

PÓS-GRADUAÇÃO EM ADVOCACIA PÚBLICA

DISCIPLINA: PROBIDADE E COMBATE À CORRUPÇÃO

Professor: Vanir Fridriczewski

Aulas: 14 e 21 de setembro de 2020

CONTEÚDO:

Primeira aula: Compreensão geral sobre o fenômeno corrupção; teorias que buscam explicar o fenômeno; esferas de responsabilização dos agentes públicos no Brasil; sistema brasileiro de combate à corrupção: um panorama geral desde a ótica dos tratados internacionais;

Segunda aula: Ação de improbidade administrativa, acordo de não persecução cível e acordo de leniência: aspectos atuais e controvérsias

Questionamento principal: por que é tão difícil controlar e diminuir os níveis de corrupção no Brasil, mesmo se adotando um sistema com múltiplas ferramentas para combate à corrupção e recuperação de ativos?

Guia/roteiro para a aula do dia 14 de setembro de 2020.

PONTO 1: Teoria que buscam explicar o fenômeno corrupção

Basicamente há duas teorias que buscam explicar o fenômeno¹.

(a) teoria do Principal-Agente ou Agente-Principal

Segundo essa teoria, um problema de **agente** e **principal** surge quando o **principal** necessita dos serviços do **agente**, mas não detém informações suficientes para supervisionar o **agente** de maneira eficaz. Corrupção seria, então, o resultado de quando o **principal** é incapaz de monitorar/fiscalizar adequadamente o **agente** e esse **agente** explora

¹ Bibliografia básica sobre o tema: CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. Usando multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. In: FORTINI, Cristina (Coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 175-203; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando. La trampa política: La corrupción como problema de acción colectiva. 2014.

essa assimetria de informação para trair os interesses do **principal** e com isso conseguir benefício próprio.

De acordo com essa teoria a corrupção se apresenta como um problema ou fenômeno relacionado com a **assimetria de informação e déficit de controle/prestação de contas – *accountability***.

Robert KLITGAARD, defensor dessa teoria, sustenta que este comportamento ilícito surge quando os **agentes** dispõem de poder de monopólio sobre **clientes/principal**, quando dispõem de grande poder de discricionariedade e quando sua responsabilidade para com o dirigente é débil, seja pela ausência de prestação de contas, seja pela debilidade no processo de prestação de contas². Sintetiza suas observações apresentando a seguinte fórmula para tentar definir uma conduta corrupta:

Corrupção = monopólio + poder discricionário – *accountability* (ou necessidade de prestar contas)

Em outro estudo sobre o tema refere que corrupção consiste no mal uso do cargo ou função para fins não oficiais, sendo que o catálogo de atos corruptos inclui, entre outros, o suborno, a extorsão, o tráfico de influências, o nepotismo, a fraude, o pagamento em dinheiro feito a servidores do governo para acelerar o tramite de determinados assuntos e o próprio desfalque de dinheiro ou patrimônio público³.

(b) corrupção como um problema de ação coletiva:

Um problema de ação coletiva se gera naquelas situações em que, se todos os indivíduos que formam parte de um grupo humano atuam de maneira racional, atendendo seus próprios interesses, em longo prazo pode-se acabar gerando um problema coletivo que fere a todos os indivíduos. Socorre-se a exemplos de exploração de bens comuns para ilustrar a situação. Se uns pescadores maximizam as capturas que fazem nos bancos pesqueiros de sua região, com a intenção de obter máximos benefícios em curto prazo, estarão expostos ao esgotamento de tais bancos, com o qual todos eles sairão prejudicados. Ante estas situações os pescadores frequentemente firmam acordos institucionais para se

² KLITGAARD, Robert. *Controlling corruption*. London: University of California Press, 1988.

³ KLITGAARD, Robert. La cooperación internacional contra la corrupción. *Finanzas y desarrollo: publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial*. Washington, vol. 35, nº 1, p. 3-6, 1998.

comprometerem coletivamente para a conservação das pescas das quais sobrevivem. A chave da solução do dilema de ação coletiva consiste em que tais regras sejam respeitadas por todos. Todavia, para que este acordo seja sustentável no tempo, é necessário que se impeçam comportamentos oportunistas já que, de um ponto de vista egoísta, a melhor situação para cada um dos pescadores individualmente considerados, seria que os demais cumpram com a regra de contenção de capturas, enquanto “eu descumpro”. Mas se todos se comportarem desta maneira, se reproduziria outra vez o problema coletivo e o banco de pesca (e o futuro do povoado de pescadores), voltará a estar em perigo.

Nesse contexto, países com altos índices de corrupção estariam envolvidos em um círculo vicioso, onde causas e consequências se retroalimentariam gerando mais corrupção. Somente com o rompimento desse círculo vicioso se alcançaria um controle maior sobre a corrupção.

Aspectos relacionados com as duas teorias:

- corrupção como um fenômeno ou ilícito racional? A tomada de decisão de praticar um ato corrupto é um ato racional? Algumas reflexões com base em Análise Econômica do Direito.
 - Benefícios > sanção = prática de ato corrupto?
 - Benefícios < sanção = abstenção do ato corrupto?

Questionamento para discussão: impunidade fomenta/fortalece esse círculo vicioso?

O que é, então, corrupção?

Pontos para discussão⁴:

1 – quebra de deveres inerentes a uma relação estabelecida, motivada pela expectativa de obtenção de um benefício não alcançável quando observadas as regras e os deveres inerentes a essa relação jurídica, o qual (a) não necessariamente precisa ser alcança e nem sempre (b) será de natureza econômica ou (c) representará ou se materializará em um prejuízo financeiro ao Estado;

⁴ Bibliografia básica: FRIDRICZEWSKI, Vanir. Estado democrático de direito e corrupção pública: de que fenômeno estamos tratando?. In: **Corrupção como fenômeno supralegal**. Juruá Editora, 2017.

2 – para caracterização não necessita da figura do corruptor e do corrompido;

3 – fenômeno **multifacetario, multicausal, multiconsecuencial** e que não necessariamente corresponde a um ilícito penal (exemplos de ROSE-ACKERMAN. & PALIFKA).

Cuadro 1.1. Tipos de corrupción ⁵	
Soborno	Intercambio explícito de dinero, regalos en especie o favores, a cambio de violación de normas o como pago por beneficios que legalmente deberían ser gratuitos o proporcionados sobre la base de criterios distintos a la voluntad de pagar por ellos. Incluye tanto el soborno de funcionarios públicos como el soborno comercial de agentes de empresas privadas.
Extorsión	Petición de soborno o favor por parte de un funcionario público como condición <i>sine qua non</i> para cumplir su deber o para violar una norma. Tratamos la extorsión como una modalidad de soborno en la cual el sobornador juega un papel activo (algunas veces la norma es creada por el extorsionador para exigir el soborno).
Intercambio de favores	Intercambio de una violación de normas por otra.
Nepotismo	Contratar a un miembro de la familia o a alguien con vínculos sociales cercanos, en lugar de un candidato con más méritos pero sin vínculos.
Amiguismo	Preferir a los miembros del grupo – racial/étnico, religioso, político social – al que se pertenece a los miembros de otros grupos en las decisiones sobre asuntos laborales.
Fraude judicial	Una decisión judicial basada en cualquiera de las modalidades anteriores de corrupción, o en amenazas al juez, y no en los méritos del caso.
Fraude contable	Engaño intencional respecto de las ventas o ganancias (normalmente para elevar el precio de las acciones).
Fraude electoral	Manipulación de los resultados electorales, mediante la compra de voto o el empleo de amenazas al electorado, o la falsificación o destrucción de votos.
Fraude al servicio público	Cualquier tipo de actividad que socave los requisitos jurídicos que rigen la prestación de los servicios públicos, incluso en los casos en que no se pagan soborno. Por ejemplo, los profesores pueden proporcionar a los alumnos las respuestas de exámenes estandarizados (habitualmente para garantizar financiación). Los prestadores de servicios de salud pueden recetar innecesariamente estudios o inventarse pacientes para aumentar el número de reembolsos que reciben. Los funcionarios públicos pueden descuidar sus trabajos para hacer trabajos para el sector privado, robar suministros para revenderlos o simplemente faltar al trabajo.
Malversación	Robo al empleador (empresa, gobierno u ONG) por parte del empleado.
Cleptocracia	Un Estado autocrático que está gestionado con el objetivo de maximizar la riqueza personal de sus máximos dirigentes.
Tráfico de influencias	Usar el poder de decisión que se tienen en el gobierno para obtener sobornos o favores de partes interesadas.
Conflictos de interés	Tener un interés personal respecto de los efectos de las políticas sobre las cuales se tiene poder de decisión.

A partir disso é possível compreender que o fenômeno corrupção, para cuja prática se dispensa a figura do agente corruptor e que não necessariamente precisa corresponder a um fato tipificado como crime pelo direito penal, se apresenta como uma quebra dos deveres inerentes à relação estabelecida entre o agente público e o Estado, quebra

⁵ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corrupción y gobierno: causas, consecuencias y reformas*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2019.

esta motivada pela expectativa de obtenção de um benefício não alcançável quando observadas as regras e os deveres inerentes a essa relação jurídica, o qual (a) não necessariamente precisa ser alcança e nem sempre (b) será de natureza econômica ou (c) representará ou se materializará em um prejuízo financeiro ao Estado.

Nesse panorama, **o fenômeno corrupção seria o gênero, do qual são espécies os crimes de corrupção passiva e ativa e, por exemplo, os atos de improbidade administrativa?**

NECESSIDADE DE COMPREENDER A CORRUPÇÃO COMO NÃO SENDO UM FENÔMENO UNICAMENTE PENAL. CONSEQUÊNCIAS DESSA COMPREENSÃO:

- Sancionamento da corrupção através de sanções de direito penal e de “direito não penal”;
- Combate e controle da corrupção não é atuação inerente ou preponderante dos órgãos de persecução penal;
- Necessidade e desafio de fortalecimento de atuação não penal, com articulação interinstitucional.

PONTO 2: Esferas de responsabilização no sistema jurídico brasileiro⁶

Coexistem vários âmbitos de responsabilização de agentes públicos, alguns deles estruturados especialmente a partir da Constituição de 1988 e distribuídos, inclusive, nos vários níveis ou entidades da federação brasileira, com alguns desses âmbitos ou esferas de responsabilização inerentes a determinados agentes públicos, como por exemplo por crimes de responsabilidade, e outros apresentam um caráter geral, podendo alcançar todos agentes públicos. **Essas várias esferas de responsabilidade espelham, em parte, essas várias facetas do fenômeno corrupção.**

O primeiro âmbito de responsabilização apontado é o da **responsabilidade política**. Em essência, este regime de responsabilização pode conduzir à perda do mandato eletivo em razão do sancionamento de infrações político-legislativas produzidas por integrantes do Poder Legislativo, em conformidade com o art. 55 da Constituição, notadamente os incisos I, II e III, do que é exemplo a sanção por quebra do decoro

⁶ Bibliografia básica: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum. 2009.

parlamentar (inciso II), caracterizada pelo abuso das prerrogativas de membro do Congresso Nacional, bem como na percepção de vantagens indevidas, além de outros casos definidos no regimento interno das Casas do Congresso Nacional, ensejando julgamento pela Casa Legislativa a que pertence o parlamentar, com grande carga de discricionariedade política da mesma⁷. Trata-se de regime de responsabilidade aplicável especificamente aos parlamentares e cuja sanção máxima é a perda do mandato eletivo.

Questionamento: afasta ou independe da responsabilização penal ou pela prática de ato de improbidade?

A outra esfera de responsabilização dos agentes públicos brasileiros é pela prática dos denominados **crime de responsabilidade**, que se cuida de campo de responsabilidade político-constitucional em que o bem jurídico que se busca proteger é a legitimidade política necessária ao exercício de determinado cargo público, de modo que a perda dessa legitimidade implica na imposição de perda do mesmo e proibição de retorno a ele por determinado período. Essa aplicação ocorre através do processamento do nominado *impeachment*⁸, exercício de jurisdição política, e isso em razão do critério de julgamento da conduta funcional, sindicada à luz de condutas constitucionais e legais existentes⁹ ¹⁰.

A **responsabilidade civil**, fundada no art. 37, § 6º, da Constituição, é outro âmbito de responsabilização dos agentes públicos, podendo os mesmos serem chamados a responder pelos danos causados pelo Estado quando presentes dolo ou culpa do agente.

Outra esfera de responsabilização dos agentes públicos é **a penal**, cabendo destacar, aqui, que o Código Penal - assim como as demais leis penais -, aplica-se, como regra, em todo o território nacional e a todos aqueles que nele se encontrarem (exegese do art. 5º

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum. 2009.

⁹ BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. São Paulo: Saraiva, 1992.

¹⁰ Amplo é o rol das autoridades que podem ser julgadas em processos dessa natureza, como apontado na Lei nº 1.079, de 1950, sendo que a responsabilização nesse âmbito não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal (art. 3º).

do Código Penal), salvo exceções à incidência dessas normas, que ora podem aparecer na Constituição (Art. 53), ora na própria legislação penal (v.g. Código Penal, Art. 142).

A **responsabilidade administrativa** é outra esfera de responsabilidade a que os agentes públicos estão submetidos. Este sistema de responsabilização é regulado por leis específicas que tipificam infrações e sanções disciplinares, como é o caso, por exemplo, da Lei nº 8.112, de 1990 no âmbito federal, sanções essas que, no entanto, são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, notadamente porque, muito embora se admita a existência da coisa julgada administrativa, nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser afastada do exame do Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição).

A **esfera político-civil de responsabilidade é a última que apontamos**, que tem como pressuposto a prática de ato de improbidade administrativa. O que destacamos é que as sanções pela prática de ato de improbidade administrativa diferem-se das sanções de natureza penal, pois a própria Constituição, em seu art. 37, § 4º, assim determina, ao dispor que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, *sem prejuízo da ação penal cabível*.

Além disso¹¹, as sanções pela prática de ato de improbidade administrativa apresentam uma natureza dúplex, de cunho político (suspensão dos direitos políticos) e de natureza civil (indisponibilidade de bens, ressarcimento de danos e perda de função pública), entendimento esse encampado pelo STJ, o qual afirmou que as sanções por improbidade possuem natureza político-civil, muito embora com alguma identidade com as sanções penais, seja quanto à sua função (que é punitiva e com finalidade pedagógica e intimidatória), seja quanto ao conteúdo, por não haver diferença entre a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos ou a imposição de multa pecuniária, quando decorrente de ilícito penal e de ilícito administrativo¹².

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20ª ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹² Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.163.643. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Acórdão publicado no Diário de Justiça de 30 de março de 2010.

O que destacamos desse ponto: o sistema constitucional pátrio permite a coexistência desses vários sistemas ou âmbitos de responsabilização dos agentes públicos, havendo, em alguns casos, identidade ou semelhança nas sanções, e isto porque alguns princípios são comuns a qualquer sistema sancionatório, seja eles nos ilícitos penais, seja nos ilícitos administrativos, entre eles o da legalidade, o da tipicidade, o da responsabilidade subjetiva, o do *non bis in idem*, o da presunção de inocência e o da individualização da pena¹³.

Nessa linha, o esclarecimento que precisa ser feito é quanto ao grau de inter-relação e (in)dependência entre estes sistemas ou âmbitos de responsabilização. O STF¹⁴ já decidiu no sentido de que as instâncias civil, penal e administrativa são autônomas e não interferem nos seus respectivos julgados, ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria. Ou seja, a convivência das diversas esferas de responsabilidade no sistema brasileiro é matizada, pois como recorda Pacelli de Oliveira¹⁵, o Brasil adota um sistema de independência relativa ou mitigada dos diversos âmbitos de responsabilidade, razão pela qual em alguns aspectos há subordinação temática de uma instância de responsabilidade sobre a outra, como se pode apreender inclusive dessa referência da jurisprudência do STF, a qual traz a condicionante “ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria”.

Exemplos dessa independência mitigada: art. 935 do Código Civil, o qual estabelece que a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. E algo semelhante, em nível federal, ocorre com a Lei nº 8.112/91, a qual em seu art. 126 dispõe que a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria. Isso quer significar que a formação, no âmbito processual penal, de um juízo de certeza sobre a inexistência do fato, ou sobre a autoria (sua negativa), vincula as esferas civil e administrativa, nas quais não mais se poderá discutir sobre essas questões.

¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁴ Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 26.951, Relator: Ministro Luiz Fux. Acórdão publicado no Diário de Justiça de 18 de novembro de 2015.

¹⁵ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

A decisão do juízo criminal, pois, tem eficácia subordinante que impede a reabertura da discussão em qualquer outro processo ou juízo, e isso em razão da unidade da jurisdição¹⁶. O que há, frisamos, é eficácia subordinante da decisão judicial, a qual, em determinadas circunstâncias e a depender de seu conteúdo, impedirá que qualquer órgão estatal ou pessoa¹⁷ venha a reabrir discussões sobre a celeuma, pouco importando quem anteriormente tenha inaugurado a discussão.

Esses apontamentos servem para demonstrar que **no sistema jurídico brasileiro de aplicação do direito sancionador, o que inclui o sistema e mecanismos anticorrupção, não há prevalência ou subordinação de um órgão em relação aos demais**. O que há são espaços de atribuição e competência sistematizados, ainda que com imperfeição - uns inclusive compartilhados (atribuição e/ou competência concorrente), como ocorre no caso da ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa, em que foi reconhecida a legitimidade ativa tanto ao Ministério Público como às pessoas jurídicas interessadas (art. 17 da Lei n° 8.429, de 1992).

PONTO 3: Sistema brasileiro de combate à corrupção: um panorama geral desde a ótica dos tratados internacionais:

Brasil como signatário de principais pactos internacionais relacionados com o combate da corrupção e ilícitos relacionados:

Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE - Decreto n° 3.678, de 30 de novembro de 2000;

Convenção Interamericana contra a Corrupção - Decreto n° 4.410, de 07 de outubro de 2002;

Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - Decreto n° 5.687, de 31 de janeiro de 2006

- É o mais importante e amplo instrumento internacional para combate à corrupção;
- Estabelece que cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos ilícitos qualificados de acordo com essa

¹⁶ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. Ob. cit..

¹⁷ Referimos pessoa porque, em tese, tanto a pessoa física como jurídica pode ser autora de uma ação penal privada ou até subsidiária em caso de inércia do Ministério Público (art. 29 do CPP).

Convenção, sendo que a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole **penal, civil ou administrativa**.

Artigo 26

Responsabilidade das pessoas jurídicas

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

2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa.

3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos.

4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo.

- Este art. 26, aliando à tradição jurídica brasileira de só responsabilizar penalmente a pessoa jurídica por crimes ambientais (Art. 225, § 3º: As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados), é um dos fundamentos para responsabilização administrativa (Lei nº 12.846, de 2013 - LAC) e nos termos da Lei nº 8.429, de 1992 (LIA), das pessoas jurídicas.
 - Esse sistema de responsabilização da pessoa jurídica adotada no Brasil traz algumas complicações no plano internacional, especialmente em matéria de cooperação jurídica internacional, pela visão estrita de alguns países sobre a necessidade de **dupla incriminação**. Necessidade de uma abordagem mais ampla sobre o tema.
- A Lei nº 12.846, de 2013 – LAC, no direito brasileiro, “fecha” o sistema de responsabilização pela prática de atos de natureza corruptiva, pois:
 - Código penal permite responsabilização penal de pessoas físicas pela prática de atos de natureza corruptiva, inclusive em aspectos relacionados com a **corrupção internacional** (Ex.: Corrupção ativa em transação comercial internacional - Art. 337-B);
 - Lei nº 8.429, de 1992, permite a responsabilização não penal de pessoas físicas e jurídicas pela prática de atos de natureza corruptiva praticados contra **administração pública nacional – pressuposto para responsabilização: participação de um agente público no ilícito**;
 - Lei nº 12.846, de 2013, permite a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos de natureza corruptiva praticados contra **administração pública nacional e estrangeira** – dispensa a participação de agente público no ilícito para fins de responsabilização da pessoa jurídica.