289] "Uma vez verificado que o enquadramento formal do ilícito em um determinado diploma legal extrapenal, cujas penas imponham, tal como as sanções penais, as mesmas restrições, os mesmos gravames, aos direitos individuais do cidadão, constitui mero critério de política criminal, questionar-se se referido formalismo jurídico poderá ter o condão de afastar as linhas garantistas do direito penal constitucional (presunção legal de inocência, princípio da responsabilidade subjetiva, da dignidade humana, etc.) sob pena de grave violação aos postulados maiores do Estado Democrático de Direito. Na realidade, caso se conceba que o critério é de política criminal, não havendo qualquer distinção ontológica entre os ilícitos, a questão da dogmática causal assumirá especial dimensão, pois, ilícitos, sem nenhuma distinção pautada em critérios científicos, com a mesma carga repressora e

A garantia ao contraditório e ampla defesa talvez seja a que tenha aplicação mais *madura* em relação ao Direito Administrativo Sancionador, embora os Tribunais admitam a dispensabilidade de defesa técnica por advogado caso a lei não a exija expressamente.[290] Não parece nada polêmico afirmar, por exemplo, que a inobservância do direito ao contraditório e ampla defesa, em suas diversas manifestações concretas[291], seja causa de anulação de atos processuais também no âmbito administrativo, podendo resultar até mesmo em anulação de decisões condenatórias.

Outras garantias, entretanto, não gozam da mesma prevalência. Veja-se, por exemplo, a aplicação da irretroatividade da norma sancionadora mais rigorosa (e a retroatividade da norma sancionadora mais benéfica). É possível encontrar relevantes discrepâncias em relação à aplicação de tal instituto, como por exemplo, o entendimento consolidado da Controladoria-Geral da União a respeito da inaplicabilidade da Lei n. 12.846/2013 a fatos anteriores à vigência da lei em fevereiro de 2014; por outro lado, a recalcitrância em se aplicar as normas mais benéficas introduzidas na Lei de Improbidade pela Lei n. 14.230/2021.

Sem dúvida, entretanto, duas garantias individuais têm sido paulatinamente prejudicadas em nome do interesse público e do combate à corrupção, como se observou, por exemplo, no Capítulo 3 deste trabalho: a presunção de inocência e o *ne bis in idem*. Isto é, a impossibilidade de aplicação de sanções antes do trânsito

---

intimidativa, deveriam, em tese, receber idêntico tratamento na imputação do ilícito." CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à lei de improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 192-193.

[290] Veja-se, por exemplo o verbete da Súmula Vinculante 5 do Supremo Tribunal Federal: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição" e o consequente cancelamento da Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça que assim dizia: "É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar".

[291] "Pode-se falar, então, a partir do texto do art. 5º, LV, da CF, da existência, por exemplo, de um conceito de processo administrativo sancionador, pois, sendo o direito constitucional à ampla defesa aplicável na esfera administrativa, seu exercício tem se materializar no interior de um processo administrativo, cuja instauração é obrigatória. As sanções administrativas só podem ser aplicadas ao fim do processo administrativo, depois de haver sido conferida ao acusado a oportunidade de se defender amplamente. Para tanto, é preciso que ele: (a) tenha ciência completa da acusação, sabendo, assim, do que deve se defender; (b) possa apresentar sua petição de defesa, apresentando livremente (sem qualquer constrangimento ou ameaça) sua versão para os fatos e sua interpretação para o Direito; (c) possa produzir e acompanhar provas; (d) tenha acesso a todos os elementos dos autos; (e) possa manifestar-se sobre os dados obtidos na instrução (apresentar alegações finais); (f) veja devidamente examinadas pelo órgão julgador as suas alegações e teses, em decisão devidamente motivada; (g) seja intimado da decisão; (h) tenha oportunidade de oferecer recurso (ou pedido de reconsideração, se não houver autoridade ou órgão hierarquicamente superior); (i) veja seu recurso devidamente apreciado em decisão motivada; (j) seja intimado da decisão final." SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

em julgado e a vedação a múltiplas aplicações das mesmas sanções ao mesmo fato.

A questão reside na concepção de que o poder punitivo do Estado é único, e, assim sendo, diferencia-se em graus a serem determinados pelo legislador ao escolher entre uma sanção penal ou administrativa. Portanto, não haveria razão para que as mesmas garantias fossem aplicadas às duas instâncias punitivas, sempre que cabível.

Assim, quando a Constituição Federal afirma em seu art. 5º, LVII que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", impedindo o cumprimento antecipado da pena, não há como excluir a incidência de tal dispositivo ao Direito Administrativo Sancionador sob a argumentação de que *sentença penal* se limitaria ao universo do Direito Penal ou mesmo que sentença se limitaria às decisões emanadas do Poder Judiciário. A interpretação estritamente gramatical do dispositivo violaria a conclusão extraída de uma interpretação sistemática das normas constitucionais.

Portanto, parece razoável afirmar que a presunção de inocência – cabível mesmo para condutas do mais alto grau de reprovabilidade que são os crimes – também devem ser aplicadas àquelas em que o legislador reputou menos ofensivas por serem punidas exclusivamente no âmbito administrativo ou, quando houver sanção penal e administrativa para as mesmas condutas, não seria coerente que tal garantia vigorasse apenas em parte do exercício do poder punitivo do Estado.

A conclusão da aplicação da presunção de inocência ao Direito Administrativo Sancionador é a intolerância para decisões que resultem em cumprimento antecipado dos efeitos da sanção, como é o caso da indisponibilidade de bens desprovida de qualquer demonstração de intenção fraudulenta, presumindo-se o *periculum in mora* com base no *in dubio pro societate*. Isso não significa que, em situações excepcionais e mediante demonstração do risco concreto ao interesse público, não possa haver medidas cautelares que busquem a preservação do resultado útil do processo, mas significa dizer que tais medidas devem estar acobertadas pela necessidade e proporcionalidade e não pela deturpada visão do moralismo que enxerga no suspeito a fonte de todos os males da atividade administrativa.

A unidade do poder punitivo também justifica a inexistência do *bis in idem*, isto é, a aplicação de sanções idênticas por autoridades distintas, mas cujo

fundamento último é a prerrogativa do Estado punir pelo descumprimento da norma.[292] Ocorrerá o *bis in idem* quando houver a identidade subjetiva, identidade fática e a identidade de fundamento legal para aplicação da sanção.[293]

A questão é especialmente sensível em relação às multas. Enquanto as demais punições são exclusivas de uma instância do poder punitivo (como a prisão) ou só permitem a aplicação uma única vez, ainda que possam ser determinadas por autoridades distintas (como a perda do cargo ou função pública), a multa (sanção pecuniária) pode ser aplicada cumulativamente por diversas autoridades, com base em fundamentos normativos distintos e cálculos igualmente distintos.

Assim, o acusado, mesmo já tendo sido condenado em alguma das instâncias do poder punitivo estatal, ainda poderá ser sancionado ostensivamente por novas aplicações de multas com fundamentos normativos não observados anteriormente. A possibilidade de aplicação de sanções por autoridades distintas deve ser interpretada como um mecanismo de aumento da probabilidade da punição aos fatos efetivamente ilícitos e não como uma majoração indireta das penas.[294]

A solução ideal e utópica seria a adoção de uma mesma metodologia de cálculo para aplicação da multa e a preclusão das demais instâncias quando da

---

[292] "Outra questão importante é a observação de critérios para identificar hipóteses de bis in idem. Aqueles desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência espanholas parecem ser os mais bem fundados para proceder a esse exame, quais sejam: identidade de sujeitos; identidade de objeto ou fatos; e identidade de fundamento jurídico. Nessa linha, não é possível cumular sanção penal e sanção administrativa à mesma pessoa física ou à mesma pessoa jurídica. Todavia, é possível aplicar sanção penal à pessoa física e sanção penal à pessoa jurídica em decorrência do mesmo fato, já que, nessa hipótese, não há identidade de sujeitos." COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: A Necessidade de Desenvolvimento de uma política Sancionadora Integrada. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARGAZÃO JUNIOR, Laerte I. (coord.) *Direito Administrativo Sancionador.* São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 115.

[293] "O fato que configura o desrespeito ao princípio do non bis in idem é a pretensão de impor dupla punição às mesmas pessoas, com base nos mesmos fatos e na mesma instância, no caso, a administrativa. [...]
Os pressupostos necessários à caracterização do bis in idem são a identidade subjetiva, exigindo que o sujeito passivo deva ser o mesmo, a identidade fática, obrigando a que os fatos objeto das sensações também devam ser os mesmos e, por última, a identidade de fundamento legal, impondo que a norma violada com a conduta típica seja, em princípio, a mesma." VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 156.

[294] "A nosso ver, notadamente, a lei de improbidade administrativa e até mesmo a Lei n. 8.666/93, em certa medida, já cumpriam o papel alardeado pela novel legislação. Caso a intenção fosse punir com mais rigor as pessoas jurídicas, bastaria introduzir inovações na norma vigente, como o fizeram a Lei n. 10.257/2011, cujo art. 52 previu novas modalidades de improbidade, e a recente Lei nº 13.019/2014, que introduziu novas hipóteses aos artigos 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, em vez de criar outra, prevendo comportamentos ilícitos semelhantes, quando não idênticos, porém com sanções diversas, deturpando o cenário jurídico existência." MARZAGÃO, Lídia Valério; CARDOSO, Raphael de Matos. Lei Anticorrupção: novos desafios ao sistema jurídico.: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARGAZÃO JUNIOR, Laerte I. (coord.) *Direito Administrativo Sancionador.* São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 192.

aplicação da primeira multa. A solução possível, entretanto, é encarar a multa da mesma forma que a responsabilidade civil é aplicada: havendo múltiplas condenações, o valor já apurado anteriormente será descontado da nova condenação, não criando um *bis in idem*, mas apenas a atualização do cálculo com base em novas evidências que não foram anteriormente consideradas. Tal solução parece estar mais alinhada à unidade do poder punitivo estatal.

A principal questão a ser solucionada é a multiplicidade de instâncias de apuração para os mesmos fatos e versando sobre as mesmas sanções. Sob a Constituição Federal de 1988 é impossível sustentar o posicionamento de afastamento do Poder Judiciário, tendo em vista o disposto no art. 5º, XXV. O caminho, portanto, deve ser o de sobrestamento das instâncias administrativas durante a apuração judicial, havendo a vinculação a decisões judiciais que determinem a (in)existência de autoria e materialidade ou atipicidade das condutas, tal como já ocorre com questões disciplinares.

É preciso ter consciência de que não é apenas a pena propriamente dita que causa sofrimento ao acusado, mas todo o processo é custoso (financeira, psicológica e reputacionalmente). Deve-se prezar pela objetividade da pretensão punitiva: se ao Judiciário não é possível afastar nenhuma matéria e sua decisão deve ser vinculante às demais instâncias do Estado, é estupefaciente que se possa sustentar a subsistência de outros processos punitivos concomitantemente ao processo judicial.

A mesma prevalência do Poder Judiciário pode e deve ser observada em relação às soluções consensuais. Mais uma vez é preciso distinguir o que é a solução ideal – a reunião de todas as autoridades para celebrar um mesmo acordo -, daquilo que é possível – a homologação do acordo celebrado pelo Poder Judiciário inibir as demais instâncias persecutórias, que deverão, caso entendam cabível, arguir contrariamente ao acordo no bojo do processo judicial que se busca a homologação. Enquanto várias autoridades puderem celebrar acordos e não se vincularem aos acordos celebrados anteriormente, o instituo estará fadado ao desuso.

Por fim, superada a prevalência do Poder Judiciário em razão da inafastabilidade da jurisdição, deve-se privilegiar o controle externo sobre o interno.

A Constituição Federal atribui as competências dos controles externo e interno[295] em seu art. 70 e segue o art. 71 a atribuir as competências do Tribunal de Contas. Tendo em vista a amplitude das competências dos Tribunais de Contas e a capacidade institucional de tal órgão, exclusivamente dedicado ao controle, é coerente defender que, uma vez instaurado processo perante a Corte de Contas, o controle interno passe a atuar auxiliando tais apurações, abstendo-se de aplicar as mesmas sanções que lhes são comuns.

Ainda que se argumente a existência de órgãos internos dedicados ao controle (como as Controladorias e as Advocacias Públicas), o que enfraqueceria o argumento da capacidade institucional dos Tribunais de Contas em relação ao controle interno, subsiste a necessidade de dar objetividade ao processo sancionatório. Uma vez encerrada a apuração no Tribunal de Contas, em caso de absolvição entendida como impertinente pela Administração, poder-se-á recorrer ainda ao Judiciário. Não haverá, assim, supressão de competências.

Não se pretende com essa proposta excluir os órgãos internos de controle da dinâmica de combate à improbidade, mas não seria inédito a separação entre as competências decisórias das competências investigativas. Veja-se, por exemplo, a separação de competências no processo penal: a polícia judiciária atua na elucidação dos fatos que, posteriormente, serão levados à autoridade ministerial para decidir pela denúncia ou arquivamento. Aqui se propõe solução semelhante: uma vez instaurado o procedimento de controle externo, as decisões ficariam a cargo do Tribunal de Contas, enquanto as instituições de controle interno atuariam para elucidação dos fatos – ressalvada a diferença de que a decisão pela sanção

---

[295] "A diversificação essencial, na tipologia a ser exposta, se realiza pelo critério do agente controlador, ou seja, o órgão, ente, instituição ou pessoa que exerce a atividade de controle sobre a Administração Pública. Se o agente integra a própria Administração, realiza-se o controle interno, exercido, assim, por este, considerada em sentido, sobre seus órgãos ou sobre as entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades administrativas territoriais, se houver). Desse modo, toda atuação fiscalizadora realizada por órgãos, setores ou entidades inseridos no âmbito da Administração Pública enquadra-se no tipo controle interno. Mencione-se, como exemplo, o controle exercido pela mesma autoridade que editou o ato; o controle hierárquico; a tutela administrativa; a fiscalização realizada por órgãos especializados, como Inspetorias, Supervisões, Ouvidorias.
Se o controle é efetuado por órgão, ente ou instituição exteriores à estrutura da Administração, ocorre o controle externo, situando-se nesta espécie, por exemplo, o controle realizado por instituições políticas, o controle efetuado por instituições técnicas e jurídicas, como o Tribunal de Contas.
Desprovido de um ou mais elementos caracterizadores do controle em sentido estrito, poder-se-ia cogitar do chamado controle extraorgânico ou controle social, inserido dentre os controles em sentido amplo, realizado, por exemplo, mediante propostas apresentadas em consultas públicas."
MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública.* 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 43.

será da mesma autoridade que decide pela investigação e não pelo juiz imparcial como é o caso do direito penal.

Por tudo o que foi exposto ao longo do trabalho, as propostas aqui veiculadas buscam solucionar os problemas mais significativos em relação às violações de direitos e garantias fundamentais. Não se defende o enfraquecimento ou mesmo abolição do controle da probidade ou se desmerece a importância social e econômica da probidade. Mas o que se buscou demonstrar é que um sistema pautado pelo moralismo e pelas alterações adotadas casuisticamente ofende a um só tempo os direitos dos acusados e o próprio interesse público.

Portanto, o que se defende com veemência é, de um lado, um sistema que respeite os direitos e garantias individuais, como a presunção de inocência e a vedação ao *bis in idem*, e de outro lado, preze pela segurança jurídica, pela preservação das soluções consensuais e pela empatia com o agente público e agentes privados que travam relações negociais com a Administração Pública.

CONCLUSÕES

O presente trabalho dividiu-se em quatro capítulos dedicados à análise do controle de probidade no Brasil. A probidade como conduta lícita, razoavelmente esperada do agente, em busca dos interesses legítimos para os quais está juridicamente obrigado a perseguir tem sido objeto de interesse legislativo desde a Constituição de 1946, com significativos desenvolvimentos desde então, com a regulamentação do dispositivo constitucional durante a década de 1950, condutas autoritárias durante o regime militar e um aumento de normas durante a década de 1990.

O que essas alterações legislativas tiveram em comum foi o discurso moralista, anticorrupção, buscando endurecer o combate à improbidade, o que resultou em um sistema confuso, com diversas leis que não dialogam, atribuindo a diversas instituições de controle competências iguais ou semelhantes sobre os mesmos fatos, enquanto no âmbito da interpretação as lacunas foram preenchidas também pelo moralismo e pelo punitivismo, expandindo competências e flexibilizando direitos fundamentais dos acusados.

O problema do moralismo, portanto, causa problemas em duas frentes: na adoção de normas com intenção punitivista, cria-se um arcabouço desconexo e um sistema que merece esse nome apenas pela intenção, mas não pelo resultado, pois o que se tem é um emaranhado assistemático; na hermenêutica, o problema é de perspectiva, pois se privilegia os interesses do Estado, alegando-se, por exemplo, conceito como *in dubio pro societate*. Os três primeiros capítulos da presente pesquisa buscaram apontar esses dois problemas, primeiro na sua origem histórica, depois no seu desenho institucional desconexo e, por fim, em questões específicas que ilustram o que se tem apontado.

O quarto capítulo buscou uma análise interdisciplinar para propor linhas de atuação para mitigação dos problemas apresentados. Analisou-se também como alterações legislativas recentes, como os novos artigos da LINDB, buscaram solucionar, ainda que de maneira mais abrangente, alguns desses problemas.

Por meio do roteiro acima, as principais conclusões da presente pesquisa podem ser sintetizadas nos seguintes pontos:

- Improbidade e corrupção, embora não sejam sinônimos na teoria jurídica, marcam o debate social e legislativo a respeito do controle dos agentes públicos e daqueles que negociam com o Poder Pública, sendo comum que, diante de casos específicos de desvios ou do aumento de casos relatados na opinião pública, a reação legislativa à corrupção aconteça pela via do Direito Administrativo Sancionador;
- Ainda sobre improbidade e corrupção, verifica-se na literatura que a diferença entre elas (e entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal) seria de grau e não de natureza, isto é, as sanções administrativas são mais brandas do que aquelas reservadas ao processo penal, especialmente a pena privativa de liberdade. Contudo, no controle da probidade no Brasil o que se observa é um fenômeno curioso: enquanto a literatura defende que a sanção administrativa sirva de descriminalização de condutas que perderam o grau de reprovabilidade social que justifique sua persecução na seara penal, o que se tem na prática é uma sobreposição de persecuções, servindo o Direito Administrativo Sancionador como uma espécie de garantidor de que a conduta ímproba será punida, ainda que o Direito Penal, permeado pelas suas garantias, não seja capaz de fazê-lo. Tal conclusão é corroborada pelos discursos e justificativas apresentados quando da adoção de normas que enrijecem o combate à improbidade na via administrativa, sem que sequer seja cogitada uma alteração nas normas penais;
- Historicamente, no Brasil, a persecução da improbidade tem sofrido evoluções e ampliações. Evolução porque na sua origem, com a Constituição de 1946 e as leis que regulamentaram seu dispositivo, não se sabia exatamente a natureza do que se pretendia com o perdimento de bens, de que maneira ele estava ligado ao processo penal ou se possuía autonomia. Expandiu-se porque na sua origem limitava-se às situações de enriquecimento ilícito dos agentes públicos, buscando o controle da sua evolução patrimonial pelas declarações de bens, enquanto atualmente engloba não só o enriquecimento ilícito, mas também o dano ao patrimônio público e violações aos princípios da Administração Pública (independentemente de enriquecimento);
- A origem dos problemas enfrentados atualmente está, principalmente, nas leis elaboradas na primeira metade da década de 1990. Nesse período, foram

editadas a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei n. 8.443/1992), a Lei de Licitações e Contratos Administrativo (Lei n. 8.666/1993), atribuindo-se competências para diferentes órgãos de controle sobre os mesmos fatos, sob a mesma perspectiva, resguardando os mesmos bens jurídicos. Posteriormente, o problema seria agravado pela edição da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) que estabeleceu condições diferenciadas para punição das pessoas jurídicas que cometam atos lesivos à Administração Pública, sem interferir, contudo, na aplicação das demais leis;

- Apesar de grande parte dessas normas terem sido produzidas no mesmo momento histórico, o que se observa é que não dialogam entre si, o que não se pode dizer ser um equívoco ou um descuido do legislador. A falta de comunicação é proposital, o que se busca é justamente a pluralidade de instituições, para que se garanta a efetividade do controle. Entretanto, o que se observa na prática é um sistema que não garante a sua efetividade, mas resulta em graves intervenções nos direitos e garantias dos acusados;
- O resultado é um sistema em que se pode ser responsabilizado em esferas distintas (penal, administrativa e civil), em instâncias distintas (administrativa ou judicial), com autoridades distintas realizando o controle (a própria pessoa jurídica lesada, o Ministério Público, o Tribunal de Contas), observando-se parâmetros distintos, como a responsabilidade subjetiva para os agentes públicos e a responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas, tendo como base para a dosimetria parâmetros absolutamente distintos;
- Alguns problemas específicos na aplicação das normas do sistema de controle de probidade foram analisados para ilustrá-los. Em relação à cautelaridade nas ações de improbidade, a influência do moralismo fica evidente, buscando-se uma interpretação desconectada da literalidade da norma para se efetivar os supostos interesses da coletividade. A partir de um texto vago e conflitante entre os arts. 7º e 16 da Lei de Improbidade Administrativa, o Superior Tribunal de Justiça concluiu pela possibilidade de decretação da cautelar de indisponibilidade de bens sem a demonstração do periculum in mora, alegando a sua presunção diante "dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados", ignorando que não há nenhuma

menção explícita a essa questão na norma e nem seria possível, dado que essa tecnologia não estava disponível em 1992 quando da elaboração do texto original da lei analisado pelo STJ. Não se trata de impor uma interpretação originalista à lei em questão, mas de observar que o próprio Tribunal atribui à lei um sentido que não se pode depreender do seu conteúdo – não se tratando, por exemplo, de uma busca da efetividade da lei fundamentada em princípios.

- A jurisprudência elaborou ainda mais mecanismos de privilégios ao suposto interesse da coletividade, possibilitando a inclusão do valor da multa e de dano moral coletivo na indisponibilidade, servindo a medida como um verdadeiro cumprimento antecipado de pena. Em relação às empresas, possibilitou-se a indisponibilidade indiscriminada de valores, ignorando os próprios parâmetros estabelecidos na lei e na jurisprudência para bloqueio de faturamento, o que coloca em risco a subsistência das entidades empresariais;
- Em relação às soluções consensuais, observou-se uma pluralidade de mecanismos previstos nas diversas normas, tais como acordo de não persecução, acordo de leniência, termo de ajustamento de conduta, entre outros, celebrados por órgãos de controle distintos, sem que vinculem outras autoridades, desmotivando sua celebração pelos acusados, pois se obrigam a colaborar com o Poder Público sem a garantia de que outras autoridades poderão usar a existência do acordo como indicativo de existência de condutas ilícitas (ainda que as informações efetivamente prestadas no âmbito do acordo não possam ser utilizadas por autoridades que não se comprometam a não utilizá-las contra o colaborador);
- Já a existência de uma sanção de proibição de contratar com o Poder Pública escancara a finalidade punitiva do sistema, ignorando os impactos que tais medidas possuem sobre diversos atores que não participam direta ou indiretamente dos atos ilícitos, como trabalhadores, fornecedores e até mesmo o Estado. A finalidade é punir, oferecer uma resposta à sociedade de que os atos corruptos não serão tolerados, mesmo que para isso se leve à falência uma empresa que poderia cumprir sua função social. É verdadeiro, entretanto, que a Lei Anticorrupção abandona a sanção de proibição de contratar com o Poder Público e privilegia o saneamento das empresas com

programas de compliance, buscando reabilitá-las por meio da adoção de práticas preventivas de novos atos de corrupção. Contudo, mantém-se na Lei de Improbidade Administrativa a previsão da sanção de proibição de contratar com o Poder Público, ainda que pela nova redação dada pela Lei n. 14.230/2021, a lei só se aplique às pessoas jurídicas quando não houver coincidência com os fatos apurados pela Lei n. 12.846/2013;

- O estudo da corrupção pela ciência econômica aborda o fenômeno de perspectivas diferentes. Para a abordagem da corrupção como um problema principal-agente, entende-se que a assimetria informacional existente entre o agente público e seu representado possibilita que ele desvie seu comportamento para privilegiar interesses pessoais sem que seja descoberto. Os agentes fora da Administração Pública investiriam recursos em obter vantagens por meio desses agentes corruptos, desperdiçando recursos que poderiam ter sido utilizados para atividades produtivas, ocorrendo o fenômeno do *rent-seeking*. Outra abordagem possível para a corrupção pela ciência econômica é entendendo-a como um problema de ação coletiva, isto é, estando a corrupção generalizado em tal grau que é por inércia até mesmo os indivíduos que adotariam comportamentos íntegros acabam se corrompendo, pois o custo para romper com o sistema seria custoso demais, ocorrendo, assim, o fenômeno do *free rider*;
- No âmbito jurídico, diversos são os valores manejados ao longo do tempo para justificar as condutas de persecução da improbidade pelo Poder Público. A principal dela é a ideia de supremacia do interesse público, que justificaria uma série de condutas questionáveis em relação aos direitos fundamentais dos acusados. Viu-se que tal posicionamento é insustentável diante das normas constitucionais vigentes, privilegiando-se a proporcionalidade entre os valores conflitantes e a necessidade de se garantir a efetividade de tais direitos. É preciso, portanto, reinterpretar o sistema de controle de constitucionalidade, não apenas com alterações legislativas - necessárias para sanar diversos dos problemas analisados -, mas também uma mudança axiológica que oriente a hermenêutica para uma posição neutra, desprovida do moralismo que permeia historicamente o posicionamento das autoridades na questão;

- A reinterpretação do sistema de controle da probidade passa, portanto, pela valorização dos direitos e garantias dos acusados, pensando um sistema que seja efetivo, sem que para isso persiga de maneira descoordenada. Garantias como o contraditório e ampla defesa, a vedação ao bis in idem e a presunção de inocência devem orientar as medidas a serem adotadas. É preciso ter em mente que, conforme demonstrado na ciência econômica, o problema é informacional e cultural, não é preciso que diversas instituições sejam competentes para aplicação das sanções, esmagando o acusado com diversos processos de natureza distintas. Suficiente seria que uma instituição detenha competência para perseguir a sanção, enquanto é municiada de informações pelos órgãos de controle interno e externo. Do ponto de vista cultural, são preciso esforços para desconstruir a imagem de que o desvio é a regra e que compensa, melhor comunicando os mecanismos e resultados do controle da probidade, sem que para isso seja necessário criar paulatinamente novidades legislativas que ocupem o debate e sirvam como reação casuística.

EPÍLOGO: A Lei n. 14.230/2021

> Não é o administrador incompetente que deve ser punido com a suspensão dos direitos políticos. É aquele que age desonestamente; que não pauta seu comportamento pelos ditames da honra; que atua determinado pela finalidade estranhada à ideia de servir, servindo-se, ao contrário, do cargo para obter vantagens que este lhe possa ilicitamente fornecer.
>
> *Pedro Henrique Távora Niess, 1994*

Segundo o dicionário de Oxford, um epílogo é um capítulo ou comentário que revela fatos posteriores à ação, complementando-lhe o sentido.[296] O presente estudo começou a ser escrito em meados de 2020 e a pesquisa para seu desenvolvimento ainda em 2019, embora ainda não fosse exatamente esse o destino da tese que ora se apresenta. Em outubro de 2021 foi publicada a Lei n. 14.230/2021, chamada de Nova Lei da Improbidade Administrativa ou, segundo seus críticos, Lei da Impunidade. Alguns viram nela o ocaso do combate à improbidade, enquanto outros viram mudanças bem-vindas à sistemática das ações de improbidade, marcadas pelo moralismo jurisprudencial, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça, como analisado anteriormente, alguns desses posicionamentos serão abordados a seguir.

A lei – seu texto, pelo menos – tem potencial de resolver alguns dos problemas observados ao longo do trabalho, como, por exemplo, as cautelares em ações de improbidade e o aparente conflito entre a Lei de Improbidade e a Lei Anticorrupção. Se efetivamente causará uma revolução, ou ao menos uma reforma significativa – só o tempo e a jurisprudência dirão – o ceticismo se justifica diante da resistência enfrentada pela LINDB.

Considerando que tal solução reside ainda no campo das hipóteses e da esperança e que muitos outros problemas não foram – nem poderiam ser – solucionados pela alteração legislativa em comento, preferiu-se manter em apartado uma análise mais aprofundada das alterações por ela promovida, ainda que ao

---

[296] Oxford Learner`s Dicionaries. Disponível em: https://www.oxfordlearnersdictionaries.com. Acesso em: 06 jun. 2023.

longo do corpo principal do trabalho alguns de seus aspectos tenham sido abordados. Eis, portanto, a razão da existência de um epílogo.

O contexto de edição da norma, já abordado no primeiro capítulo do presente trabalho, configura uma reação inversa ao que se observa nas demais normas de controle da probidade. Enquanto grande parte das normas desse conjunto são frutos de reações a casos de corrupção e escândalos, imbuídas do moralismo punitivista, a Lei n. 14.230/2021 é uma reação aos abusos cometidos na aplicação da redação original da Lei n. 8.429/1992.[297] Os tipos abertos da lei de improbidade, sobretudo a violação a princípios do art. 11, e a possibilidade de enquadramento dos tipos dos arts. 9º e 10 na modalidade culposa, conjuntamente com uma interpretação equivocada da imprescritibilidade prevista na Constituição Federal, tornaram as ações de improbidade um instrumento fácil para a punição.

Alia-se a essas características a possibilidade de decretação da indisponibilidade de bens mediante a presunção do *periculum in mora* e a demora natural dos processos de improbidade – com a fase de recebimento da inicial, posterior apresentação das contestações, dilações probatórias complexas – e a possibilidade de seu ajuizamento pelas pessoas jurídicas da Administração Pública lesadas, cria-se a receita para o uso da lei em *lawfare.*[298] A única surpresa, então, diz respeito à inércia do Congresso Nacional em alterar os principais pontos de tensão da redação original.

A primeira grande alteração promovida pela lei se dá na extinção da improbidade administrativa pela modalidade culposa. Já no art. 1º, §1º da nova

---

[297] "Finalmente, cabe o registro de que a Reforma da Lei de Improbidade foi decorrência de uma série de abusos no seu manejo. Tais desvios ocorreram por conta de uma distorção do princípio da independência funcional do Ministério Público, que deveria harmonizar-se constitucionalmente com o princípio da unidade institucional, mas na prática vem esmagando esse último princípio. Assim, como tive oportunidade de alertar, cada tipo sancionador transforma-se num fragmento autônomo à luz da independência dos membros da Instituição, através de peculiares interpretações a respeito de cláusulas gerais em conceitos jurídicos indeterminados. Houve, em tal contexto, uma intolerável erosão da segurança jurídica em matéria de aplicação da Lei Geral de Improbidade Administrativa. O Legislador sentiu a necessidade de suprimir tipos sancionadores e eliminar, até mesmo, a improbidade culposa. Abusos ensejam reação de outros Poderes, não há dúvidas. O Ministério Público precisa aperfeiçoar-se e repensar sua atuação, para atingir maiores padrões de eficiência, unidade e responsabilidade na busca de resultados." OSÓRIO, Fábio Medina. *Retroatividade da nova lei de improbidade administrativa.* Portal Migalhas. Publicado em 01/11/2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/354112/retroatividade-da-nova-lei-de-improbidade-administrativa. Acesso em: 06 jun. 2023.

[298] Segundo Susan W. Tiefenbrun, em tradução livre: "*lawfare* é uma arma desenhada para destruir o inimigo usando e abusando do sistema jurídico e da mídia para aumentar a indignação pública contra o inimigo" TIEFERBRUN, Susan W. *Semiotic Definition* of "*Lawfare*". Case Western Journal of International Law, n. 43, 2011, pp. 29-54.

redação, observa-se a caracterização da improbidade administrativa como “as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11” e segue o §3º a especificar o dolo, afastando a incidência da lei pelo *“mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito”*. Por vezes é preciso reforçar o óbvio, o dolo não se refere à consciência e vontade de praticar o ato em si, mas dele obter o fim ilícito, conclusão reforçada pelo §2º do mesmo artigo, ao considerar *“dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado”*.

E a exigência de dolo específico[299] - que a lei nova tem o mérito de exigir expressamente, mas que já era ponto em discussão na doutrina e jurisprudência[300] - não poderá servir como argumento para a impunidade[301] ou para o esvaziamento da pretensão ressarcitória ou de sanções de outra natureza[302], já que a lei é clara ao

---

[299] “Outra inovação relaciona-se com a exigência de dolo específico para configuração da improbidade, na forma do §2º do art. 1º da LIA, introduzido pela Lei n. 14.230/2021. Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10, e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.
De acordo com a jurisprudência tradicional do STJ, firmada a partir da interpretação da redação originária da LIA, bastaria o dolo genérica para caracterização da improbidade.
Com a reforma promovida pela Lei n. 14.230/2021, o §2º do art. 1º da LIA supera o entendimento jurisprudencial para exigir, a partir de agora, o dolo específico para configuração da improbidade.
Em suma, com a Reforma da LIA, a improbidade administrativa somente restará caracterizada se comprovado o dolo específico do agente público ou terceiro, inexistindo, portanto, a modalidade culposa de improbidade, ainda que a culpa seja “grave” ou o erro seja “’grosseiro.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa.* Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 6.

[300] “Entre as possíveis alterações, seria salutar proceder à melhor distinção entre condutas ímprobas e meras irregularidades administrativas praticadas sem má-fé, a fim de garantir previsibilidade e segurança jurídica a gestores probos. Tanto é assim que, a despeito do texto legal em vigor, a jurisprudência e a doutrina já vêm entendendo que, além da subsunção formal do fato à norma (improbidade formal), a configuração do ato de improbidade depende da demonstração da potencialidade lesiva da conduta e da constatação de má-fé (improbidade material)”. CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. GUALTIERI, Lucas de Morais. Os retrocessos da PL n. 10.887/2018: uma análise crítica dos riscos de impunidade na responsabilização cível por atos de improbidade administrativa. *Coletânea mudanças na lei de improbidade*. ANPR, 2021.

[301] “Então o dolo específico, especialmente para fins de caracterização de ato de improbidade, é o ato eivado de má-fé. O erro grosseiro, a falta de zelo com a coisa pública, a negligência, podem até ser punidos em outra esfera, de modo que não ficarão necessariamente impunes, mas não mais caracterizarão atos de improbidade.
Será considerado, portanto, dolo específico não aquela ausência de diligência em se praticar o ato, mas de não atuar com a diligência necessária e assim possibilitar o ato. O dolo não é de atingir, mas equivalente a atingir de modo a ser considerado desdém ao exercício da função.
Conforme dito, portanto, da mesma forma que a má-fé passa a ser elemento essencial para caracterização do ato de improbidade, a boa-fé também deverá ser levada em consideração para a excludente da caracterização.” GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. *Comentários à nova Lei de Improbidade Administrativa.* 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 46.

[302] “A eliminação da improbidade culposa é a solução mais acertada e não implica transigência com condutas danosas ao patrimônio público, nem configura admissão quanto à prática da corrupção. Toda ilicitude que acarretar dano ao erário sujeita-se a repressão. Existem normas sancionatórias no

excluir a responsabilidade civil de tal exigência, podendo a ação de improbidade ser convertida em ação civil pública, nos termos de seu art. 17, §16, oportunidade em que o agente poderá ser responsabilizado pelo dano ao erário, desde que demonstrado dolo ou erro grosseiro, conforme estabelece o art. 28 da LINDB.

Tal percepção, entretanto, não é compartilhada por todos, encontrando-se na literatura e nas autoridades persecutórias, sobretudo, quem defenda que a demonstração do dolo é elemento excessivamente rigoroso a serem demonstrados pelos autores das ações.[303] O argumento é frágil, já que nas ações penais o elemento subjetivo (seja dolo ou culpa) é fundamental para a aplicação da pena e naquela instância lida-se com bens jurídicos tidos como mais relevantes pelo legislador.

Não faria sentido, portanto, que na improbidade administrativa, que não é sanção penal, tal exigência seja reputada de forma excessivamente rigorosa. Respeitosamente, tal conclusão parece se ancorar na equivocada percepção de que a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa significaria o esgotamento dos instrumentos à disposição das autoridades punitivas[304], o que, conforme demonstrado anteriormente, não é o caso.

âmbito civil e administrativo. Em alguns casos, há inclusive tipificação penal. Mas a improbidade, como instituto jurídico diferenciado, é reservada para infrações dolosas". JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada*: Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

[303] "Nenhuma garantia constitucional, contudo, justifica a ampla desidratação da LIA, que se pretende, no particular, com a articulação de exigências de culpabilidade de configuração e demonstração impossíveis.
Estreitar a improbidade administrativa ao reconhecimento do alcance da vontade do agente público, desprezando as condutas decorrentes do total descaso, praticadas sem observância das evidentes consequências danosas, com graves prejuízos ao patrimônio público e ignorar que aqueles investidos de funções públicas se submetem a regime jurídico diferenciado, decorrente dos compromissos assumidos e irrenunciáveis com o interesse público." ASSIS, Adriano Marcus Brito de. TOURINHO, Rita. Improbidade sem culpa e com dolo específico: onde se pretende chegar? *Coletânea mudanças na lei de improbidade*. ANPR, 2021.

[304] "De fato, a lógica legislativa que se anuncia restringirá a incidência da LIA em condutas que comprovadamente causam prejuízo ao erário, decorrentes do total descaso com o patrimônio público. Assim, caso certo prefeito decida contratar diretamente, sem licitação, uma empresa que pratica preços superiores àqueles de mercado, por entender que esta é a mais qualificada, somente estará configurada a improbidade com a efetiva demonstração do "fim ilícito". Da mesma forma, contratações com flagrantes sobrepreços, aquisições de produtos com datas de validade vencidas, a não prestação de serviços contratados, ou seja, condutas cujo prejuízo ao erário é flagrante, somente poderão caracterizar atos de improbidade diante da comprovação da efetiva intenção ilícita do agente, pois o erro inescusável não mais comporá o iter de caracterização da improbidade e o dolo genérico será insuficiente para tal finalidade". ASSIS, Adriano Marcus Brito de. TOURINHO, Rita. Improbidade sem culpa e com dolo específico: onde se pretende chegar? *Coletânea mudanças na lei de improbidade*. ANPR, 2021.

Para além da extinção da improbidade culposa e a qualificação do dolo de maneira mais elaborada, a Lei n. 14.230/2021 também promoveu alteração nas condutas tipificadas, em especial a alteração do artigo 11 de um rol exemplificativo para um rol taxativo de condutas[305] a configurarem atentado contra os princípios da Administração Pública – o que foi tido por alguns autores como excessivamente limitador.[306]

Outros autores permanecem sustentando a natureza exemplificativa do rol do artigo 11[307], afirmativa que, respeitosamente, não se sustenta diante da literalidade da nova redação, já que a expressão da redação original "e notadamente" foi substituída pela "caracterizada por uma das seguintes condutas", enquanto se observa que o artigo 10, ao tratar dos atos que causam prejuízo ao erário manteve a expressão "e notadamente" para indicar que seus incisos são exemplificativos. Admitir que o artigo 11 prevê um rol exemplificativo seria desconsiderar a vontade do legislador e o cuidado ao adotar as palavras.

---

[305] "Por fim, mostra-se importante trazer uma última alteração prevista no PL n. 2.505/21 que pode causar prejuízos à preservação da probidade administrativa. Diz respeito ao caput do art. 11 da Lei n. 8.429/92, o qual passou a prever hipóteses taxativas de ato de improbidade administrativa por violação a princípios. De início, é importante afirmar que se trata de uma mudança que, de um lado, põe fim a diversas celeumas e diversidades de interpretações, além de trazer segurança jurídica aos gestores públicos, uma vez que havia muitas críticas em razão de sua subjetividade, além da abrangência, a qual permite que um número indeterminado de condutas possa figurar como ato de improbidade administrativa por violação a princípios. No entanto, a forma como a alteração acima mencionada seria realizada engessaria o autor da ação de improbidade administrativa, limitando-a a quatro condutas como modalidade de improbidade administrativa, de modo que outras condutas igualmente violadoras de princípios administrativos não poderão ser sancionas a título de ato ímprobo." SÁ, Acácia Regina Soares de. O futuro da probidade administrativa: Análise de algumas das alterações propostas. *Revista Judiciária*, v. 22, nov. 2021, p. 107.

[306] "A alteração do art. 11 pode ensejar um olhar extremamente limitador quanto à violação de princípios relacionados a diretrizes estabelecidas na Constituição. No campo dos direitos, a falta de uma responsabilização por improbidade, relegando o debate à mera omissão do Poder Público, não dá conta do tamanho do problema: afinal, trata-se de atos e omissões deliberadamente construídos, em relação aos quais é fundamental estancar a gestão tida como ímproba.
Caso contrário, o descompasso nas respostas jurídicas ao conjunto de violações legitima novas atuações inconstitucionais pelo Poder Executivo, normalizando as escolhas feitas pelo Poder Público como se fossem potencialmente legítimas. Com isso, prolonga-se o cenário inconstitucional quanto a um tema que coloca o país em evidência como um péssimo exemplo no âmbito internacional". ARAUJO JUNIOR, Julio José. ZOLLINGER, Marcia Brandão. Erosão socioambiental, improbidade administrativa e violação de princípios. *Coletânea mudanças na lei de improbidade*. ANPR, 2021.

[307] "Ocorre que o "sistema de responsabilização" instituído pela própria Lei n. 8.429/92, com as alterações da Lei n. 14.230/2021, analisado à luz da CF/88, afasta uma conclusão nesse sentido e autoriza a afirmação de que o artigo 11 da LIA, com a nova redação da Lei n. 14.230/2021, permanece como rol exemplificativo de condutas violadoras dos princípios da administração pública, caracterizadoras da improbidade administrativa, com a continuidade normativa típica de condutas violadoras dos princípios da administração pública não taxativamente descritas, que constituam relevante violação ao bem jurídico tutelado, qual seja, o direito fundamental à probidade na administração pública" PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. A continuidade normativa típica do artigo 11 da Lei n. 8.429/92 após as alterações introduzidas pela Lei n. 14.230/2021. *Controle Externo:* Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, 2021.

Em contrapartida, além de fechar o rol de condutas passíveis de responsabilização, as condutas descritas ganharam descrições mais cuidadosas, buscando afastar a incidência de improbidade de determinadas situações, em especial reativos à prática de atos[308] e a prestação de contas.[309]

Em relação à incidência da Lei de Improbidade aos particulares, duas alterações da nova legislação merecem destaque. Primeiro, a alteração do art. 3º, que acrescentou a necessidade do dolo, o que sequer seria necessário diante das alterações anteriormente apontadas no art. 1º, mas também deixou de constar a expressão "ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta". Assim, só cometerá ato de improbidade o particular que "induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade".[310] Repita-se, não significa dizer que o particular que se beneficiar economicamente de um ato de improbidade não possa ser responsabilizado de nenhuma maneira, sob pena de se tolerar enriquecimento sem

---

[308] "Logo, não mais resta caracterizado como ato de improbidade administrativa a conduta de retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, anteriormente prevista no inciso II do artigo 11 da Lei n. 8.429/1992, além de limitarem-se às hipóteses expressas contidas nos incisos remanescentes, não subsistindo a incidência isolada do caput. Em relação ao inciso III do aludido dispositivo legal, adicionou-se um elemento que não constava anteriormente, consignando-se interesse da sociedade e beneficiamento como conceitos necessários à consumação do ilícito. Nesse sentido, a Lei posterior, no particular, também é mais benéfica, pois trata com mais rigor o tipo sancionador, retroagindo para beneficiar os infratores da Lei anterior." OSÓRIO, Fábio Medina. Retroatividade da nova lei de improbidade administrativa. *Portal Migalhas.* Publicado em 01/11/2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/354112/retroatividade-da-nova-lei-de-improbidade-administrativa. Acesso em: 06 jun. 2023.

[309] "Na redação original da Lei de Improbidade Administrativa, o art. 11, inc. VI, estabelecia o seguinte: Art.11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...] VI- deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; Convém registrar, que a Lei de Improbidade Administrativa passou por diversas alterações com a promulgação da Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, que modificou, inclusive, o inc. VI do art.11, que passou a vigorar com a seguinte redação: "deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades".
A partir de agora, para que a omissão na prestação de contas caracterize ato ímprobo, faz-se necessário o preenchimento de dois pressupostos cumulativos, notadamente: i) que o administrador tenha condições para realizar a prestação de contas; ii) que a omissão tenha como objetivo a ocultação de irregularidades.
Caso esses requisitos sejam preenchidos, o administrador incorrerá em improbidade, sobretudo pelo fato de que a omissão na prestação de contas é um ato que ofende os princípios da Administração Pública". ARAÚJO, Fábio Manoel Fragoso Bittencourt. Necessidade de atuação dos Tribunais de Contas para reconhecimento de ato de improbidade administrativa na omissão de prestação de contas. *Revista de Direito e Atualidades*, v. 2, n. 3, 2021.

[310] "Lembre-se que o art. 3º da LIA eliminou a tipificação de improbidade do terceiro simplesmente pela obtenção de vantagem. É indispensável que o terceiro tenha induzido ou concorrido para a prática da improbidade. Se inexistir evidência de tais práticas, não se configura a improbidade relativamente ao terceiro". JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada***:** Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

causa, mas não havendo a indução ou concorrência para a prática do ato, não se justifica a imposição das graves sanções da lei de improbidade.

Outra alteração importante se deu pelo acréscimo dos arts. 3º, §2º e 12, §7º à Lei, afastando a possibilidade de bis in idem entre a Lei de Improbidade e a Lei Anticorrupção: "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." [311]

Ainda que não fosse o caso de se querer evitar o *bis in idem*, seria difícil sustentar a aplicação da lei às pessoas jurídicas quando a nova redação exige a demonstração do dolo. Apesar de pessoas jurídicas não manifestarem vontade[312], senão por seus representantes, não é absolutamente impossível traçar o nexo entre a conduta do indivíduo com a pessoa jurídica representada, mas certamente é tarefa mais complexa do que a responsabilidade objetiva prevista na Lei Anticorrupção.

Da maneira que foi redigida, a lei contorna um potencial problema, que seria a inafastabilidade da jurisdição. A Lei Anticorrupção, como abordado, privilegia a

---

[311] "É preciso notar, contudo, que a reforma da LIA, ao mesmo tempo que permite a incidência de suas sanções às pessoas jurídicas, afasta essa possibilidade nas hipóteses em que os atos de improbidade administrativa também configurarem atos lesivos à Administração Pública previstos na Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), na forma do art. 3º, §2º, da LIA.
A opção do legislador foi justificada, provavelmente, pelo fato de que a Lei Anticorrupção é voltada justamente para responsabilização (objetiva, ao contrário da LIA) das pessoas jurídicas. Ademais, as sanções previstas no art. 12 da LIA – e que seriam compatíveis com a punição das pessoas jurídicas – encontram-se previstas, em grande medida, na Lei Anticorrupção (exs: perda dos bens, multa, proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios) que prevê ainda, outras sanções específicas (exs: publicação extraordinária da decisão condenatória; suspensão ou interdição parcial de suas atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica)." NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa.* Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 19.

[312] "Existe uma premissa básica que tem que ser considerada para a interpretação do presente artigo: Pessoa Jurídica não exterioriza vontade, não há como ser enquadrada em ato de improbidade, pelo simples fato de que agora, a "nova" Lei exige a comprovação de dolo e quem não exterioriza vontade por não ser pessoa física, não tem o condão de praticar ato de improbidade por ausência de dolo específico.
Salvo em algumas hipóteses em que seja evidente que a pessoa jurídica tenha sido criada com a finalidade de praticar ilícitos, por exemplo: a empresa "fantasma" que forja concorrência em licitação, tendo sido criada apenas para maquiar uma falsa concorrência.
De todo modo, inclusive em razão da eventualidade, há de se ponderar que, ainda que por hipóteses, se permitisse essa caracterização, existe o limite da proibição do "*bis in idem*".
De acordo com o dispositivo, portanto, se o ato também é objeto de sanção pela Lei Anticorrupção, não pode ser objeto de punição da Lei de Improbidade. Existe aqui um impedimento de responsabilização das empresas por ato de improbidade administrativa na hipótese.
Não que isso não ocorre, em alguma medida, mas é exatamente o que o legislador pretende preservar e que já é pacífico e cristalino: o *Ius Puniendi* do Estado é único, isto é, não se pode aplicar sanções de mesma natureza mais de uma vez, pelo mesmo fato." GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. *Comentários à nova Lei de Improbidade Administrativa.* 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 61.

apuração por processo administrativo, cabendo ao processo judicial apenas a imposição das sanções mais graves, enquanto a Lei de Improbidade prevê apenas o processo judicial para a efetiva responsabilização. Ao fastar a incidência da improbidade, a redação não está afastando a sindicabilidade da apuração pela LAC, mas impede o *bis in idem* ao impossibilitar o juiz de apreciar o fato em relação à pessoa jurídica pelas lentes da improbidade.

Algumas repercussões processuais interessantes podem ser observadas na nova redação da Lei de Improbidade. Conforme aponta Marçal Justen Filho, abandona-se a prática de utilizar a sistemática da Ação Civil Pública e a ação de improbidade administrativa passa a ser uma ação típica[313], tendo ganhado complexidade as normas processuais, tanto do procedimento administrativo prévio quanto as referentes ao processo judicial.

Em relação ao procedimento administrativo prévio, o autor chama atenção para sua importância, traçando um paralelo com os inquéritos que antecedem as ações penais, pois, tal como no direito processual penal, não se pode admitir que uma ação de improbidade administrativa tenha início sem fundamento probatório mínimo[314] Outro ponto interessante é a inaplicabilidade da presunção de veracidade dos fatos alegados em caso de revelia, permanecendo o ônus probatório com o acusador.[315]

---

[313] "A Lei n. 14.230/2021 previu que a ação de improbidade se configura como uma "ação típica". Isso significa a superação de uma prática tradicionalmente adotada de veiculação da pretensão de sancionamento por improbidade por meio da ação civil pública prevista na Lei 7.347". JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada*: Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

[314] "A LIA autoriza que o Ministério Público promova um procedimento administrativo prévio, a ser desenvolvido para apurar a presença dos requisitos necessários à instauração da ação de improbidade.
Essa previsão evidencia a proximidade entre a ação visando à condenação por improbidade e as ações penais. Em ambos os casos, não cabe instauração do processo jurisdicional sem a existência de provas mínimas quanto à existência do ilícito e da sua autoria. Assim como se passa no tocante ao crime, não se admite que o processo judicial visando ao sancionamento por improbidade seja iniciado sem prova alguma quanto ao ilícito e à sua autoria, remetendo-se a produção de tais provas à fase de instrução do processo criminal" JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada:* Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

315 "Se ocorrer revelia, não haverá a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial. Isso significa o descabimento de julgamento antecipado de condenação do(s) réu(s) em caso de revelia. Ainda que se verifique a revelia, caberá dar seguimento ao processo, sem alteração do ônus da prova de o autor comprovar os fatos constitutivos da improbidade". JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada:* Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

Sobre as medidas cautelares, a Lei n. 14.230/2021 alterou completamente a redação do art. 7º, com a nova redação não fazendo menção à medida de indisponibilidade. Agora, portanto, apenas o art. 16 cuida da matéria e expressamente impõe obstáculos às interpretações expansivas adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Em relação ao *periculum in mora*, já tratado anteriormente, o art. 16, §3º trata como regra a "demonstração no caso concreto do perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo", enquanto o parágrafo seguinte admite a indisponibilidade sem a oitiva da parte, mas terminando com "não podendo a urgência ser presumida". Trata-se de clara reação legislativa à jurisprudência consolidada.

Em relação à extensão da medida cautelar, também foi expresso o legislador ao prever que a indisponibilidade visa garantir a "recomposição ao erário ou do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito". Não se trata, portanto, de medida idônea para servir de instrumento de execução provisória de eventual sentença condenatória. Não se pode afirmar como o dispositivo será recebido pelos tribunais, mas parece não haver margem gramatical para que sejam incluídos os valores de multa ou de dano moral coletivo[316], como vinha admitindo o Superior Tribunal de Justiça com a redação anterior, eis que não se tratam de valores de dano ao erário ou de acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito como exige o *caput* do art. 16, embora haja na literatura quem defenda a possibilidade de utilização das normas gerais do Código de Processo Civil pelo juiz quando as normas da Lei de Improbidade não atenderem a preservação do resultado útil do processo. [317]

---

[316] "a jurisprudência do STJ, embora com certa vacilação, vem reconhecendo a possibilidade de ser fixada indenização por dano moral coletivo nas ações de improbidade administrativa.
Para tanto, considera que: a) a possibilidade da fixação advém do art. 1º da Lei n. 7.347/85, que expressamente prevê ser a ação civil público (por que não de improbidade administrativa?) instrumento adequado para a postulação de danos materiais e morais; e b) a fixação não seria automática, mas apenas cabível em casos extremos, onde a prática da improbidade administrativa quebrantasse os limites da tolerância social (v.g. caso de administrador de hospital público que desviasse os valores destinados à saúde para seu deleite pessoal.)
Essa interpretação é colocada em xeque com o advento da Lei n. 14.230/2021, que na estreiteza da redação do art. 12 c.c. 17-D, da LIA, indicia que só admite a reparação por dano patrimonial ao erário, sendo eventuais danos extrapatrimoniais não reclamáveis em sede de ação de improbidade administrativa." GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. *Comentários à nova Lei de Improbidade Administrativa*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 299.

[317] "Entende-se, contudo, que o poder geral de cautela do juiz não pode ser enclausurado. Por isso, sempre que necessário, seria possível o manejo supletivo da cautelar inominada prevista no art. 300/301 do CPC para o fim de preservar o patrimônio do agente para futura execução de sentença

Outra alteração significativa na dinâmica processual foi a extinção da fase de recebimento da inicial, o que poderia resultar em prolongamento da ação, o que era crítico nos casos em que os acusados - que sequer eram réus ainda porque o juiz não havia feito o juízo de admissibilidade da inicial ainda - tinham seus bens indisponibilizados por decisões cautelares sem sua oitiva. Ademais, o legislador buscou simplificar o rito da ação de improbidade em razão da previsão de prescrição intercorrente que passou a constar no art. 23, §5º.

A Lei n. 14.230/2021 alterou significativamente a prescrição da pretensão punitiva por improbidade administrativa. A antiga redação do art. 23 era um desastre em termos de técnica legislativa, prevendo três hipóteses de prazos que não apresentavam clareza e geravam fartas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. A nova redação resolve o problema[318] e prevê o prazo único de 8 anos a contar da data do fato ou, sendo infração permanente, do dia em que cessar sua permanência, prevendo ainda as causas de interrupção e a prescrição intercorrente pela metade do prazo do *caput* após a ocorrência de umas das causas interruptivas.

Assim, considerando que uma das causas de interrupção é a propositura da ação e a próxima é a publicação da sentença condenatória, impõe um prazo de duração para as ações de improbidade administrativa, trazendo alguma margem de segurança jurídica aos acusados.[319] A irresignação dos críticos ao dispositivo tem se concentrado na questão de que os fatos apurados em casos de improbidade administrativa são complexos e que, portanto, estabelecer prazos abstratamente

---

impositiva da multa (art. 12, III e IV, da LIA), seja na forma de arresto, seja por protesto contra a alienação de bens. E também da hipoteca judiciária para os casos em que as sentenças de primeiro grau, ainda que sujeitas a apelação com efeito suspensivo, tenham condenado o agente ímprobo, entre outras coisas, à multa civil (art. 495 do CPC).” GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. *Comentários à nova Lei de Improbidade Administrativa.* 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 297.

[318] “Havia regras variáveis quanto ao termo inicial do prazo prescricional, o que gerava incertezas e insegurança. A reforma da Lei 8.429 foi orientada a determinar o termo inicial do curso do prazo prescricional de modo mais preciso”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada:* Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

[319] “Portanto, trata-se da necessidade de conjugação de valores distintos. Há o interesse coletivo na repressão à prática de atos de improbidade, inclusive com a imposição de sancionamento severo aos infratores. Mas também há o direito fundamental à razoável duração do processo (CF, art. 5º, inc. LXXVIII). A imputação da prática de conduta ímproba não elimina o direito fundamental a uma decisão em período limitado de tempo”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada:* Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

seria inadequado.[320] Respeitosamente, mais uma vez, tal argumentação não se sustenta diante do fato de que no direito penal – cujos bens jurídicos são reputados mais importantes, repita-se – a prescrição é instituto rigoroso e extremamente limitador da pretensão punitiva do Estado.

A aplicabilidade da prescrição (e também da constitucionalidade da exigência do dolo) aos processos já existentes tem sido objeto de divergência, o que justificou a afetação da matéria à sistemática da repercussão geral, autuada sob o Tema 1199, no julgamento do ARE n. 843989, assim redigida:

> Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei n. 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

O Min. Alexandre de Moraes em decisão liminar determinou a suspensão de todos os processos já recebidos pelo Superior Tribunal de Justiça, com a consequente suspensão da prescrição, caso venha a ser confirmada a aplicabilidade dos dispositivos.

A Lei n. 14.230/2021, infelizmente, não foi clara em relação à sua retroatividade benéfica, nem em relação aos prazos prescricionais, nem em relação a nenhum outro aspecto de inovação do texto. Contudo, é necessário que se defenda a retroatividade benéfica da lei, seja pela previsão genérica do art. 1º, §4º ao afirmar que aplicam-se ao sistema de improbidade os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador (embora nem mesmo o texto constitucional seja objetivo em determinar quais seriam esses princípios do Direito Administrativo Sancionador, expressão estranha ao texto constitucional) e por conseguinte o disposto no art. 5º, XL da Constituição Federal; seja pelos tratados internacionais

---

[320] "Assim, as características peculiares dos atos de corrupção (aqui incluindo os casos de improbidade administrativa) já apontam para a premissa de que a sua apuração, em regra, é complexa. Ela comumente envolve atividades como requisição e análise de extensas documentações, exames periciais, quebras de sigilo, oitivas de diversas testemunhas e investigados, além de eventuais cooperações em âmbito internacional. Não se mostra adequado ou mesmo possível estipular, em abstrato, prazo para a conclusão de investigações dotadas de tamanha complexidade". CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. GUALTIERI, Lucas de Morais. Os Retrocessos da PL n. 10.887/2018: uma análise crítica dos riscos de impunidade na responsabilização cível por atos de improbidade administrativa. *Coletânea mudanças na lei de improbidade.* ANPR, 2021.

assumidos pelo Brasil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos em seu art. 9º.[321]

Os críticos da retroatividade alegam a impossibilidade de retrocesso na legislação de combate à corrupção, como previsto no artigo 65, item 2 da Convenção de Mérida, que afirma: ”2. Cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou severas que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção.". [322] Ainda que se possa afirmar que o tratado assinado pelo Brasil contenha no dispositivo mencionado uma vedação ao retrocesso, é inegável a prevalência dos direitos humanos na Constituição Federal, sendo juridicamente incongruente defender que o combate à corrupção possa flexibilizar direitos e garantias individuais previstas tanto no texto constitucional quanto em tratado internacional sobre direitos humanos. Ademais, a própria definição do que seria um retrocesso está aberta à discussão: não seria a violação de direitos e garantias dos acusados um retrocesso em nome de um abstrato interesse da coletividade?

Outro ponto que já chegou aos gabinetes do Supremo Tribunal Federal foi a legitimidade ativa exclusiva do Ministério Público[323], já que a nova redação do *caput* do art. 17 designa apenas o órgão ministerial para a propositura da ação, excluindo, portanto, as pessoas jurídicas da Administração Pública lesadas. A alteração não parece ser prejudicial aos interesses das pessoas jurídicas da Administração

---

[321]Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica): “Artigo 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade:
Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o deliquente deverá dela beneficiar-se.”

[322] “Nesse contexto, não obstante a retroatividade da lei mais benéfica seja adequada no âmbito do Direito Administrativo Sancionador (especialmente considerando os direitos e garantias fundamentais), é necessário compatibilizá-la com a proteção contra o retrocesso legislativo relacionado aos atos de corrupção (consoante dispõe o artigo 65, item 2, da referida Convenção) e com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, tanto como instrumentos limitadores dos excessos e abusos dos Estados, mas também vertentes contra a proteção insuficiente dos direitos fundamentais (dentre os quais se incluem a proteção ao patrimônio público e o direito à gestão pública proba).” FERNANDES JUNIOR, José Carlos. Considerações sobre a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito da Proteção à Probidade Administrativa: impactos da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, à luz da Constituição da República. *Anais do XI Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania – CONBRADEC*, v.1, n.38, p. 282-296; Curitiba, 2021.

[323] “No regime anterior, a legitimidade ativa era reservada tanto ao Ministério Público como à entidade administrativa lesada. Isso ampliava o risco de distorções, especialmente em virtude de disputas político-partidárias” JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada:* Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

Pública, pois participarão do processo, ainda que a ação tenha sido distribuída pelo Ministério Público. De outro lado, é igualmente verdadeiro que a propositura da ação pela pessoa jurídica não interfere nas competências do Ministério Público que necessariamente atuaria nos processos como *custos legis*. De toda forma, não há fundamento constitucional a impedir a mudança legislativa, a menos que o Supremo Tribunal Federal faça uma interpretação expansiva ou alegue vedação ao retrocesso.

De toda maneira, em decisão de medida cautelar nas ADIs 7.042-DF e 7.043-DF, propostas pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais, respectivamente, o Min. Alexandre de Moraes reconheceu a existência da legitimidade ativa concorrente entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas, suspendendo ainda os efeitos do art.17, §20 que estipula prazo para o Ministério Público se manifestar sobre a continuidade das ações ajuizadas pelas pessoas jurídicas interessadas.[324]

A leitura das alterações promovidas pela Lei n. 14.230/2021 não deixa dúvidas que se trata de uma reação à jurisprudência expansiva e moralista que se desenvolveu ao longo do tempo de vigência da redação original e se insere em um contexto de normas que buscam criar alguma coordenação entre as normas punitivas, como a LINDB, a nova lei de licitações. Como as outras, seu escopo é limitado, pois a efetiva mudança que solucionaria os problemas analisados ao longo do trabalho dependeria, no âmbito normativo, de uma restruturação de todas as normas de controle da probidade.

---

[324] "Diante do exposto, com fundamento no art. 10, § 3o, da Lei n. 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF, DEFIRO PARCIALMENTE A CAUTELAR, *ad referendum* do Plenário desta SUPREMA CORTE, para, até julgamento final de mérito:
(A) CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ao caput e §§ 6o-A, 10- C e 14, do artigo 17 da Lei no 8.429/92, com a redação dada pela Lei n. 14.230/2021, no sentido da EXISTÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA CONCORRENTE ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS PESSOAS JURÍDICAS INTERESSADAS PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA;
(B) SUSPENDER OS EFEITOS do § 20, do artigo 17 da Lei n. 8.429/92, com a redação dada pela Lei n. 14.230/2021, em relação a ambas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (7042 e 7043);
(C) SUSPENDER OS EFEITOS do artigo 3o da Lei n. 14.230/2021." STF. ADI 7.042 e 7.043. Medida Cautelar. Decisão monocrática. Relator Min. Alexandre de Moraes. Decisão de 17 fev 2022.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, João Pedro. *Improbidade Administrativa e Proibição de Contratar com o Poder Público.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ACEMOGLU, Daron; VERDIER, Thierry. The Choice Between Market Failures and Corruption. *The American Economic Review*, v. 90, n. 1, p. 194-211, mar. 2000.

ADES, Alberto; DI TELLA, Rafael. Rents, Competition, and Corruption. *The American Economic Review*, v. 89, n. 4, p. 982-993, set. 1999.

ADES, Alberto; DI TELLA, Rafael. The New Economics of Corruption: a Survey and some New Results. *Political Studies*, XLV, p. 496-515, 1997.

AGOSTINI, Alexandra Comar de; LIMA JUNIOR, Arnaldo Hossepian Salles. A Invasão Incondicional da Lei Penal e o Direito Administrativo Sancionador como Mecanismo de Legitimação e Controle do Poder Punitivo do Estado. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARGAZÃO JUNIOR, Laerte I. (coord.) *Direito Administrativo Sancionador.* São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ALMEIDA, Fernando Menezes de; CARVALHO, Guilherme Siqueira de. O Arcabouço Jurídico-Institucional de Combate à Corrupção: formação, efetividade e perspectivas. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; MORGAN, Fernanda. *Direito Administrativo e Corrupção.* Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ANDRADE, Renata Fonseca. Sistema Anticorrupção, Lei de Improbidade Administrativa e Compliance. In: AUFIERO, Aniello; LINS, James**.** *Do Combate à Improbidade Administrativa*: considerações sobre a Lei 8.429/92 e afins. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 275-300.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (org). *Interesses Públicos versus Interesses Privados:* Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Consensualidade no Direito Administrativo e em Especial no Direito Administrativo Sancionador. In: NÓBREGA, Antonio Carlos Vasconcellos; MARÇAL, Thais. *Estudos sobre a Legislação Anticorrupção e Compliance.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

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

ARAÚJO FILHO, Raul. Punitive damages e sua aplicabilidade no Brasil. *Superior Tribunal de Justiça – Doutrina – Edição Comemorativa 25 anos*. Brasília, abr. 2014, p. 327-346. Disponível em: <

https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/70/3811>. Acesso em: 06 jun. 2022.

ARAUJO JUNIOR, Julio José. ZOLLINGER, Marcia Brandão. Erosão socioambiental, improbidade administrativa e violação de princípios. *Coletânea mudanças na lei de improbidade*. ANPR, 2021.

ARAÚJO, Fábio Manoel Fragoso Bittencourt. Necessidade de atuação dos Tribunais de Contas para reconhecimento de ato de improbidade administrativa na omissão de prestação de contas*. Revista de Direito e Atualidades*, v. 2, n. 3, 2021.

ARAUJO, Valter Shuenquener de. O Direito Administrativo e sua contribuição no enfrentamento à corrupção. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; MORGAN, Fernanda. *Direito Administrativo e Corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ARCANJO, Bruno. Em busca do interesse público perdido: As quatro dimensões de um instituto constitucionalmente domesticado. In: HACHEM, Daniel Wunder; LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (org.) *Transformações do Direito Administrativo*: O Estado Administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, p. 419-447.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 6-50, jan/jun 2011.

ASSIS, Adriano Marcus Brito de. TOURINHO, Rita. Improbidade sem culpa e com dolo específico: onde se pretende chegar? *Coletânea mudanças na lei de improbidade*. ANPR, 2021.

ÁVILA, Humberto, Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 11, 2007.

BAPTISTA, Patrícia. A LINDB e o Direito Administrativo do Risco. Parâmetros substantivos e procedimentais para decisões públicas em ambiente de risco e incerteza. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. *Nova LINDB*: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 25-36.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 14, mai/jun/jul. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECKER, Gary S. Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, mar/abr. 1968. p. 169-217.

BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. *The Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, jan. 1974. p. 1-18.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Livro V DA TUTELA PROVISÓRIA. In: BUENO, Cassio Scarpinella. (coord.) *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação*: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral coletivo no contexto jurídico brasileiro*. Disponível em: < http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf >. Acesso em: 06 jun. 2022.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Crimes contra a Administração Pública e crimes cometidos por Prefeitos (v. 5). São Paulo: Saraiva, 2021.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 25, 1951. p. 454-467.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Manual de Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas.* Brasília, mai. 2018. Disponível em: ¸ https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44487/5/1_Manual_de_Responsabilizacao_Administrativa.pdf >. Acesso em: 06 jun. 2022.

BRASIL. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte.* Ano II, nº 203, Brasília/DF, 11 mar. 1988. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/203anc11mar1988.pdf >. Acesso em: 06 jun. 2022..

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses.* ed. 38. Brasília, 05 ago. 2015. Disponível em: < https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44487/5/1_Manual_de_Responsabilizacao_Administrativa.pdf >. Acesso em: 06 jun. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

CALIL, Ana Luíza. Motivação administrativa: passado, presente e futuro no direito administrativo brasileiro. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. *Nova LINDB*: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 169-190.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim**.** *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1951.

CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de Leniência*: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à lei de improbidade.* São Paulo: Saraiva, 2010.

CARDOSO, Raphael de Matos. Lei Anticorrupção – Novos Desafios ao Sistema Jurídico. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARGAZÃO JUNIOR, Laerte I. (coord.) *Direito Administrativo Sancionador.* São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: lessons from the Brazilian case. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, n. 62, p. 56-65, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade Administrativa:* prescrição e outros prazos extintivos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos**.** *Manual de Direito Administrativo.* 32. ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Victor Aguiar de. Corrupção e Análise Econômica: como o sistema de incentivos influencia o quadro de comportamentos ilícitos. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; MORGAN, Fernanda. *Direito Administrativo e Corrupção.* Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. O caso McCulloch v. Maryland *e* sua utilização na jurisprudência do STF. *Revista de Informação Legislativa:* RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 247-270, jan./mar. 2019. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p247 >. Acesso em: 06 jun. 2022..

CASTILHO, Paulo Roberto da Costa. *O dolo na improbidade administrativa: modernas teorias e nova legislação.* 2021. 83 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) - Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento, Brasília, 2021.

CASTRO, Clotilde Miranda Monteiro. O combate à Improbidade Administrativa: a Inadequada Utilização da Lei nº 8.429/92. In: AUFIERO, Aniello; LINS, James**.** *Do*

Combate à Improbidade Administrativa: Considerações sobre a Lei 8.429/92 e afins. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 51-70.

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. GUALTIERI, Lucas de Morais. Os retrocessos do PL nº 10.887/2018: uma análise crítica dos riscos de impunidade na responsabilização cível por atos de improbidade administrativa. *Coletânea mudanças na lei de improbidade.* ANPR, 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. *Tratado de Direito Comercial*, v. 8. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: A Necessidade de Desenvolvimento de uma política Sancionadora Integrada. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARGAZÃO JUNIOR, Laerte I. (coord.) *Direito Administrativo Sancionador.* São Paulo: Quartier Latin, 2015.

COSTA, Natalia Lacerda Macedo. "Nudge" como abordagem de prevenção à corrupção pública no Brasil. *RIL Brasília*, ano 54, n. 214, p. 91-111, abr/jun. 2017.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*, n. 84, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro. Lei nº 12.846/13 – Lei Anticorrupção Empresarial: considerações sobre o processo como instrumento de controle da administração sancionadora. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (coord.) *Controle da Administração Pública.* (versão para Kindle). Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CYRINO, Marina. Os casos Odebrecht e Andrade Gutierrez e a necessidade de uma melhor coordenação regulatória para celebração de acordos de leniência no Brasil. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; MORGAN, Fernanda. *Direito Administrativo e Corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Menos Direito Penal e Mais Direito Administrativo Sancionador. A Proibição da Acumulação de Sanções. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARGAZÃO JUNIOR, Laerte I. (coord.) *Direito Administrativo Sancionador.* São Paulo: Quartier Latin, 2015.

D`AVILLA, Diego. Questões Polêmicas sobre Improbidade Administrativa. In: AUFIERO, Aniello; LINS, James**.** *Do Combate à Improbidade Administrativa:* considerações sobre a Lei 8.429/92 e afins. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 129-164.

DAVID, Ivana. As Garantias Constitucionais no Direito Administrativo Sancionador. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARGAZÃO JUNIOR, Laerte I. (coord.) *Direito Administrativo Sancionador.* São Paulo: Quartier Latin, 2015.

DE OLIVEIRA, Beatriz Abraão. *O Whistleblower e sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro.* Londrina: Editora Thoth, 2021.

DEZAN, Sandro Lúcio*. Uma Teoria do Direito Público Sancionador:* fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago*. Lei Anticorrupção Comentada.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella*. Direito Administrativo.* 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil:* introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil:* Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 12. ed. Salvador: Jus Podium, 2017.

DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil:* Execução. 7. ed. Salvador: Jus Podium, 2017.

DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O Direito ao Erro do Administrador Público no Brasil:* contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

DIONISIO, Pedro Hollanda. O erro no direito administrativo: conceito, espécies e consequências jurídicas. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. *Nova LINDB:* consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 223-244.

DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. *Comentários sobre a Lei Anticorrupção.* São Paulo: Saraiva, 2016.

ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. A assistência jurídica da defensoria pública no processo penal. In: SILVA, Franklyn Roger Alves. *O Processo Penal Contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública.* Belo Horizonte: CEI, 2020.

FERNANDES JUNIOR, José Carlos. Considerações sobre a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito da Proteção à Probidade Administrativa: impactos da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, à luz da Constituição da República. *Anais do XI Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania – CONBRADEC*, v. 1, n. 38, p. 282-296; Curitiba, 2021.

FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 210, p. 171-181, out/dez. 1997.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas no Brasil*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA FILHO, Adelino Borges; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Análise Econômica do Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção da Pessoa Jurídica. *Revista Argumentum*, v. 19, n. 13, p. 845-861, set/dez 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Corrupção como Fenômeno Social e Político. *Revista de Direito Administrativo*, n. 185, p. 1-18, jul/set. 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e Democracia. *Revista de Direito Administrativo*, n. 226, p. 213-218, out/dez. 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O Controle da Moralidade na Constituição.* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FORGUES-PUCCIO, Gonzalo F. *Existing practices on anti-corruption.* Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57a08a4fed915d3cfd0006d2/Existing_Practices_on_Anticorruption23.pdf >. Acesso em: 22 dez. 2020.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O Controle da Moralidade Administrativa.* São Paulo: Saraiva, 1974.

FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Lei 4.898 de 9.12.65, Notas de legislação, doutrina e jurisprudência.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Aplicação dos Novos Dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União.* Disponível em: < https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/09/Relatorio-LINDB-pelo-TCU.pdf >. Acesso em: 18 dez. 2021.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. *Comentários à nova Lei de Improbidade Administrativa.* 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Emerson. A Corrupção. Uma Visão Jurídico-Sociológica. *Revista de Direito Administrativo*, n. 233, p. 103-139, jul/set. 2003.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos*: casos e polêmicas. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Reflexões sobre a legitimidade exclusiva do Ministério Público para propor ação e celebrar acordo no âmbito da probidade administrativa prevista no PL 10.887/2018. *Coletânea mudanças na lei de improbidade.* ANPR, 2021.
GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública:* o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública:* o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GOMES, Gilberto Mendes Calasans. *Aplicação da teoria dos poderes implícitos pelo Tribunal de Contas da União.* 2021. 101 f. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Educação, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Curso de Direito Processual Civil.* 17. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. A Corrupção e o Direito Administrativo Sancionador. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARGAZÃO JUNIOR, Laerte I. (coord.) *Direito Administrativo Sancionador.* São Paulo: Quartier Latin, 2015.

GRECO, Rogério*. Curso de Direito Penal:* Parte Geral. Niterói: Editora Impetus, 2016.

GROENENDIJK, Nico. A principal-agent model of corruption. *Crime, Law & Social Change*, v. 27, p. 207-229, 1997.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, n. 4, p. 205-360, out. 1976.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo.* Edição Especial. Rio de Janeiro, nov. 2018. p. 61-92.

JORDÃO, Eduardo. The three dimensions of administrative law. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 21-38, jan./mar. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 17. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed., São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.
JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comparada e comentada.* Rio de Janeiro: Forense, 2021.

KRUEGER, Anne O. The Political Economy of the Rent-Seeking Society. *The American Economic Review*, v. 64, n. 3, p. 290-303, jun. 1974.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas da operacionalização do argumento de "capacidades institucionais". *Revista Estudos Institucionais,* v. 2, n. 1, p. 192-213, 2016.

LEVADA, Claudio Antônio Soares. Dano moral coletivo. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo & FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: < https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/324/edicao-1/dano-moral-coletivo >. Acesso em: 06 jun. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal.* 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Princípios processuais civis na Constituição - Princípio da efetividade.* São Paulo: Elsevier Editora, 2011.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013). *Revista Controle*, v. 11, n. 2, 2013.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes; MAIA Mário Henrique Goulart. *O Poder Administrativo Sancionador:* origem e controle jurídico. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico ESMPU*, ano 4, n. 16, p. 11-75, jul/set. 2005.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras. *Comentários à Lei nº 13.655/2018:* Lei de segurança para inovação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (coord.) *Controle da Administração Pública.* (versão para Kindle). Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O Direito Administrativo e a Corrupção. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; MORGAN, Fernanda. *Direito Administrativo e Corrupção.* Belo Horizonte: Fórum, 2020.
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 de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.

MARRARA, Thiago. Infrações, sanções e acordos na nova lei de licitações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**.** *Licitações e Contratos Administrativos*: inovações da lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência:* organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Comentários ao Art. 30. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. (coord) *Lei Anticorrupção Comentada.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público:* improbidade, integridade, boas práticas. 6. ed. (Versão para Proview). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARZAGÃO, Lídia Valério; CARDOSO, Raphael de Matos. Lei Anticorrupção: novos desafios ao sistema jurídico. BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARGAZÃO JUNIOR, Laerte I. (coord.) *Direito Administrativo Sancionador***.** São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A vedação do *bis in idem* no direito brasileiro: algumas reflexões e uma proposta de interpretação. *Revista Publicum*, v. 6, n. 1, p. 13-41, 2020.

MAURO, Paolo. Why Worry About Corruption? *Economic Issues*, v. 6, Washington D.C.: International Monetary Fund, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: RT, 1985.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: RT, 1991.
MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo*, v. 89, p. 8-33, 1976.

MELLO, Cláudio Ari. Fragmentos teóricos sobre a moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, p. 93-116, jan/mar. 2004.

MELLO, Cláudio Ari. Improbidade Administrativa: considerações sobre a Lei nº. 8.429/92. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, v. 36, n. 175, p. 169-184, 1995.

MELO, Inês da Trindade Chaves de. Aplicação dos Princípios Penais na Improbidade Administrativa. In: NÓBREGA, Antonio Carlos Vasconcellos; MARÇAL, Thais. *Estudos sobre a Legislação Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de**.** *Curso de Direito Civil.* Responsabilidade Civil (v. 4). São Paulo: Atlas, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 7. ed.– São Paulo: Saraiva, 2012.

MINATEL, J. A. *Conteúdo do conceito de receita e regime jurídico para sua tributação*. São Paulo: MP, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Véras**.** A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas. *Revista Fórum Administrativo*, v. 156, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A Principiologia no Direito Administrativo Sancionador. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 28, p. 1-21, nov/dez/jan. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Corrupção, democracia e aparelhamento partidário do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, v. 273, p. 485-490, set/dez. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, v. 190, p. 1-44, out/dez. 1992.

MOREIRA, Egon Bockman. *Processo Administrativo:* princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2105. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloísa Conrado. O Controle da Corrupção e a Administração Pública: o dever de negociar como regra. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; MORGAN, Fernanda. *Direito Administrativo e Corrupção.* Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. Comentários ao art. 5º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. (coord) *Lei Anticorrupção Comentada.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOTTA, Fabrício; NICOLI, Camila Morais Azevedo. Avanços na construção da boa governança pública no Brasil com o advento da Lei nº. 13.655/2018. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. *Nova LINDB:* proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. pp. 1-24.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um Fundamento do Regime Administrativo*: o princípio da prossecução do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MUDROVISTCH, Rodrigo de Bittecourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Improbidade administrativa e transação. *Revista de Direito e Atualidade*, n. 1, 2021.

MURAMATSU, Roberta; BIANCHI, Ana Maria A.F. Behavioral economics of corruption and its implications. *Brazilian Journal of Political Economy***,** v. 41, n. 1, p. 100-116, jan/mar. 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa.* Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NIEBUHR, Pedro; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira; MEDEIROS, Isaac Kofi. Controle e deferência judicial à Administração Público: um ensaio sobre a doutrina Chevron e o artigo 22 da LINDB. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. *Nova LINDB:* consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 73-92.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, p. 61-91, jan/mar 2004.

NOHARA, Irene Patrícia. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O Projeto de Lei Anticrime*. Revista dos Tribunais, v. 1010, p. 71-91, dez. 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. O hiperativismo do controle externo da gestão pública pós-lei federal nº 13.655/2018: panorama das adaptações comportamentais e normativas do TCU e do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP frente aos novos parâmetros pragmatistas e consequencialistas de Direito Público fixados pela LINDB. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. *Nova LINDB:* consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao Art. 3º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. (coord) *Lei Anticorrupção Comentada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Committing to Effective Whistleblower Protection*. Paris: OECD Publishing, 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. Retroatividade da nova lei de improbidade administrativa. *Portal Migalhas*. Publicado em 01/11/2021. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/depeso/354112/retroatividade-da-nova-lei-de-improbidade-administrativa >. Acesso em: 06 jun. 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. *O combate à corrupção:* a contribuição do direito econômico. 2010. 409 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Trinta anos de controle da Administração Pública: À espera de um giro de eficiência. In: HACHEM, Daniel Wunder; LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (org.) *Transformações do Direito Administrativo*: O Estado Administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018. p. 419-447.

PERSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. Why Anticorruption Reforms Fail – Systemic Corruption as a Colletive Action Problem. *Governance:* An International Journal of Policy, Administration, and Institutions, v. 26, n. 3, ´. 449-471, jul. 2013.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. A continuidade normativa típica do artigo 11 da Lei nº 8.429/92 após as alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021. *Controle Externo:* Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, 2021.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto. Improbidade administrativa e dano moral coletivo*. Boletim Científico* – Escola Superior do Ministério Público da União, ano 8, Brasília: ESMPU, jan./dez. 2009.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. O acordo de não persecução cível nos tribunais. *Coletânea mudanças na lei de improbidade,* ANPR, 2021.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government.* 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan. The Economics of Corruption*. Journal of Public Economics*, n. 4, p. 187-203, 1975.

ROSILHO, André. Limites dos poderes cautelares do TCU: caso da indisponibilidade de bens de contratados. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; MORGAN, Fernanda. *Direito Administrativo e Corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União*: competências, jurisdição e instrumentos de controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

ROTHSTEIN, Bo. Anti-Corruption – A Big Bang Theory. *QoG Working Paper Series*, may. 2007. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1338614 >. Acesso em: 20 dez. 2020.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais do Direito Penal*. Lisboa: Veja, 1998.

SÁ, Acácia Regina Soares de. O futuro da probidade administrativa: Análise de algumas das alterações propostas. *Revista Judiciária*, v. 22, p. 99-112, nov. 2021.

SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Dimensões do princípio do ne bis in idem*. 2012. 294 f. Tese (Doutorado). Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
SADDY, André. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022.

SALES, Marlon Roberth; BANNWART JÚNIOR, Clodomir José. O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade. *Revista do Direito Público*, v. 10, n. 3, p. 31-50, set/dez. 2015.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência*: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Kleber Bispo dos. *Acordo de Leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção.* 2017. 225 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo:* risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. (Versão para Proview). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org). *Interesses Públicos versus Interesses Privados:* Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil:* da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHWIND, Rafael Wallbach. O Autossaneamento das Empresas Acusadas de Corrupção – Self-Cleaning e a Aplicação das Lições do Direito Comunitário Europeu ao Sistema Brasileiro Anticorrupção. In: NÓBREGA, Antonio Carlos Vasconcellos; MARÇAL, Thais. *Estudos sobre a Legislação Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

SENIOR, Ian. An Economic View of Corruption. *The Journal of Interdisciplinary Economics*, v. 9, 1998. p. 145-161.

SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. Corruption. *Quarterly Journal of Economics*, ago. 1993. p. 599-617.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Rodrigo Crelier Zambão da. *Direito dos Contratos Públicos*: uma perspectiva econômica (contribuições para uma abordagem normativa). 2014. 257 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. Direito Penal, Direito Administrativo Sancionador e a Questão do *Ne Bis In Idem*: O Parâmetro da Jurisprudência Internacional. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARGAZÃO JUNIOR, Laerte I. (coord.) *Direito Administrativo Sancionador.* São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SILVESTRE, Matheus Meott. Estado administrativo nos Estados Unidos e Brasil: Um modelo construído pela jurisprudência. In: HACHEM, Daniel Wunder; LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (org.) *Transformações do Direito Administrativo*: O Estado Administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018. p. 419-447.

SIMÃO, Calil. A Desonestidade e a Deslealdade como Elementos Essenciais do Conceito de Improbidade Administrativa. In: AUFIERO, Aniello; LINS, James**.** *Do Combate à Improbidade Administrativa*: considerações sobre a Lei nº. 8.429/92 e afins. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 35-50.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Limites da jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares*. Revista Justiça do Direito*, v. 33, n. 2, 2019. Disponível em: < http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/9474/114114846 >. Acesso em: 06 jun. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Limites da Jurisdição dos Tribunais de Contas sobre Particulares. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (org.) *Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 59-78.

SUNDFELD, Carlos Ari; PALMA, Juliana Bonacorsi de. (coord.) *Como viabilizar programas públicos de reportantes contra a corrupção no Brasil?*. Grupo Público da FGV Direito SP, São Paulo, jan. 2020, Disponível em: < https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29432/Relat%C3%B3rio%20de%20Pesquisa%20-%20Como%20viabilizar%20programas%20p%C3%BAblicos%20de%20reportantes%20contra%20a%20corrup%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y >. Acesso em: 12 abr. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo*: O novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Forum, 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, n. 101, 2003. p. 885-951.

TELLES, Cristina. O Tempo do Controle: a Prescrição das Demandas de Ressarcimento ao Erário e de Imputação de Multa pelo Tribunal de Contas da União. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (org.) *Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 135-204.

TIEFERBRUN, Susan W. Semiotic Definition of “Lawfare.” *Case Western Journal of International Law*, n. 43, 2011. p. 29-54.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*: Falência e Recuperação de Empresas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TOSTA, André Ribeiro. Realismo e a LINDB: amor à primeira vista? In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. *Nova LINDB*: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 5-32.

TULLOCK, Gordon. The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft. *Western Economic Journal*, n. 5, 1967. p. 224-232.

VALIATI, Thiago Priess; FERREIRA, Pedro Henrique. LINDB, consensualidade e seus impactos na aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021). In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. *Nova LINDB:* proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 91-108.

VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIANNA, Marcelo Pontes. A Implementação do Programa de Integridade como Requisito para a Reabilitação de Empresas Inidôneas. In: NÓBREGA, Antonio Carlos Vasconcellos; MARÇAL, Thais. *Estudos sobre a Legislação Anticorrupção e Compliance.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

VORONOFF, Alice; TOLEDO, Renato. Combate à Corrupção e Eficiência: os Fins Justificam os Meios? Ou Temos Direito a um Estado Probo e Eficiente? In: NÓBREGA, Antonio Carlos Vasconcellos; MARÇAL, Thais. *Estudos sobre a Legislação Anticorrupção e Compliance.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

VORONOFF, Alice. *Direito Administrativa Sancionador no Brasil*: Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VOSGERAU, Bruno Roberto; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. A dissolução Compulsória da Pessoa Jurídica na Lei Anticorrupção e o Aparente Conflito com o Princípio da Função Social da Empresa e o Princípio da Preservação da Empresa. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, v. 4, n. 2, p. 60-78, 2018.

YASSER, Gabriel. Acordos de Leniência na Jurisdição do Tribunal de Contas da União. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (org.) *Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 403-427.

ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 31. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção Comentada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

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