

1. Introdução

Em junho de 2013, o Brasil foi tomado por uma onda de manifestações populares, de cunho político, os quais deixaram manifestas a desconfiança e a rejeição para com a base política deste país. Enfim, não é por menos. A legitimidade representativa restou totalmente desgastada por inúmeros casos de corrupção, crimes de peculato e escândalos de improbidade administrativa etc.

Essa onda de manifestações começou de forma localizada, com protestos em São Paulo contra o aumento das tarifas do transporte público urbano dessa cidade. Contudo, graças às facilidades midiáticas proporcionadas pelas redes sociais, as manifestações se espalharam em todo o Brasil, de forma difusa e com motivações múltiplas. Para alguns, esta onda de manifestações revela um fenômeno inédito, por uns chamados de “primavera brasileira”. Dentre as reivindicações populares, podemos enumerar: a rejeição à PEC que retirava do Ministério Público seu poder de investigação (PEC nº 37); a urgência na realização de profundas reformas estruturais na saúde e na educação; a abertura e publicação de contas e contratos relacionados com o transporte público; a urgência na realização de reforma política; a urgência na tomada de medidas contra a corrupção, dentre outros.

Em meio a essa onda de manifestações, o Congresso Nacional colocou em pauta um projeto apresentado pelo Poder Executivo em 2010 (Projeto de Lei nº 6.826/2010), que já vinha sendo debatido pela Controladoria Geral da União. A aprovação de tal projeto resultou na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (“Lei 12.846/2013”), conhecida como “Lei da Anticorrupção Empresarial”, aqui reduzida à sigla “LAE”. Essa Lei objetivou criar a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas por condutas descritas como lesivas à Administração Pública nacional ou estrangeira.

Contudo, criada com o objetivo de suprimir a corrupção patrocinada pelo setor privado, as inúmeras disposições trazidas nesse novo marco legal, na verdade, trouxeram uma considerável insegurança jurídica. Há quem dizem que a LAE foi um “tiro no pé”: muitos conceitos abertos e não definidos trouxeram à tona o receio de que pudesse incentivar uma ilegal pressão e tentativas de extorsão contra o empresariado, que seria induzido a ceder à ilegalidade, de modo a evitar a aplicação de sanções.

No contexto de insegurança jurídica gerada por esse novo marco regulatório contra a corrupção empresarial, insurge inevitavelmente a discussão sobre a efetividade da criação da LAE. Ou melhor, se, ao invés de reduzir a prática da corrupção, ela não estaria criando um campo fértil para expansão da prática corruptiva por parte do gestor público, agora com maiores

poderes discricionários para aplicação de severas penalidades em face da pessoa jurídica privada parceira da Administração Pública.

Em análise à LAE, é evidente a necessidade de regulamentação de vários de seus comandos, conceitos, institutos e tipificações. Contudo, antes de entender o que precisa ser regulamentado – o que vem sendo bastante trabalhado pela doutrina jurídica – é fundamental, a nosso ver, discutir a própria conveniência da estratégia de combate à corrupção proposta por essa Lei.

O presente trabalho pretende, assim, buscar compreender como a LAE se insere na agenda política e legislativa de combate à corrupção, de modo a aferir sua adequação e efetividade. Para tanto, será explicitado, objetiva e historicamente, quais foram as estratégias adotadas pela agenda política de combate ao patrimonialismo na gestão pública e, conseqüentemente, à corrupção. Assim, inicialmente, o presente trabalho buscará compreender como o tema do “combate à corrupção” esteve inserida na agenda política e administrativa de reforma do Estado. Posteriormente, o presente trabalho demonstrará, sinteticamente, as principais características da LAE – o que já está bastante difundido pela doutrina jurídica. Isto, para melhor contextualizar qual foi a estratégia de combate à corrupção – em sentido lato, aqui entendido como “atos lesivos ao Estado” – instrumentalizada por essa Lei. Por fim, tentar-se-á compreender o risco aqui apontado, ou seja, porque a LAE poderá ter um efeito paradoxal aos objetivos propostos, qual seja, criar um campo propício ao incremento da corrupção, ao contrário de efetivamente reprimi-la.

Com base nisso, antes de traçar possíveis hipóteses de regulamentação e traçar critérios objetivos para guiar na elaboração de futuros diplomas normativos de outros entes federativos, o presente trabalho buscará demonstrar porquê e como a própria estratégia normativa trazida pela LAE deve ser alterada.

2. O combate à corrupção como agenda de reforma administrativa e legislativa

A gestão pública brasileira ainda sofre com o patrimonialismo que tanto se buscou combater no País. Recorrentes casos de corrupção evidenciam um quadro de clientelismo, nepotismo e patronagem e provocam a reflexão sobre quais medidas (ainda) devem ser adotadas para acabar com esse mal.

A corrupção é aqui entendida como a preeminência de interesses privados em decisões tomadas pela Administração Pública. Práticas recorrentes de corrupção já foram identificadas

como “consequência natural da sociabilidade brasileira” (AVRITZER, 2011, p. 46), contexto em que:

[...] fatores ligados à herança ibérica e às práticas portuguesas no período colonial criaram um padrão de relação entre o público e o privado que marcou a política no Brasil, estabelecendo uma linha unívoca de desenvolvimento político que torna a corrupção inevitável. (AVRITZER, 2011, p. 46).

É válido dizer que essa primazia do interesse particular – e a corrupção, como corolário lógico – foi incentivada por falhas de controle na gestão pública verificada no decorrer da história. Leonardo Avritzer (2011, p. 46) bem pontua que responsabilizar a cultura brasileira pelas recorrências de práticas de corrupção é uma visão simplificada e dissonante da realidade:

Em vez de apontar para a disputa entre diferentes concepções de política, algumas permeadas pela tolerância em relação à corrupção e outras fortemente críticas do mesmo fenômeno, a análise da naturalidade da corrupção pretende transformar uma disputa política em um aspecto natural da cultura brasileira. (AVRITZER, 2011, p. 46).

Com efeito, houve o reforço de uma lógica clientelista no interior do sistema político, que teria acentuado características da competição política que não teriam sido mudadas pela Constituição da República de 1988 (AVRITZER, 2011, p. 49). Essa foi uma das razões pela qual inúmeras reformas administrativas implantadas pelo Governo Federal nem sempre obtiveram o resultado esperado. Apesar da vultosa agenda de mudança de práticas gerenciais da Administração Pública, tais como a profissionalização e modernização da gestão, ainda assim foi possível constatar a recorrência de práticas de corrupção, como praxe do Poder Público. Ou seja, o aprimoramento da gestão não foi o suficiente para acabar com o mal da corrupção.

Sabe-se que a mais atual reforma administrativa, chamada de “Nova Gestão Pública”, surgiu para solucionar problemas de eficiência no modelo burocrático de gestão. Em busca de uma maior racionalidade capitalista de produção, Max Weber apresentou a sua *Teoria das Organizações Burocráticas*, que foi considerado por autores clássicos como garantia do bom funcionamento dos negócios e serviços (PAULA, 2006, p. 54). A “Burocracia” weberiana pregava que a previsibilidade, uniformidade de procedimentos da organização e impessoalidade seriam medidas essenciais para gerar a confiabilidade na prestação de sua atividade, prevenindo, assim, os problemas e conflitos. (ABRÚCIO, 1997, p. 6).

A gestão ideal, segundo a concepção weberiana da burocracia, deveria solidificar o processo de dominação racional-legal (WEBER, 2002). Ou seja, no processo de gestão não

poderia haver, ou dever-se-ia evitar, grandes margens de discricionariedade para o administrador. A atividade do gestor deveria ser “procedimentalizada” por normas que descrevam cabalmente a conduta administrativa (atos vinculados), a qual deveria estar estruturada em uma rígida hierarquia (princípio da hierarquia). Desta feita, o controle e a legitimidade da gestão seria decorrência lógica do atendimento aos seguintes princípios: (i) previsibilidade normativa da conduta; (ii) documentação dos processos, (iii) consecução das atividades somente por especialistas; (iv) promoção do mérito profissional; (v) princípio da hierarquia, no qual os superiores controlam e supervisionam toda conduta dos subordinados. Uma vez atendido tais requisitos, a *impessoalidade* seria consequência da adoção desse modelo.

Assim, o modelo burocrático foi criado como medida para afastar o patrimonialismo monárquico ainda existente nas práticas administrativas do século XIX. Por isso, tal modelo burocrático foi logo adotado pela Administração Pública do Estado Liberal.

Ao prezar a impessoalidade e uniformidade dos procedimentos, o modelo burocrático de gestão estabelece que o controle deva se concentrar, basicamente, na atividade-meio da Administração Pública. No caso, a uniformidade de procedimentos e a rígida hierarquia reduziriam inevitavelmente a margem de discricionariedade do gestor público, fazendo com que o interesse público ficasse indisponível (FILGUEIRAS; ARANHA, 2011, p. 353). Neste caso, as políticas públicas e demais decisões estatais deveriam ser tomadas através do processo político, não cabendo ao burocrata redefini-la. Conforme se posicionam Filgueiras e Aranha (2011):

[...] as patologias institucionais da burocracia ocorrem quando a universalidade dos procedimentos, a impessoalidade e o princípio da hierarquia são corrompidos. O controle, no contexto das organizações burocráticas (...) deve ser exercido para assegurar que a discricionariedade dos agentes públicos não resulte em corrupção. (FILGUEIRAS; ARANHA, 2011, p. 353).

Portanto, o controle da corrupção nesse modelo deve ser feito através do fortalecimento da burocracia e *reduzindo a margem de discricionariedade* dos gestores. “Em uma fórmula bastante simples, maior a margem de discricionariedade dos burocratas, maior a corrupção” (FILGUEIRAS; ARANHA, 2011, p. 354).

No momento em que o modelo burocrático foi transplantado para o paradigma do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), essa sistemática de controle do gestor público não demonstrou efetividade. Em razão da crise de 1929, novas ideias intervencionistas, baseadas nas recomendações de John Maynard Keynes, ganharam espaço e hegemonia nos Estados, como forma de solucionar os problemas gerados pela grande depressão econômica. Neste contexto, a

Administração Pública se imergiu em um processo de agigantamento de suas competências, diante da necessidade exponencial de organizar o novo sistema burocrático-intervencionista (PEREIRA, 1996, p. 5). O crescimento da máquina estatal, experimentado pelo Estado Social, generalizou preocupações sérias com relação à eficiência dos serviços prestados pela Administração Pública, resultando em uma crise do Estado moldado de acordo com os preceitos burocráticos weberianos¹.

Nesse contexto, é possível afirmar que o grande aumento das competências estatais reduziu a capacidade de controle da Administração Pública burocrática e, inevitavelmente, incentivou o aumento considerável de práticas de corrupção na gestão pública. Várias hipóteses foram erguidas que demonstram a *influência da burocratização no aumento de práticas corrupção*. Como bem expôs Filgueiras e Aranha (2011):

A crise do Welfare State e os movimentos por reformas, por outro lado, implicaram a construção de novos modelos de gestão. Neste sentido, a burocracia e a atuação das instituições de controle implicariam ineficiência e ampliação das práticas de corrupção. No contexto do desenvolvimento econômico, a corrupção poderia ser, inclusive, funcional para a redução de barreiras burocráticas que impediriam a acumulação de capital e gerariam, por conseguinte, custos de transação (Leff, 1964). A criação de mais burocracia para perseguir a integridade dos funcionários públicos implicaria mais custos para o setor público e mais corrupção, à medida que a burocratização se ampliasse e se tornasse corriqueira (Anechiarico e Jacobs, 1996). E, por fim, a ampliação da burocracia teria como resultante a possibilidade de constituição do comportamento rent-seeking por parte de políticos e burocratas, além das externalidades negativas advindas do número de órgãos, documentos e processos necessários para a realização dos fins (Krueger, 1974). (FILGUEIRAS; ARANHA, 2011, p. 354).

Diante disso, Filgueiras e Aranha (2011, p. 355) entende que “não basta reduzir a margem de discricionariedade do agente público, é fundamental submetê-lo a *controle público* sem que disso resulte mais burocratização”.

No Brasil, apesar das reformas descentralizadoras realizadas pelo Decreto-Lei nº 200/1967, diagnosticou-se na redemocratização um quadro de desorganização das atividades administrativas e dos serviços públicos, “criando a sensação, tão presente no senso comum, de que ela nasceu com a democratização, e não como herança do regime autoritário”. (FILGUEIRAS; ARANHA, 2011, p. 362).

¹ Conforme bem pontua Abrucio (1997, p. 6), o modelo de Estado Social-Burocrático esfacelou-se em suas três dimensões interligadas: (i) a econômica, representada pelos mandamentos keynesianos de intervenção estatal na economia, como método de garantir o pleno emprego e o macro-desenvolvimento; (ii) a social, caracterizada pelo *welfare state*, o qual preza pela ampliação de políticas públicas voltadas a suprir as necessidades básicas dos cidadãos; e (iii) a administrativa, referente ao modelo burocrático weberiano.

Foi nesse contexto que as reformas gerencialistas surgiram. Buscou-se desestimular a corrupção, não através do fortalecimento do controle burocrático (como prega o modelo weberiano), mas buscando em mecanismos de eficiência administrativa e incentivo pelos resultados. Seria o meio adequado para reduzir as cobranças de propinas e o suborno envolvendo aqueles que tinham o poder de descumprir com o rigorismo burocrático. A Nova Gestão Pública buscou, então, como sabido: (i) a profissionalização dos gestores, (ii) o incentivo na performance gerencial, com o uso de técnicas desenvolvidas, principalmente pela esfera privada, (iii) na flexibilização da atuação administrativa, mediante o reforço da discricionariedade (iv) na ampliação da delegação, descentralização e autonomia administrativas, mediante o rígido controle e incentivos dos resultados esperados, baseados em metas e indicadores tecnicamente elaborados, dentre outros.

É notável o paradoxo entre a estratégia dos modelos burocráticos e gerencialistas na busca da eficiência e no combate à corrupção decorrente da cultura patrimonialista na gestão pública brasileira: se a burocracia weberiana defende que a luta contra a corrupção se dá mediante a redução da discricionariedade, na Nova Gestão Pública, buscou-se aumentar a discricionariedade, com vistas à eficiência administrativa e, com isso, a redução da corrupção.

A questão é que o controle da gestão e da prevalência dos interesses privados na Nova Gestão Pública não se deu, como no modelo burocrático, através do rigorismo dos procedimentos (atividade-meio), mas, sim, pelo controle das metas, ou seja, da atividade-fim. Como bem pontuado por Filgueiras e Aranha (2011):

Neste sentido, a nova gestão pública convive com um conflito inerente à sua constituição, que passa, por um lado, pelo reforço da liderança e capacidade de gestão dos burocratas, o que demanda a ampliação de seu poder discricionário; e, por outro lado, pela redução dos controles burocráticos em favor do controle por metas, isto é, o controle dos fins, e não o controle dos meios. O controle, portanto, deve ser realizado a partir dos resultados obtidos em confrontação com os padrões pactuados e esperados de desempenho dos gestores. O controle, para a nova gestão pública, não deve se basear no controle dos meios e dos processos empregados para realizar as atividades da burocracia, mas na performance dos gestores para alcançar os resultados esperados. Portanto, o controle não deve se basear em auditorias e processos, mas em resultados objetivos que ampliem os recursos disponíveis ao público por meio da diminuição dos custos. (FILGUEIRAS; ARANHA, 2011, p. 356).

Com base nisso, para o devido controle da gestão pública nesse modelo gerencialista de gestão, tornou-se necessário o amplo reforço do *accountability* e da transparência, para diminuir os custos com a delegação e o risco de corrupção decorrente disso. (FILGUEIRAS; ARANHA, 2011, p. 356).

Contudo, apesar das reformas gerenciais, a corrupção permaneceu como prática corriqueira da Administração Pública brasileira. É possível afirmar que, com as reformas gerenciais e o incremento da transparência na gestão pública, a corrupção tornou-se mais visível aos cidadãos. (FILGUEIRAS; ARANHA, 2011, p. 357). Por outro lado, constatou-se que a corrupção não foi solucionada, pois as reformas administrativas realizadas no período pós-Constituição de 1988 “privilegiou o controle realizado no interior do aparato estatal”, havendo “a ampliação desmesurada do controle administrativo-burocrático dissociado do controle público não estatal e da sanção legal”. (AVRITZER; FILGUEIRAS, 2011, p. 28). Nesse sentido, não adianta nada a corrupção ser mais transparente ao público, se ela não é punida.

Nesse contexto, é inegável a existência de um certo esforço legislativo na criação de um sistema jurídico voltado à defesa da probidade, tais como a Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), a Lei da Ficha Limpa (Lei complementar nº 135/2010), a Lei do Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), dentre outros. Contudo, tais diplomas legais não foram suficientes para dar cabo à corrupção posta como eixo central dos problemas socioeconômicos no Brasil.

A LAE (“Lei nº 12.846/2013”) foi concebida nesse contexto da necessidade de se incrementar o controle administrativo e judicial da corrupção. Porém, o “controle” não foi direcionado à gestão pública, por meio do aprimoramento e endurecimento das sanções contra gestores públicos, ou mesmo a celeridade do controle judicial das atividades administrativas. Em vez disso, a LAE buscou a rigorosa responsabilização da pessoa jurídica envolvida em atos lesivos à administração pública, partindo do pressuposto de que o controle das parcerias seria bastante para evitar lesões ao erário público provocados por iniciativa do particular.

3. A estratégia da nova lei nº 12.846/2013: o notável empoderamento do gestor público na responsabilização administrativa da pessoa jurídica parceira da Administração Pública

3.1. A responsabilização objetiva das pessoas jurídicas em que abrangem os agentes envolvidos na prática do ato lesivo

A LAE foi concebida como medida para responsabilizar pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras contra atos lesivos à Administração Pública. Trata-se de uma medida que visou suprir uma lacuna deixada na responsabilização de atos ilícitos cometidos contra a Administração Pública, em especial, atos de corrupção e fraude em licitações e gestão de contratos administrativos.

Anteriormente à vigência dessa lei, o foco de responsabilização sempre foi o das pessoas físicas, o que gera ineficiências sancionadoras. De fato, todo o sistema jurídico voltado para punir atos lesivos contra a Administração Pública, buscou a responsabilização pessoal, civil, criminal ou administrativamente de *peças naturais*. Tal forma de responsabilização sempre demandou a comprovação da culpa ou dolo do agente envolvido, o que dificulta a comprovação dos fatos e a punição pelos ilícitos ocorridos. Além disso, sempre houve uma dificuldade para se efetivar o ressarcimento pelos danos ocasionados, já que não haviam meios específicos para atingir o patrimônio das pessoas jurídicas envolvidas.

Sabe-se que a Lei nº 8.666/1993 possibilita a punição da pessoa jurídica envolvida com a prática de atos lesivos à Administração Pública. Todavia, as sanções mais graves são direcionadas para as pessoas físicas, na seção sobre as disposições criminais (“Seção III – dos crimes e das penas” – arts. 89 e seguintes), permanecendo a lacuna quanto a efetiva responsabilização da pessoa jurídica e o ressarcimento pelos danos. As mesmas deficiências punitivas encontramos na Lei da Improbidade Administrativa, já que a penalização da pessoa jurídica dependerá da comprovação da culpa (responsabilidade subjetiva) do agente envolvido.

Para dar cabo a essa lacuna na repressão administrativa e judicial da corrupção, a Lei instituiu a *responsabilidade civil objetiva* (artigos 1º e 2º) das pessoas jurídicas envolvidas em atos lesivos à Administração Pública. A responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas incidirá de forma independente, subsidiária e complementar à responsabilidade individual de outras pessoas naturais envolvidas nos atos ilícitos previstos (artigo 3º), ocasião em que será avaliado o aspecto subjetivo do agente (culpa ou dolo), na medida de sua culpabilidade (artigo 3º, §2º).

E não somente a Administração Pública brasileira é protegida, mas também a Administração Pública estrangeira. A exposição de motivos da LAE reitera que a proteção à Administração Pública estrangeira decorreu de compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil, tais como, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, Convenção Interamericana de Combate à Corrupção e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

O disposto nessa Lei se pretende aplicar às seguintes pessoas jurídicas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (artigo 1º, parágrafo único): (i) as sociedades empresárias e simples, estas personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado; (ii) sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro; (iii) quaisquer fundações; e (iv) associações de entidades ou pessoas.

A LAE estendeu a responsabilidade até mesmo em casos de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária (artigo 4º). No caso de fusões e incorporações, a responsabilidade estenderá somente na obrigação do pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido. Contudo, se a fusão ou incorporação tiver qualquer intuito fraudulento, todas as demais sanções previstas nessa Lei serão aplicadas (artigo 4º, §1º), tais como suspensão ou interdição parcial das atividades, dissolução da pessoa jurídica, proibição de receber incentivos, dentre outras. Além disso, previu-se também a responsabilidade solidária das sociedades controladoras, controladas, coligadas e consorciadas no pagamento de multas e obrigações indenizatórias aplicadas em face de determinada pessoa jurídica (artigo 4º, §2º).

Tratam-se de medidas que, evidentemente, buscam induzir o controle interno entre as pessoas jurídicas que pretendem realizar determinadas operações societárias, como mecanismo mais rígido e eficaz de prevenir a ocorrência de tais atos ilícitos, reduzindo a corrupção amplamente financiada por pessoas jurídicas que relacionam com ela.

3.2. A amplitude e o efeito uniformizador da LAE

A LAE foi criada para ser aplicada nacionalmente, em todas as esferas de governo. Não é só o que se deduz da Lei (artigo 19), mas por ser decorrência constitucional. Com efeito, a LAE cria normas relacionadas a responsabilidade civil, constituição e extinção de pessoas jurídicas, e aplicação de sanções no âmbito das licitações e contratos administrativos, cuja competência legislativa é privativa da União, nos termos do artigo 22, incisos I e XXVII, da Constituição².

Por buscar proteger a Administração Pública em sua relação com o particular, é inegável que as disposições da LAE devem possuir abrangência nacional. Nesse sentido, a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 6.826/2010, de 23 de outubro de 2009, reitera que,

[...] a Administração Pública aqui tratada é a Administração dos três Poderes da República – Executivo, Legislativo e Judiciário – em todas as esferas de governo – União, Distrito Federal, estados e municípios -, de maneira a criar um sistema uniforme em todo o território nacional, fortalecendo a luta contra a corrupção de acordo com a especificidade do federalismo brasileiro.

² O artigo 22, inciso I e XXVII, da Constituição da República diz que compete privativamente à União legislar sobre “direito *civil*, comercial, *penal*, *processual*, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” (inciso I) e “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios” (inciso XXVII).

Com efeito, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica deve ser aplicada igualmente em todo o âmbito nacional. Portanto, suas normas possuem um efeito uniformizador, que servirá de parâmetro para a regulamentação nas mais diversas esferas legislativas.

3.3. Os atos lesivos à Administração Pública Nacional ou Estrangeira previstos na LAE

Para os fins dessa Lei, são considerados atos lesivos aqueles praticadas pelas pessoas jurídicas mencionadas no *parágrafo único do artigo 1º* que atente contra (i) o patrimônio público nacional ou estrangeiro, (ii) contra princípios da Administração Pública ou (iii) contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Esses são os bens jurídicos protegidos pela LAE. Contudo, o art. 5º apresenta, em seus incisos, um rol taxativo de condutas que são consideradas como atentatórios a tais bens jurídicos protegidos:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

- I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
- III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
- IV - no tocante a licitações e contratos:
 - a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
 - b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
 - c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
 - d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
 - e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
 - f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
 - g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;
- V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Os atos lesivos podem ser divididos em 4 grupos: (i) atos que implicam em promessa, oferecimento ou entrega de vantagem indevida a agente público (artigo 5º, I, da LAE); (ii) atos que fraudam a boa consecução dos objetivos das licitações e dos contratos (artigo 5º, IV, alíneas “a” a “g”, da LAE); (iii) atos que dificultam ou impedem a investigação ou fiscalizações do Poder Público (artigo 5º, III e V, da LAE); (iv) atos de incentivo à prática dos atos lesivos previstos (artigo 5º, II, da LAE).³

É de se pontuar que vários atos lesivos previstos na LAE possuem equivalência com outras normas sancionadoras previstas em outros diplomas normativos, exemplificando:

- O art. 5º, I, da LAE (“prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada”) refere-se a conduta semelhante aos tipos penais da “corrupção ativa” e “corrupção ativa em transação comercial internacional”, ambos previstos no Código Penal, respectivamente, nos artigos 333 e 337-B, a serem aplicados aos agentes envolvidos da pessoa jurídica, desde que demonstrados o dolo e a conduta praticada, independente da aceitação e participação no crime pelo agente público envolvido (crime formal);⁴
- O art. 5º, II, da LAE (“comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei”) busca impor as rígidas consequências legais para aqueles que apoiar a empreitada ilícita definidas nessa Lei. Financiar, custear, patrocinar ou subvencionar, nada mais é do que senão *apoiar financeiramente*. A pessoa natural que apoia financeiramente um ato ilícito contra a Administração Pública, definido como crime pela legislação penal, tal como o mencionado caso de corrupção ativa acima, é também autor do crime, na condição de partícipe (artigo 29, do Código Penal).
- O ato lesivo previsto no art. 5º, III, da LAE (“comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados”), possui equivalência ao instituto da simulação, prevista no diploma civil, também

³ Não é objetivo deste trabalho apresentar as decorrências jurídicas de cada ato lesivo previsto no art. 5º, da LAE. Isso poderá ser objeto de trabalhos desenvolvidos especificamente para isso.

⁴ A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) buscou, ainda, prevenir a configuração dessa prática, por meio da responsabilização civil e administrativa do agente público que aceite a vantagem indevida, que importe em enriquecimento ilícito, em diversas situações previstas no seu artigo 9º.

especificada como “simulação relativa subjetiva”, no qual há uma declaração de vontade, que é “emitida aparentando conferir direitos a uma pessoa, mas transferindo-os, em verdade, para terceiro”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 371);

- As alíneas do inciso IV, do art. 5º, da LAE, que tratam de atos lesivos no tocante a licitações e contratos, possuem normas semelhantes na Lei nº 8.666/1993 (arts. 89 a 98), bem como no art. 36, §3º, da Lei nº 12.529/2011 (que estabelece infrações contra a ordem econômica a serem aplicados pelo CADE);
- O ato lesivo previsto no art. 5º, V, da LAE (“Dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”), enquanto conduta que busca impedir a fiscalização do Poder Público, já foi disciplinado em situações jurídicas específicas, por exemplo: (i) no art. 69, da Lei nº 9.605/1998, que prevê como delito penal a conduta de “obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais”, com pena de detenção de um a três anos, e multa (artigo 69); (ii) no art. 4º, II, do Decreto-Lei nº 201/1967, que prevê pena de cassação àquele que “impedir o exame de livros, folhas de pagamento e demais documentos que devam constar dos arquivos da Prefeitura”; (iii) no artigo 728, IV, “c”, do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/2009), que prevê a multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) “a quem, por qualquer meio ou forma, omissiva ou comissiva, embarçar, dificultar ou impedir ação de fiscalização aduaneira, inclusive no caso de não apresentação de resposta, no prazo estipulado, da intimação em procedimento fiscal”, dentre outros.

3.4. Espécies, limites da aplicação das penas administrativas previstas

Se comprovada a prática dos atos lesivos previstos no art. 5º, da LAE, é possível a aplicação, por qualquer ente federativo lesionado, das seguintes *sanções administrativas* às pessoas jurídicas envolvidas (artigo 6º, I e II): (i) *multa*, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à

vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e (ii) *publicação extraordinária da decisão condenatória*.

Caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa prevista no artigo 6º, I, da LAE, poderá variar de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) (artigo 6º, §4º).

Por outro lado a pena de publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores (artigo 6º, §5º).

Essas penalidades poderão ser aplicadas, de forma isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações, e sempre de forma fundamentada⁵ (artigo 6º, §1º).

Para se poder confiar previsibilidade à ampla discricionariedade conferida pela LAE ao sancionador, é de se ressaltar a importância de regulamentações, por cada ente federativo, acerca da extensão da aplicação da multa e demais penas.

A LAE afirma, ainda, que a aplicação das sanções de multa e publicação integral da decisão condenatória, previstas no seu artigo 6º, não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado (artigo 6º, §3º). À primeira vista, esse dispositivo parece inócuo. Como se sabe, a função da multa é penalizar um agente pelo descumprimento de deveres jurídicos. A função da indenização é recompor o patrimônio danificado. Um tem o efeito pedagógico, o outro compensatório⁶. Ou seja, tratam-se de institutos totalmente diferentes e a incidência de um não exclui o outro. Se não fosse assim, a extensão da multa devia equivaler ao prejuízo ocasionado, o que tornaria desnecessária a institucionalização da responsabilidade administrativa ora em comento, já que o ajuizamento de uma ação judicial de responsabilidade civil já seria suficiente. Além do mais, pode-se dizer que a aplicação da multa não poderia afastar o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CR88⁷).

⁵ Nesse sentido, a aplicação da sanção deve ser precedida de manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou por órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do respectivo ente público (artigo §6, 2º).

⁶ Desta generalização, exclui as indenizações por danos morais que, segundo a melhor doutrina, possuem ambas as finalidades pedagógicas e compensatórias. Nesse sentido, é o que bem explica Caio Mario da Silva Pereira (PEREIRA, 1992, p. 315 *et seq.*).

⁷ CR88 – Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A única razão para a existência dessa disposição é porque o legislador pretendeu resguardar a integralidade da multa aplicada, vedando a possibilidade de ajuste de uma *cláusula penal compensatória*, ou melhor, multa compensatória convencional. Por isso, a LAE quis vedar qualquer possibilidade de convenção de uma cláusula contratual entre a Administração Pública e o particular que disponha que qualquer aplicação de multa em processos administrativos tenha efeito compensatório nos casos das sanções aplicadas pela Lei em análise. Ou seja, em hipótese alguma, a multa aplicada pela LAE não pode ser utilizada para compensar eventuais prejuízos ocasionados. Sua aplicação sempre será pedagógica.

E isso é reforçado pelo artigo 13, da LAE, que afirma que “a instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei”. O parágrafo único desse dispositivo completa que “concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública”.

Para serem aplicadas as penas previstas na LAE, o art. 7º estabelece, de forma bem abstrata, os critérios para a extensão das penas a serem aplicadas, *in verbis*:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

[...]

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

Vários dos critérios de aplicação da pena parecem ter sido inspirados na Lei nº 12.529/2011, novo marco legal de defesa da ordem econômica. O artigo 45 dessa Lei que busca reprimir infrações contra a ordem econômica dispõe que a aplicação das penas estabelecidas nessa Lei levar-se-á em consideração: a gravidade da infração (inciso I); a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator (inciso III); a consumação ou não da infração (inciso IV); o grau de lesão ou perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a

terceiros (inciso V); os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado (inciso VI); a situação econômica do infrator (inciso VII).

Além desses, a LAE define como critérios na aplicação das sanções a cooperação jurídica para apuração das infrações (artigo 7, inciso VII), a existência de sistema de *compliance* (artigo 7º, inciso VIII) e o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidades lesadas (artigo 7º, inciso IX).

Em uma análise mais detida, é possível dividir e classificar os critérios do artigo 7º da LAE, da seguinte forma:

- *Grau de culpa do agente infrator*: critérios dos incisos I e II, do artigo 7º, da LAE;
- *Grau do dano causado pelo agente infrator*: critérios dos incisos III, IV, V e IX, do artigo 7º, da LAE;
- *Grau de cooperação da pessoa jurídica responsável*: critério do inciso VII, do artigo 7º, da LAE;
- *Grau de prevenção promovida pela pessoa jurídica responsável*: critério do inciso VIII do artigo 7º, da LAE;
- *Grau de inocuidade da pena a ser aplicada*: critério do inciso VI, do artigo 7º, da LAE.

Diante da inexistência de regulamentação, que discipline a maneira como devem ser aplicados os fatores relacionados acima, gera a necessidade de o aplicador da pena atentar-se para a finalidade da pena a ser aplicada, com relação às particularidades do caso concreto. Essa discussão possui relevância quando se discute a aplicação de penas administrativas, de caráter repressivo, pois possuem semelhanças, em vários aspectos, com o regime das penas típico do Direito Penal. Marçal Justen Filho, bem explica essa relação entre Direito Penal e Direito Administrativo repressivo:

Embora não seja possível confundir Direito Penal e Direito Administrativo (Repressivo), é inquestionável a proximidade dos fenômenos e institutos. Como ensina George Dellis, reconhece-se que “a ideia clássica de autonomia pura e simples da ação administrativa e da ação penal está muito bem ultrapassada: a concepção da unidade do domínio repressivo ganha progressivamente terreno”. Por isso, os princípios fundamentais de Direito Penal vêm sendo aplicados no âmbito do Direito Administrativo Repressivo, com a perspectiva de eventuais atenuações necessárias em face das particularidades do ilícito no domínio da atividade administrativa. Mas a regra é a de que os princípios fundamentais do Direito Penal devem ser respeitados,

especialmente pela impossibilidade de distinção precisa e absoluta entre sanções administrativas e penais. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1.138 *et seq.*).

Diante disso, é necessário que vários princípios típicos do Direito Penal e Processual Penal sejam aplicados na pretensão sancionadora da Administração Pública, tais como o da impossibilidade de utilização de provas obtidas por meio ilícitos, da necessidade de observação do princípio da culpabilidade do agente infrator, da proporcionalidade da pena a ser aplicada, da necessidade de tipificação da conduta delitativa, apta a ensejar a punição administrativa, etc.

3.5. A competência para a instauração e julgamento do processo de responsabilização administrativa

Segundo a LAE a instauração e julgamento do processo administrativo para apuração da responsabilidade da pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de *cada órgão ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário* (artigo 8º, *caput*, da LAE). A autoridade competente para a instauração e julgamento do processo administrativo de responsabilização, portanto, não é somente os chefes do Poder Executivo dos entes federativos (prefeitos, governadores e Presidente da República). As autoridades administrativas dos Poderes Legislativo e Judiciário, de várias esferas de governo, poderão instaurar e julgar processos administrativos de responsabilização.

Além disso, ao mencionar que a competência para a instauração e julgamento do referido processo é da autoridade máxima “de cada órgão ou entidade”, a LAE *augmentou consideravelmente o espectro de autoridades competentes*. Nesse sentido, a Lei que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei nº 9.784/1999) bem define a diferença entre “órgão” e “entidade”. *Órgão* é “a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta” (artigo 1º, §2º, I, da Lei nº 9.784/1999). *Entidade* é “a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica” (artigo 1º, §2º, II, da Lei nº 9.784/1999).

Como se sabe, o Estado pode prestar suas competências por si mesmo ou poderá delegá-las para terceiros já constituídos, ou criar novas pessoas jurídicas, regidas pelo regime de Direito Privado ou Público, para prestar essas atividades. Neste último caso, quando o Estado decide delegar a um particular a prestação de uma atividade que lhe compete, ou mesmo cria uma nova pessoa jurídica para prestar essa missão, estamos diante do que usualmente é chamado de descentralização administrativa. A descentralização administrativa, usualmente é motivado pelo Princípio da Especialização, cujo escopo principal é a eficiência e excelência na prestação

de determinadas atividades. Por isso, são criadas empresas estatais incumbidas de prestar serviços públicos (CEMIG, COPASA, Embratel, etc.), autarquias especiais incumbidas em prestar o policiamento da prestação de serviços públicos (ANATEL, ANAC, etc), pessoas jurídicas de direito público incumbidas do ensino universitário e pesquisa (UFMG, USP, UNB, etc.), dentre outros tipos de pessoas jurídicas.

Assim, pela inteligência do artigo 8º, *caput*, da LAE, é possível que as autoridades máximas dessas pessoas jurídicas estatais descentralizadas (Administração Pública indireta) poderão instaurar e julgar processos de responsabilização administrativa para a aplicação das penalidades ali previstas.

O problema que surge é quando se trata de autoridades máximas de órgãos administrativos.

A criação de órgãos dentro de uma estrutura administrativa-federativa faz parte do fenômeno da *desconcentração administrativa*. Diferentemente da descentralização administrativa, na *desconcentração* administrativa o Estado presta as atividades que lhe compete por si mesmo, dentro da própria estrutura administrativa centralizada, porém, através da criação de órgãos específicos criados para viabilizar a prestação da atividade dentro da própria pessoa jurídica que representa o ente político. Por exemplo, o Município de Belo Horizonte presta sua função administrativa primordialmente através da Prefeitura de Belo Horizonte e seus órgãos, tais como o Gabinete do Prefeito, as Secretarias Municipais, Controladoria-Geral do Município, Procuradoria-Geral do Município, etc. O Poder Legislativo do Município de Belo Horizonte (Câmara Municipal de Belo Horizonte), apesar de realizar prioritariamente funções legislativas, também realiza funções administrativas, através de seus órgãos criados, tais como Diretoria Geral, Diretoria de Recursos Humanos, Superintendência de Comunicação Institucional, Procuradoria, dentre outros. A criação de órgãos é, portanto, um fenômeno comum típico da Administração Pública, conhecida como desconcentração administrativa, e ela pode ocorrer no âmbito da Administração Pública direta (centralizada) ou mesmo da indireta (descentralizada).

Os órgãos são, portanto, *unidades abstratas* que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado (MELLO, 2006, p. 140)⁸. Por ser unidades abstratas elas não têm vontade própria se separada da entidade centralizada ou descentralizada a que pertence, pois são simples repartições de competências dentro de uma mesma pessoa jurídica.

⁸ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª Ed. Op. Cit. p. 140.

Neste caso, através de uma simples análise do artigo 8º, *caput*, da LAE, poder-se-ia sustentar que qualquer órgão de uma entidade política ou descentralizada poderá instaurar e julgar um processo administrativo de forma autônoma da vontade das autoridades hierarquicamente superiores da mesma estrutura administrativa. É indubitável que isso criará problemas operacionais e até mesmo de eficiência no andamento do processo, pois a inexistência de uma unicidade de processamento poderá ensejar que o procedimento cognitivo não seja realizado por órgãos mais bem preparados para tal dever. Isso decorre, inevitavelmente, na necessidade de regulamentação específica, pelo ente federativo ou entidade descentralizada, sobre as competências internas para a instauração e julgamento do processo administrativo de responsabilização trazida pela LAE. Independente disso, é inegável a intenção legislativa em conferir a um espectro maior de gestores públicos a competência em instaurar o procedimento administrativo para aplicação das penalidades previstas na LAE.

Essa competência para a instauração e julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, porém é vedada a subdelegação, conforme determina o §1º, do artigo 8º, da LAE. Por outro lado, nada impede que a lei que estabeleça as competências do ente público possibilite a avocação, pela autoridade de um órgão hierarquicamente superior, da competência para instaurar e julgar o processo administrativo de responsabilização da pessoa jurídica pelos atos lesivos previstos na LAE.

Além disso, ela pode ser exercida de ofício ou através de provocação (artigo 8º, *caput*, da LAE). Essa provocação pode ser interna ou externa. Quando a provocação é *interna*, o interessado pela instauração do processo advém da própria Administração Pública que integra o órgão ou entidade que instaurará e julgará o processo. Quando a provocação é externa, o provocante é um terceiro interessado na instauração do processo administrativo de responsabilização, que exerce o seu direito fundamental de petição aos órgãos públicos (art. 5, XXXIV, “a”, da CR88).

Quando os atos lesivos previstos na LAE são cometidos contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e contra a Administração Pública estrangeira a competência para a instauração do processo para a apuração e julgamento dos ilícitos previstos será da Controladoria-Geral da União (CGU), conforme determina o artigo 9º, da LAE.

Este mesmo artigo afirma que a CGU, ao realizar sua competência de apurar, processar e julgar os atos lesivos cometidos contra a Administração Pública estrangeira, será necessário observar o disposto no artigo 4º, da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários

Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.⁹

4. O risco jurídico: o notório empoderamento e expansão da discricionariedade punitiva dos gestores públicos como critérios incentivadores da corrupção

A LAE surgiu, indubitavelmente, como reação à enorme insatisfação popular, em face dos inúmeros escândalos de corrupção recorrentes na vida política brasileira. Mas, o evidente enrijecimento da punibilidade da pessoa jurídica em face de ilícitos cometidos por seus agentes – mesmo que não representem a vontade de todos os demais integrantes da sociedade empresarial – faz surtir a seguinte indagação: será que essa proposta legislativa em vigor surtirá os efeitos esperados?

A análise realizada acima acerca de certas particularidades normativas da LAE, em vista da compreensão das experiências da agenda política e jurídica da luta contra a corrupção, gera a conclusão de que essa estratégia legislativa é inconveniente. Isso, porque o enrijecimento em face da empresa e o notável empoderamento de todas as autoridades de órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, de todos os Poderes, e de todos os entes federativos, ao contrário de diminuir a incidência de atos lesivos provocados pelas pessoas jurídicas privadas que se relacionam com a Administração, irá ensejar o aumento da prática de crimes contra a Administração Pública, como a concussão (art. 316¹⁰, do Código Penal), corrupção passiva (art. 317¹¹, do Código Penal) e atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992) tipicamente praticados por esses agentes públicos.

A abstração normativa da LAE na definição de quais atos concretos correspondem a várias condutas lesivas ali descritas, bem como a inexistência de critérios precisos para a

⁹ Esse artigo assim dispõe: Artigo 4 – Jurisdição - 1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, quando o delito é cometido integral ou parcialmente em seu território. 2. A Parte que tiver jurisdição para processar seus nacionais por delitos cometidos no exterior deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição para fazê-lo em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, segundo os mesmos princípios. 3. Quando mais de uma Parte tem jurisdição sobre um alegado delito descrito na presente Convenção, as Partes envolvidas deverão, por solicitação de uma delas, deliberar sobre a determinação da jurisdição mais apropriada para a instauração de processo. 4. Cada Parte deverá verificar se a atual fundamentação de sua jurisdição é efetiva em relação ao combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, caso contrário, deverá tomar medidas corretivas a respeito.

¹⁰ Código Penal: Concussão – Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

¹¹ Código Penal: Corrupção passiva – Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

incidência das rígidas sanções administrativas previstas – livremente aplicáveis por quaisquer comissões processante de quaisquer órgãos ou entidades, de todos os entes da federação, e de todos os Poderes – cria, inevitavelmente, um ambiente de *ampla discricionariedade punitiva dos gestores públicos*, à revelia da segurança jurídica aos destinatários dessas normas.

Não existe nenhum critério legal de aplicabilidade das normas sancionatórias da LAE e – o que é mais preocupante – inexistem mecanismos de controle e recursos que contrabalançam a ampla discricionariedade punitiva e elevado empoderamento conferidos a diversos agentes públicos de todos os entes da federação.

O aumento da discricionariedade punitiva, dissociada de um eficiente mecanismo de controle estatal, cria um terreno fértil para gestores e políticos oportunistas, que possuem como “artilharia” o poder de aplicar (mesmo após respeitada a ampla defesa e o contraditório) multa que poderá chegar a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da sociedade envolvida, ou, quando não possível aferir o faturamento, até a quantia de R\$60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). A mera possibilidade de aplicação dessas multas, por condutas tão abstratas, não definidas minuciosamente pela Lei, poderá *instigar* o privado parceiro a aceitar qualquer proposta de “extorsão” (concussão), mesmo acreditando fielmente que agiu conforme a Lei e sabendo que existe, ainda, a possibilidade de acionar o Poder Judiciário contra a ameaça a lesão a direito.

Se o modelo do rigorismo procedimental – tipicamente burocrático – gerou ineficiências gerenciais (em razão do acúmulo de competências) e conseqüentemente o aumento da corrupção (modo de liberar-se de barreiras burocráticas), o aumento da discricionariedade somente seria adequado caso a efetividade das políticas e dos atos administrativos discricionariamente praticados puder ser aferida por metas e por controle por resultados – conforme os preceitos gerencialistas de gestão pública.

Assim, o aumento da discricionariedade dos agentes públicos na punição de pessoas jurídicas que se relacionam com o Poder Público é medida temerária, tendo em vista a impropriedade de se estabelecer a aferição da efetividade por metas e controle por resultados nessa competência punitiva do Estado. Se ocorresse o contrário, inevitavelmente se criaria uma situação de enorme injustiça: não seria possível estabelecer, de forma equânime, que cada gestor público devesse punir um determinado número de pessoas jurídicas, ou arrecadar uma determinada quantia de multas administrativas em determinado período de tempo. Isso implicaria na parcialidade do processante, em evidente desrespeito a princípios penais aplicáveis a todo procedimento punitivo.

A preocupação sobre mecanismos adequados de como combater a corrupção inspirou mundialmente a literatura jurídica, econômica e sociológica. Antes de se buscar uma explicação à inversão dos valores sociais que levam às práticas corruptivas, diversas teorias tentaram apresentar soluções diferenciadas. Fernando Filgueiras (2012, p. 300 *et seq.*) aponta que, em meados do século XX, as “teorias da modernização” relacionou as práticas de corrupção ao subdesenvolvimento estatal. Por isso, para a *teoria da modernização*, “a corrupção está correlacionada aos processos de mudança social, representando momentos de desfuncionalidade das instituições políticas, conforme o peso da tradição nos processos de mudanças” (FILGUEIRAS, 2012, p. 301). Correlacionando as práticas corruptivas ao subdesenvolvimento, tais teorias apontam que a “modernidade capitalista” é o mecanismo principal de mitigação do mau funcionamento político e, portanto, da corrupção.

Segundo Filgueiras (2012, p. 302), uma vez superada a dicotomia “países desenvolvidos” e “países subdesenvolvidos”, pós queda do muro de Berlim, premissas da “teoria da escolha racional”, pertencentes à corrente neoinstitucionalista, proveram soluções teóricas para reforma do Estado, reconhecidas por instituições internacionais – como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional. Conforme contribuições teóricas de Susan Rose-Ackerman (*apud* FILGUEIRAS, 2012, p. 303), “a corrupção ocorre na interface dos setores público e privado, de acordo com sistema de incentivo que permitem aos agentes políticos maximizarem utilidade mediante suborno e propina”. Nesse sentido:

As reformas partem da necessidade de diminuir o papel das burocracias, porquanto minimizem os monopólios existentes, restringindo a cobrança de subornos e a presença da propina. Do ponto de vista das reformas institucionais para o combate à corrupção, a mudança deve ser realizada entre os sistemas de incentivo e a eficiência burocrática. Por outras palavras, não cabe às reformas institucionais reforçar o poder da burocracia, uma vez que estas reformas resultariam em maior discricionariedade e em maior incentivo para o pagamento de propina e de suborno, ou seja, em ampliação das práticas de corrupção. No aspecto formal, que representa um consenso entre analistas ligados a teorias neoinstitucionalistas, a prática da corrupção não é coibida mediante reforço do poder burocrático, mas pelo fomento do mercado. (FILGUEIRAS, 2012, p. 304).

Diante disso, a LAE, enquanto estrategicamente busca a redução de práticas de atos lesivos contra a Administração Pública, cria um preocupante paradoxo: com o objetivo de reduzir a corrupção, a LAE fomentará a sua prática, justamente em razão do evidente empoderamento dos gestores públicos de todos os níveis de governo, todos munidos com o mesmo poder de utilização dessa capacidade punitiva. Portanto, a descentralização e ampla discricionariedade punitiva – já que todos os órgãos e entidades, de todos os Poderes e de todos os entes federativos poderão instaurar comissão processante para aplicação das sanções

administrativas demonstradas acima – vai de encontro às recomendações de teorias institucionalistas mundialmente aceitas para o controle das práticas corruptivas.

Assim, (i) por não ser possível a adequação da aplicação da LAE aos métodos gerencialistas de controle por resultados – através do controle e monitoramento de metas e verificação de efetividade das políticas adotadas – e (ii) por ensejar em evidente aumento da discricionariedade punitiva do Estado, de forma idêntica a agentes públicos de todos os níveis federativos e de todas as entidades, inevitavelmente haverá o fundado receio de elevação da corrupção concretizada por iniciativa do Poder Público.

Para mitigar esse risco, entendemos que as sanções previstas na LAE deveriam ser aplicadas por um órgão central, no qual se poderá focar todo o esforço de controle público-estatal.

Como se viu, várias condutas lesivas da LAE possuem grande semelhança com as previstas na Lei nº 12.529/2011, diploma normativo que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Nesse caso, quando da ocorrência de várias infrações contidas no art. 36, §3º, da Lei nº 12.529/2011, o processamento para aplicação das penalidades administrativas ocorrerá por conta do *Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)*. Diferentemente do que ocorre com a aplicação das penalidades previstas na LAE, todos os órgãos e entidades, de todos os Poderes, de todos os entes federativos, poderão instituir comissões processantes, cada qual com um entendimento jurídico aplicável à conduta lesiva, o que inevitavelmente criará um contexto jurídico de grande insegurança para aqueles que se envolvem com a Administração Pública.

Diante da grande insegurança jurídica criada pela LAE – em virtude da expansão da discricionariedade na aplicação de suas penalidades por diversos agentes públicos – seria adequado que, para se evitar o potencial aumento da corrupção, todas as penalidades previstas deveriam ser processadas e aplicadas por um órgão central, como o Ministério Público ou Tribunal de Contas, independente qual seja o nível do Poder Público lesado.

Desse modo, a especialização proporcionada a esse órgão, a previsibilidade das decisões a serem tomadas, bem como a facilitação do controle público e estatal em face da restrição do número de agentes possuidores desse elevado empoderamento e da ampla discricionariedade na aplicação das penalidades, seriam fatores que convergiriam a estratégia adotada pela LAE com as experiências pretéritas da agenda de combate à corrupção, e em sintonia com as recomendações trazidas pelos atuais marcos teóricos do estudo dos fatores e causas das práticas corruptivas.

5. Conclusão

Antes de proceder ao esforço teórico em delinear os critérios legais de regulamentação da LAE pelos demais entes federativos, o presente trabalho conclui que a *prioridade* da doutrina jurídica deveria ser realizar o alarde sobre a seguinte situação: é inócua a delimitação das situações jurídicas específicas para aplicação das penalidades para a efetividade da LAE, pois a expansão da discricionariedade punitiva, somada ao notório empoderamento dos gestores públicos, dos mais diversos níveis, criarão não somente a conhecida insegurança jurídica – já alertada pela doutrina jurídica – mas a própria não efetividade dos objetivos propostos, qual seja, a redução da corrupção.

Para se proceder à boa aplicação da LAE, de forma condizente com os objetivos propostos, é essencial, ao nosso ver, a realização da reforma desse diploma legal, para definir que o processamento das sanções administrativas, ali previstas, seja realizado por um órgão administrativo central, desvinculado de qualquer nuance política. Seria o caso, por exemplo, de se atribuir a referida competência ao Ministério Público, Tribunal de Contas, ou mesmo que seja criada uma autarquia para esse fim, com autonomia administrativa e orçamentária – como o CADE. Caso se entenda inconveniente a fixação dessa competência a um órgão central, outra medida adequada seria a inserção das referidas sanções administrativas dentro do rol previsto no art. 19, da LAE, para a responsabilização judicial.

Seja criando um órgão administrativo central de controle para processamento e aplicação das penalidades administrativas previstas, seja incumbindo ao Poder Judiciário o poder de aplicar as referidas sanções – não mais ‘administrativas’, e sim ‘judiciais’ – isso implicaria na redução da discricionariedade punitiva e do empoderamento dos gestores públicos de órgãos e entidades públicas, de todos os níveis. Isso será medida que, em tese, mitigaria o referido “sistema de incentivos” para a utilização da LAE para a práticas de suborno e propina, em sintonia com recomendações teóricas voltadas ao estudo da corrupção.

O que a doutrina política e administrativista não pode permitir é a criação de um sistema legal, de ampla discricionariedade punitiva e empoderamento de inúmeros gestores públicos, de todos os entes federativos, de todos os Poderes, que enseje no potencial risco de aumento de práticas corruptivas, em dissintonia aos objetivos propostos pela LAE.

Com a possibilidade de controle público e estatal na aplicação das penalidades e diante da redução da insegurança jurídica provocada pela ampla discricionariedade punitiva, a centralização na aplicação das severas penalidades previstas na LAE é medida que se impõe

anteriormente à discussão jurídica sobre a regulamentação de sua aplicação por todos os entes federativos.

Referências Bibliográficas

ABRUCIO, Fernando Luiz. *O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: Um breve estudo sobre a experiência internacional recente*. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, Cadernos ENAP nº 10, 1997.

AVRITZER, Leonardo. Governabilidade, Contexto Político e Corrupção no Brasil. *In: Corrupção e sistema político no Brasil*. Org: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. Corrupção e controles democráticos no Brasil. Brasília, DF: CEPAL. *Escritório no Brasil/IPEA*, 2011. ISSN: 2179-5495 (Textos para Discussão CEPAL-IPEA, 32).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FILGUEIRAS, Fernando; ARANHA, Ana Luiza Melo. Controle da Corrupção e Burocracia da Linha de Frente: Regras, Discricionariedade e Reformas no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 54, nº 2, 2011.

FILGUEIRAS, Fernando. Marcos Teóricos da Corrupção. *In: Corrupção: ensaio e críticas*. 2ª Edição. Org.: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING; Heloísa Maria Murgel. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 11ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 371.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro: FGV Ed., 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, pág. 315/316

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. *Revista do Serviço Público*, jan./abr., ano 47, v. 120, nº 1, Brasília: ENAP, 1996, p. 5.

WEBER, Max. (2002), “Burocracia”, in C. Wright-Mills e H. Gerth (eds.), *Ensaio de Sociologia*. Rio de Janeiro, LTC, pp. 138-170.