

ISSN 2319-0256

JURIS PLENUM

DIREITO ADMINISTRATIVO

Classificação Qualis Capes B1

JURIS PLENUM

DIREITO ADMINISTRATIVO

Ano VI - número 23 - Setembro de 2019

Editor

Flávio Augustin

Editor Científico da Revista

Leonardo da Rocha de Souza - Pós-Doutor em Direito

Conselho Editorial

Ives Gandra da Silva Martins - Doutor em Direito pela Universidade Mackenzie

Lucíola Maria de Aquino Cabral - Doutora em Direito Constitucional pela UNIFOR

Luiz Henrique Antunes Alochio - Doutor em Direito pela UERJ

Maria do Carmo Padilha Quissini - Mestre em Direito do Estado pela UFPR

Maria Sylvia Zanella Di Pietro - Doutora em Direito pela USP

Odete Medauar - Livre-Docente em Direito Administrativo pela USP

Rubén Miranda Gonçalves - Doutor em Direito Administrativo na Universidade de Santiago de Compostela/Espanha

Toshio Mukai - Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela USP

Editora Plenum Ltda.

Av. Itália, 460 - 1º andar

CEP 95010-040 - Caxias do Sul/RS

Fone: (54) 3733-7447

plenum@plenum.com.br

www.plenum.com.br

© JURIS PLENUM DIREITO ADMINISTRATIVO

EDITORA PLENUM LTDA
Caxias do Sul - RS - Brasil

Publicação trimestral de doutrina e prática forense. Todos os direitos reservados à Editora Plenum Ltda. É vedada a reprodução parcial ou total sem citação da fonte.

Os conceitos emitidos nos trabalhos assinados são de responsabilidade dos autores.

E-mail para remessa de artigos: plenum@plenum.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

J95 Juris Plenum Direito Administrativo / Editora Plenum . Ano VI,
n. 23 (jul./set. 2019). - Caxias do Sul, RS: Editora
Plenum, 2019.
192p. ; 23cm.

Trimestral

Descrição baseada em: Vol. 1, n. 1 (jan./mar. 2014).
ISSN: 2319-0256

1. Direito administrativo. 2. Direito municipal.
3. Direito administrativo municipal. I. Editora Plenum.

CDU 2ed. 342.9

Índice para o catálogo sistemático:

| | |
|-------------------------------------|---------|
| 1. Direito administrativo | 342.9 |
| 2. Direito municipal | 352 |
| 3. Direito administrativo municipal | 351.712 |

Catalogação na fonte elaborada pelo Bibliotecário
Marcos Leandro Freitas Hübner - CRB 10/1253

Editoreção eletrônica: Editora Plenum Ltda.

Tiragem: 3.000 exemplares

Distribuída em todo território nacional

Serviço de atendimento ao cliente: (54) 3733-7447

SUMÁRIO

| | |
|-------------------|---|
| APRESENTAÇÃO..... | 7 |
|-------------------|---|

DESTAQUE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CORRUPÇÃO

Doutrina

| | |
|---|-----|
| Raízes patrimonialistas da corrupção pública no Brasil e a necessidade de adoção de códigos de ética pública como uma fórmula contra a corrupção CAROLINE FOCKINK RITT, EDUARDO RITT | 9 |
| Responsabilidade civil e <i>compliance</i> : novos modelos de gestão na construção civil após a Operação Lava-Jato LUCAS DE SOUZA LEHFELD, DANILO HENRIQUE NUNES, SELMA CRISTINA TOMÉ..... | 31 |
| O combate à corrupção no Brasil: um traço sob as perspectivas histórica e moral LUCIANO ELIAS REIS, MARIANA CAMILLO SILVESTRE | 63 |
| Desvios éticos e morais à luz da “teoria da graxa sobre rodas”: incompatibilidade com o sistema jurídico constitucional brasileiro MARCIVS TADEU MACIEL NAHUR, LUÍSA CLAUDIA FARIA DOS SANTOS | 79 |
| A proibição de contratar com o Poder Público na Lei de Improbidade Administrativa: o legítimo poder geral de cautela PAULO AFONSO CAVICHIOLI CARMONA, FÁBIO BRAGANÇA ZAGO..... | 99 |
| A exigência de programas de <i>compliance</i> e integridade nas contratações públicas: o pioneirismo do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, JÉSSICA ACOCELLA..... | 111 |

SEÇÃO GERAL

Doutrina

| | |
|--|-----|
| Administração pública brasileira no século XXI: abordagem sobre a estrutura organizacional e de pessoal ALEX CAVALCANTE ALVES | 131 |
| A Teoria da Regulação aplicada na administração pública e seus impactos sobre o desenvolvimento brasileiro GUSTAVO ASSED FERREIRA, MARCELA LEMOS SILVA..... | 149 |

| | |
|---|------------|
| Arbitrabilidade subjetiva da administração pública: competências e peculiaridades JOÃO PEDRO ACCIOLY | 173 |
| Atualização legislativa | |
| Consórcios públicos e contratação de pessoal LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA..... | 187 |
| NORMAS PARA ENVIO DE ARTIGOS DOUTRINÁRIOS..... | 191 |

APRESENTAÇÃO

Na década de 1990, repercutiu mundialmente uma força-tarefa na Itália, que ficou conhecida como “Operação Mãos Limpas”. Essa operação permitiu a prisão de centenas de grandes empresários e políticos envolvidos com corrupção, desestruturando um viciado sistema político italiano do pós-guerra, o que foi possível por meio de uma atuação progressista do Poder Judiciário. Fatos como esse vêm demonstrando a luta jurídica e judiciária contra a corrupção, num fenômeno que ficou conhecido como a judicialização da política: “O combate à corrupção que, em regra surge devido a uma certa conjuntura política, leva a que muitos dos conflitos políticos acabem por serem resolvidos em tribunal”. Como resultado, ampliou-se a legitimidade social dos tribunais. Apesar disso, aumentou a controvérsia política envolvendo os tribunais, diante da ideia de que não podem julgar poderosos (deve-se manter a impunidade!), somente pode julgar os de baixo (de forma repressiva).¹ No Brasil, esse fenômeno tem sido visto e revisto por meio de processos como o Mensalão e de operações como a Lava-Jato. Essa situação denota a importância de se estudar os efeitos da corrupção (e da luta contra ela) no funcionamento da Administração Pública.

Esse tema, que costuma estar envolto por discussões ideológicas, é objeto de estudo da Seção Destaque deste número. O artigo de Caroline Fockink Ritt e Eduardo Ritt estuda as raízes da corrupção pública no Brasil, buscando uma fórmula que permita evitar práticas corruptivas na administração pública. Lucas de Souza Leffeld, Danilo Henrique Nunes e Selma Cristina Tomé abordam novos modelos de gestão na construção civil após a operação lava-jato, destacando a responsabilidade civil dos engenheiros civis envolvidos na operação e as ferramentas existentes na política do *compliance*. O artigo seguinte foi escrito por Luciano Elias Reis e Mariana Camillo Silvestre, e trata da corrupção no Brasil na perspectiva histórica, analisando as causas, os aspectos e as normas editadas no país com o intuito de combater a corrupção. Marcius Tadeu Maciel Nahur e Luísa Claudia Faria dos Santos discutem a chamada “Teoria da Graxa sobre Rodas”, defendendo que ela é incompatível com os preceitos éticos e morais tutelados pelo sistema jurídico-constitucional brasileiro. Uma das consequências da constatação da improbidade administrativa, a proibição de contratar com o poder público, é abordada no artigo escrito por Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Fábio Bragança Zago. E a seção termina com o artigo de Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Jéssica Acocella, que estuda os casos do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal como pioneiros na exigência de programas de *compliance* e integridade nas contratações públicas.

A Seção Geral inicia com o artigo de Alex Cavalcante Alves, que apresenta os avanços alcançados na estrutura organizacional e de pessoal do serviço público federal

¹ SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

brasileiro, desde a Constituição Federal de 1988 até os dias atuais. O artigo seguinte foi escrito por Gustavo Assed Ferreira e Marcela Lemos Silva e trata da regulação e seus impactos sobre as atividades da Administração Pública e do processo de desenvolvimento econômico social brasileiro. A Seção termina com o artigo de João Pedro Accioly, que estuda a regulamentação da arbitrabilidade subjetiva de entidades administrativas, a competência para a celebração de convenções arbitrais e as peculiaridades do regime jurídico arbitral aplicável às empresas estatais.

A característica mutante do Direito Administrativo nos fez pensar em criar uma subseção de atualização legislativa, que buscará analisar recentes normas de Administração Pública. Inaugurando essa subseção, trazemos uma reflexão sobre a contratação de pessoal nos consórcios públicos, matéria que foi objeto da Lei nº 13.822, de 3 de maio de 2019.

Diversos materiais práticos estão contidos no DVD em anexo, servindo de apoio aos colegas que trabalham com Direito Administrativo. O conteúdo do DVD também está disponível no acesso on-line.

Desejo uma boa leitura a todos!

LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA
Editor Científico da *Juris Plenum Direito Administrativo*
Professor da Universidade Regional de Blumenau
Pós-Doutor em Direito
Advogado

RAÍZES PATRIMONIALISTAS DA CORRUPÇÃO PÚBLICA NO BRASIL E A NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE CÓDIGOS DE ÉTICA PÚBLICA COMO UMA FÓRMULA CONTRA A CORRUPÇÃO*

PATRIMONIAL ROOTS OF PUBLIC CORRUPTION IN BRAZIL AND THE NEED FOR ADOPTION OF PUBLIC ETHIC CODES AS A FORMULA AGAINST CORRUPTION

CAROLINE FOCKINK RITT

Pós-Doutoranda em Direitos Fundamentais na PUC/RS. Mestre em Direito. Professora de Direito Penal no Curso de Direito e nas Especializações (presencial e EAD) em Direito Penal e Processual Penal da Universidade de Santa Cruz do Sul/RS - UNISC.
Endereço eletrônico: carolinefritt@gmail.com.

EDUARDO RITT

Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS - UNISC. Professor das disciplinas de Direito Penal e Processo Penal do Curso de Direito e nas Especializações (presencial e EAD) em Direito Penal e Processual Penal da Universidade de Santa Cruz do Sul/RS - UNISC. Promotor de Justiça/RS. Endereço eletrônico: eduardoritt@mprs.mp.br.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Corrupção e a dificuldade da sua conceituação - 2. Raízes patrimonialistas da corrupção pública no Brasil - 3. A adoção de códigos de ética pública como uma fórmula para evitar práticas corruptivas na administração pública - Conclusão - Referências.

RESUMO: O presente artigo procura buscar a resposta para a seguinte indagação, que constitui o seu problema central: qual fórmula evitaria práticas corruptivas na administração pública, levando-se em conta o modelo de gestão patrimonialista adotado

* Data de recebimento do artigo: 12.02.2019.
Datas de pareceres de aprovação: 17.03.2019 e 22.03.2019.
Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 31.03.2019.

historicamente na administração pública brasileira? Para responder a referida indagação, esta pesquisa é dividida em três tópicos, com os seguintes objetivos. No primeiro item, pretende-se demonstrar a dificuldade de se conceituar a corrupção, por ser ela um fenômeno multifacetado, que possui características que variam dependendo do momento histórico em que ocorrem. No segundo, objetiva-se evidenciar que a corrupção na administração pública pode ser considerada como consequência do modelo patrimonialista de Estado, adotado na construção da administração pública brasileira. Finalmente, o terceiro propósito é apontar a necessidade de se adotar códigos racionais de gestão pública, que determinem atribuições e criem um quadro impessoal de funcionários, como uma das fórmulas para se evitar práticas corruptivas e também puni-las efetivamente, caso ocorram. O método de abordagem adotado no desenvolvimento deste estudo é o dedutivo. O método de procedimento é o histórico-crítico e, em termos de técnica da pesquisa, utilizou-se documentação indireta, com consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias.

PALAVRAS-CHAVE: administração pública; códigos de ética; corrupção; patrimonialismo.

ABSTRACT: This scientific article objective is to search for a response to the following question, which is its central problem: which formula would avoid corruptive practices in public administration, considering the patrimonial management model historically adopted in Brazilian public administration? To answer such question, this research is divided into three topics, whose objectives now follow. The first item wants to demonstrate the difficulty of conceptualizing corruption, since it is a multifaceted phenomenon with characteristics that vary depending on the historical moment they occur. The second is aimed at highlighting that corruption in public administration can be considered as a consequence of State patrimonialistic model, adopted in the construction of Brazilian public administration. Finally, in the third, the purpose is to point out the need of adopting rational codes of public management, which determine attributions and create an impersonal board of employees, as one of the formulae to avoid corruptive practices and also punishing them effectively, if they occur. The approach method adopted in the development of this study is the deductive one. The procedure method is the historical-critical and in terms of research technique, indirect documentation was used, with bibliographical references from both primary and secondary sources.

KEYWORDS: public administration; codes of ethics; corruption; patrimonialism.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico procura buscar a resposta para a seguinte indagação, que constitui o seu problema central: qual fórmula evitaria práticas corruptivas na administração pública, levando-se em conta o modelo de gestão patrimonialista adotado historicamente na administração pública brasileira?

Para responder a referida indagação, esta pesquisa é dividida em três tópicos, com os seguintes objetivos. No primeiro, pretende-se demonstrar a dificuldade de se conceituar

a corrupção, por ser ela um fenômeno multifacetado, que possui características que variam dependendo do momento histórico em que ocorrem.

Pretende-se abordar algumas conceituações com relação à corrupção, mas deve-se destacar a complexidade da sua conceituação por não haver um conceito pronto e definitivo. Sua definição não é ponto pacífico dentre vários estudiosos do tema. No transcorrer da pesquisa, será realizada uma análise na tentativa de se fazer a construção de um conceito. Dessa forma, buscar-se-á pontuar algumas de suas principais características.

No segundo, tem-se a intenção de mostrar que a corrupção na administração pública pode ser considerada como consequência do modelo patrimonialista de Estado, adotado na construção da administração pública brasileira. Historicamente, na gestão pública e em seus quadros, a corrupção adveio como consequência de apadrinhamento político e nepotismo. Não há neste modelo de gestão um quadro impessoal.

Finalmente, alcançando a resposta para o problema desta pesquisa, o terceiro objetivo é apontar a necessidade de se adotar códigos racionais de gestão pública, que determinem atribuições e criem um quadro impessoal de funcionários, na administração pública brasileira. Considera-se essa como uma das fórmulas para se evitar práticas corruptivas e também puni-las efetivamente, caso ocorram. O método de abordagem adotado no desenvolvimento deste estudo é o dedutivo. O método de procedimento é o histórico-crítico e, em termos de técnica da pesquisa, utilizou-se documentação indireta, com consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias.

1. CORRUPÇÃO E A DIFICULDADE DA SUA CONCEITUAÇÃO

Abordar essa temática parte da complexidade de se conceituar a corrupção propriamente dita. Trazer um conceito pronto e acabado do que vem a ser a corrupção não é tarefa fácil. Existem inúmeras dificuldades em sua conceituação, que vão desde a questão de se ter um agente do Estado envolvido na prática, como um funcionário ou administrador público, por exemplo, no sentido de ela estar ligada a comportamentos desviantes com relação a tais agentes, ou, de se ter ou não, necessariamente, como foco, a vantagem econômica.

Observa-se que a corrupção é um fenômeno social presente em praticamente toda a história da humanidade. Desde os tempos remotos há notícia de uso indevido do poder para a obtenção de vantagens pessoais. Pérez (2014, p. 35), citando Sêneca, salienta o que este escreveu, há muitos séculos, que a corrupção é vício dos homens, não dos tempos.¹

Abordando a corrupção como sendo uma conduta desviante, no sentido de ser praticada infringindo determinações legais e para obter vantagem indevida no exercício da função pública, constata-se que pode ser considerada como um fenômeno milenar. Conforme Greco Filho (2015, p. 15), nem mesmo Cícero, o notável orador e senador romano,

¹ Pero, no nos engañemos, la corrupción no es un fenómeno de hoy. SÉNECA escribió hace muchos siglos que lá corrupción es un vicio de los hombres, no de los tempos.

escapou da pecha de ser corrupto, pois consta que, depois de um ano como governador de província, voltou para casa rico, apesar de sua origem de pobreza na vida juvenil.

Embora o fenômeno da corrupção seja tão antigo quanto o próprio homem, ou, ainda, buscando mais exatidão, embora ela exista desde o surgimento do poder, foi, no último quarto do século XX, devido à sua generalização e aos índices registrados, que aconteceu uma preocupação maior com sua ocorrência, tanto na esfera pública, como na esfera privada. Para Pérez (2014, p. 37-38), estudioso espanhol que fundamenta este estudo, a corrupção estaria intimamente ligada ao poder, tanto ao político como ao econômico, argumentando ele que existe uma relação muito próxima entre ambos: poder político e poder econômico.²

Destaca Gabardo (2011, p. 138-139) que a corrupção tem sido um tema recorrente no mundo, tanto que reuniões e convenções normativas foram proferidas nas últimas décadas, como tentativa de diminuir e, na melhor das hipóteses, excluir a corrupção que existe na atuação estatal. Uma verdadeira epidemia de atos corruptos foi efetuada, bem como publicizada por intermédio dos veículos de comunicação na sociedade mundial nos últimos decênios, principalmente após a década de 90, com o avanço dos meios digitais de comunicação.

Sila (2008, p. 575-576) quando se refere à questão da dificuldade de se definir a corrupção, observa que ela poderá ser abordada numa perspectiva filosófica, como também numa ótica econômica. Quando ela é abordada como questão político-cultural, questiona o citado autor, por que em determinados países aqueles comportamentos definidos como sendo de “grande corrupção” são punidos com penas duras e até com pena de morte. Ao mesmo tempo em que, em outros países, vê-se esses mesmos atos de corrupção tratados com penas brandas, quando chegam a ser aplicadas. Refere-se também que outros países tratam a corrupção como uma infração da norma penal em que ficam descartadas considerações de cunho filosófico, econômico, político e até culturais.

Gabardo (2011, p. 139) observa que, ainda que a palavra corrupção seja usada comumente por todas as pessoas em rodas de conversas e discursos, geralmente quando se fala em atuação de agentes políticos, ela não possui um significado estanque, demandando um conceito multidimensional. Não é possível se verificar tão somente a corrupção sob o viés econômico ou político. Ela pode ser visualizada e estudada sob várias perspectivas, como a social, da ciência política, da teoria econômica e organizacional, da mesma forma que sob a perspectiva da lei criminal, civil ou administrativa.

Quando se pergunta o que vem a ser corrupção, depara-se com a dificuldade de sua definição, de saber quais condutas são consideradas práticas corruptivas. Para defini-la,

² Aunque el fenómeno es tan viejo como el hombre mismo, o, más exactamente, desde la aparición del poder, al que, como se ha dicho entre nosotros, la corrupción acompaña como la sombra al cuerpo, lo cierto es que ha sido en el último cuarto del siglo XX cuando ante la generalización y cotas alcanzadas se produjo una preocupación sobre él, en ciertos sectores. Tanto la esfera pública como en la privada. Porque la corrupción está estrechamente vinculada al poder, a todo poder, al político y al económico, entre los que existe una íntima relación.

foram realizados estudos e análises embasados em conceituações buscadas em fontes de literatura brasileira e estrangeira.

Simão Neto (2014, p. 37) defende que o termo corrupção possui o significado de ser um ato de desvirtuamento ou de degradamento de uma regra que está socialmente ativa. O conceito de corrupção só existe por haver um conceito antônimo à situação que representa o termo honestidade. Um ser honesto é considerado um ser decente, que age ou se omite conforme o que a regra geral ensina. Embora a corrupção seja um assunto tão antigo quanto à reflexão sobre o exercício do poder público, a sua definição, conforme se ressalta, não deixa de ser problemática. Ela pode ser abordada sob perspectiva de várias formas de estudo científico, devido à multiplicidade de significados que podem ser atribuídos ao termo. Em organizações públicas, conforme Gómes, (2016, p. 163), a prática de corrupção consistiria na utilização de suas funções e meios em benefício de seus gestores, tanto econômico, como também de outra natureza.

Procurando elementos de significação na bibliografia estrangeira, evidencia-se a dificuldade em defini-la. Conforme o conceito que venha a ser adotado, sobre corrupção, será essa concepção que determinará como ela será estudada e também averiguados os índices que digam respeito a sua ocorrência. Embora não seja possível uma definição precisa, o que parece ser consenso é que a corrupção se refere a atos em que o poder do cargo público é usado para ganhos pessoais, na qual são violadas determinações que foram impostas legalmente³ (JAIN, 2001, p. 73). Ou, conforme Etzioni (1984, p. 04), além de ser considerada um comportamento negativo, quando acontece no sistema político, seria o uso de um cargo público para se obter uma vantagem privada. Ou seja, um abuso cometido por funcionários públicos, geralmente em estreita colaboração privada. A corrupção política frequentemente acontece por interesses privados, que, buscando favores públicos considerados ilícitos, encontram nos funcionários eleitos a disposição para cometer esses atos. As práticas de corrupção em um governo comumente envolvem pelo menos um parceiro público e um parceiro privado.⁴

A corrupção é abordada em estudos na esfera política, quando se analisa a sua ocorrência e seus efeitos negativos, com relação às condutas políticas, fraudes eleitorais e práticas de improbidade que acontecem nas relações políticas entre agentes públicos e

³ What is corruption? One of the difficulties of studying corruption lies in defining it. While it may appear to be a semantic issue, how corruption is defined actually ends up determining what gets modelled and measured. Although it is difficult to agree on a precise definition, there is consensus that corruption refers to acts in which the power of public office is used for personal gain in a manner that contravenes the rules of the game.

⁴ Corruption, the dictionary says, is evil or wicked behavior. To corrupt is to change a sound condition to an unsound one. However, the corruption that is my subject is not regular garden-variety corruption, but the special species rampant in Washington D.C. corruption of a political system. The unsound condition I deal with is the use of public office for private advantage. This statement may seem to imply that the abuse at hand is something public officials do. Indeed they do, but usually in close collaboration with private parties. Political corruption is typically perpetrated, we shall see, by private interests seeking illicit public favors and finding quite willing elected officials. The change of the government's condition from sound to unsound often involves at least one public and one private partner.

privados. Ademais, é estudada quando está ligada a aspectos econômicos, analisando-se seus efeitos negativos sobre a economia de um país e também na economia mundial. É ainda examinada com relação aos aspectos sociológicos, conforme ocorre em uma determinada sociedade, como suas conceituações mudam ao longo do tempo, a influência da ética pública e também da privada, em atos que são definidos como corruptivos. Além disso, é abordada no aspecto criminológico, quando a corrupção está ligada a práticas de crime organizado, lavagem de dinheiro, tanto na esfera local de um país, ou mesmo envolvendo práticas ilegais que envolvem mais de um país, e até em práticas corruptivas que financiam o terrorismo.

Existem, atualmente, várias abordagens legais referentes à corrupção, tanto nas esferas penal, civil e na administrativa. Na França, por exemplo, pelo documento intitulado: *La corruption: définition et sanctions* da *Lei-Finance*, a corrupção é conceituada como sendo uma má conduta, inclusive criminosa, na qual uma pessoa, que é o corrupto, solicita, aceita ou aprova uma vantagem, ou até um presente. Oferece ou promete presentes ou outros benéficos de qualquer tipo, para que assim sejam realizados, atrasados ou até que se deixe de fazer um ato, que está ligado diretamente ao âmbito de suas funções⁵ (DROIT-FINANCES, 2016).

Quando ela é entendida como comportamento desviante em que há a participação de um agente do Estado, pode-se analisar a definição de que a apropriação de bens do Estado por funcionários encarregados de sua gestão é igualmente considerada corrupção. Essa forma acontece quando gestores de empresas e outros funcionários se apropriam, em grande escala e de forma espontânea, de bens que são do Estado. No outro extremo estão as pequenas apropriações, de itens como artigos de escritório, veículos e até de combustível. Os autores das pequenas apropriações são geralmente funcionários de nível mais baixo, em que não existem sistemas de controle de ativos. Quando existem tais controles, são considerados muito fracos, com pouca capacidade institucional de identificar e punir os infratores⁶ (THE WORLD BANK GROUP, 1997). Nesse sentido, de acordo com Gomes (2016, p. 169-170), a corrupção seria um mecanismo de apropriação ilegítima de rendas por parte de um grupo, ao custo da maioria da sociedade, por intermédio da reprodução de instituições políticas e econômicas.

Cunha (2014, p. 45) entende a corrupção como o uso abusivo, por parte de um agente público ou privado, de recurso, poder ou posição inerente às suas funções, mediante

⁵ La corruption est un comportement pénalement répréhensible par lequel une personne (le corrompu) sollicite, agréé ou accepte un don, une offre ou une promesse, des présents ou des avantages quelconques en vue d'accomplir, de retarder ou d'omettre d'accomplir un acte entrant d'une façon directe ou indirecte dans le cadre de ses fonctions.

⁶ Theft of state assets by officials charged with their stewardship is also corruption. An extreme form is the large-scale "spontaneous" privatization of state assets by enterprise managers and other officials in some transition economies. At the other end of the scale is petty theft of items such as office equipment and stationery, vehicles, and fuel. The perpetrators of petty theft are usually middle- and lower-level officials, compensating, in some cases, for inadequate salaries. Asset control systems are typically weak or nonexistent, as is the institutional capacity to identify and punish wrongdoers.

a prática de qualquer ato ou omissão que implique a violação dos deveres com que foi investido. Estas práticas abusivas possuem como objetivo o de conferir, ampliar ou antecipar qualquer vantagem, como também de evitar reduzir ou diferir uma desvantagem para si, para outro, para grupos de indivíduos ligados por laços de interesse comum.

Bobbio (2000, p. 291) define a corrupção como sendo a situação de um funcionário público agir de forma diferente dos padrões normativos que são estabelecidos pelo sistema, havendo um favorecimento de interesses particulares em troca de recompensa. Corrupto, nesse exemplo, seria o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estatal. Com relação ao servidor do Estado, o injusto da corrupção consiste em um abuso de poder pelo desvirtuamento da coisa pública. Este desvirtuamento ocorreria em benefício de interesse privado, quando, por exemplo, o servidor estatal realiza seus serviços, ligando-os a vantagens para ele ou para terceiros (GRECO; TEIXEIRA, 2017, p. 29-30).

Mais uma vez, com o uso e pesquisa de bibliografia estrangeira para a confecção do presente, a corrupção envolve qualquer vantagem que é considerada indevida pela prática de ato ilegal ou antiético, que possa trazer benefícios para alguém ou facilitar alguma atividade. Ela seria a prática de fazer abuso de poder, função ou meios de obter vantagem econômica por outro meio. O tráfico de influência, suborno, extorsão e fraude seriam algumas das práticas corruptas que refletem esse tipo de ação, como, por exemplo, dar dinheiro a um funcionário público para ganhar uma licitação ou pagar suborno para evitar uma prisão. Ela poderá estar ligada a outros crimes, quando, com a sua prática, ocorre a permissão para se realizar algo ilegal. Por exemplo: um policial está corrompido se ele aceitar receber dinheiro para facilitar algum roubo sem interferência da polícia. Nessa situação, duas infrações estarão interligadas: a prática de corrupção e o roubo⁷ (PORTO, 2011).

Vários diplomas legais foram editados com o objetivo de sancionar condutas consideradas desviantes que atingem o patrimônio público. Conforme Petrelluzzi (2014, p. 19), tanto do ponto de vista legal, como no campo da ética e da moral, existem controvérsias sobre o alcance e a definição do que venha a ser corrupção. Há, entretanto, um consenso, nos diferentes tipos de análise adotados, conforme Lopes, (2011, p. 28), de que a corrupção é uma patologia social.

Inclusive, podem ser considerados como sendo atos de corrupção, as condutas consideradas indevidas, desvirtuantes, mas que não são necessariamente condutas que visam algum tipo de vantagem econômica. Greco Filho (2015, p. 16) argumenta, nesse

⁷ En otro sentido, la corrupción es la práctica que consiste en hacer abuso de poder, de funciones o de medios para sacar un provecho económico o de otra índole.

El tráfico de influencias, el soborno, la extorsión y el fraude son algunas de las prácticas de corrupción, que se ven reflejadas en acciones como entregar dinero a un funcionario público para ganar una licitación o pagar una dádiva o coima para evitar una clausura. A la corrupción se encadenan otros delitos, ya que el corrupto suele incurrir en la práctica para permitir o solicitar algo ilegal. Un policía resulta corrupto si recibe dinero de un hombre para que le permita robar en una casa sin intromisión policial. En este caso, se juntan dos delitos: el acto de corrupción y el robo.

sentido, que a corrupção seria também a prática de um comportamento indevido, para obter algum benefício para si ou para outrem, ainda que não tenha conteúdo econômico. Nesse conceito amplo, e que coloca mais uma vez a dificuldade de se conceituar, de uma forma definitiva e precisa o que vem a ser a corrupção, podem ser considerados atos de corrupção, por exemplo, o do empregado que assina livro de presença por outro ou o funcionário que pula a catraca controladora de entradas e saídas para assim burlar a vigilância de horário do expediente.

Este estudo preliminar que ora está sendo realizado, demonstrando a dificuldade de se definir o que é corrupção, abordando os inúmeros enfoques que podem ser dados a ela, tanto na esfera econômica como filosófica, social e até criminológica, justamente é reforçado pelas palavras de Leal (2013, p. 82), ao destacar a ausência na tradição do pensamento político ocidental de consenso sobre o que vem a ser a corrupção. Não há uma definição exata nesse sentido e também não se pode falar de uma Teoria Política da Corrupção. Outrossim, existem diferentes abordagens sobre o tema, a partir de marcos teóricos e filosóficos específicos.

Gabardo (2011, p. 139) destaca que, embora inexistentem condutas devidamente delineadas e que se enquadram como exaustivas quanto aos atos corruptos que podem acontecer, são consideradas práticas mais comuns as que são indicadas pela Organização das Nações Unidas, quais sejam: suborno, fraude, outros pagamentos ilícitos, compra e comprometimento de valores, abuso de poder e quebra de confiança, apropriação indevida de recursos públicos e conflitos de interesses.

Tendo em vista as várias formas de ser compreendido o fenômeno da corrupção, é muito difícil idealizar-se um conceito que seja suficientemente abrangente. Essa afirmação está demonstrada no presente, inclusive fundamentada em bibliografia estrangeira que evidencia a mesma dificuldade, porquanto não há uma ciência específica de seu estudo. É, na verdade, abordada em vários aspectos, levando-se em conta o ambiente social e histórico em que ocorre. Além disso, ressalta-se que tal não deve ser afastada, considerando o momento histórico e ambiente social e político no qual está inserida, quando o objetivo é estudá-la.

Embora existam essas dificuldades para sua conceituação, em uma tentativa genérica, pode-se dizer que corrupção é o meio ilícito de exercer influência nas decisões públicas, com favorecimento pessoal ou de terceiros. Ela acarreta sérios prejuízos ao interesse público, gera profundos desgastes a um dos mais importantes fatores da estrutura do sistema público e social, que é a sua legitimidade. Atos corruptivos que ocorrem na esfera pública sempre terão como principal consequência causar prejuízos à coletividade.

2. RAÍZES PATRIMONIALISTAS DA CORRUPÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

O Brasil não seguiu um modelo racional de gestão e de administração pública devido ao fato de ter sido adotado, desde o início da história do país, um modelo que se denomina

de patrimonialista. Esse modelo caracteriza-se, principalmente, pela confusão que ocorre entre a esfera pública e esfera privada. É possível demonstrar, após esse entendimento, que a corrupção pública no Brasil está diretamente ligada a ele. O patrimonialismo será aqui definido, abordando também suas principais características, demonstrando que o país muito pouco adotou uma gestão racional, não respeitando a separação, que deve existir, entre o público e o privado.

Ao se procurar trazer uma definição do que vem a ser o patrimonialismo, destaca-se, conforme as lições de Max Weber (2000, p. 151-152), a presença de um quadro administrativo de natureza pessoal. Nele, impera a tradição, e não a adoção de estatutos legais. São beneficiadas as pessoas consideradas “associados do senhor”, que devem obediência a ele, e não a regras legais. O quadro administrativo, e até militar, caracteriza-se por ser dominado por esse senhor, que possui muito poder pessoal, baseado na tradição, e não em determinações legais. A organização política do patrimonialismo não conhece nem o conceito de competência nem o de autoridade ou de magistratura, no sentido atual. A separação entre os assuntos públicos e privados, da mesma forma, entre patrimônio público e privado, e as atribuições senhoriais públicas e privadas dos funcionários não ocorrem.

De acordo com os ensinamentos de Paim (2015, p. 20-21), no Estado patrimonial há uma representação típica de um conjunto de tradições que são consideradas como não sendo passíveis de mudança. Tudo é baseado na tradição e em considerações pessoais. Substitui-se o domínio que deveria ser exercido por normas racionais por outras regras, que são baseadas, além da já referida tradição, também na chamada “justiça do príncipe” e de seus funcionários. Até os privilégios que são outorgados pelo soberano são provisórios. O que ressalta Nascimento (2014, p. 75-76) é que justamente, em nosso país, historicamente não se respeita a separação entre o que é público e o que é privado. O Brasil não é um exemplo de Estado Moderno, que é legitimado por normas impessoais e racionais. Considera-se o patrimonialismo como sendo uma mazela comum, de maneira que não se promove a separação entre os meios de administração e os funcionários e governantes, fazendo com que estes tenham acesso privilegiado à estrutura e à riqueza pública para a exploração a partir de suas posições e cargos.

A tradição absolutista do período colonial trazia essa “mistura” do tesouro do Estado português com o rei e com a nobreza, que eram os principais funcionários do Estado. Relata Domingues (2012, p. 159) que a metrópole tinha uma grande dificuldade em controlar seus prepostos na América. Com as independências, Estados que tiveram estruturação formal moderna se estabeleceram, trazendo a nítida separação entre o público e o privado. Claro que isso não implicou o desaparecimento absoluto das características patrimonialistas desses Estados, mas trouxe para eles, como consequência, uma transformação de forma decisiva.

Tais fatos não aconteceram no Brasil, diferentemente de outros países da Europa, que adotaram códigos racionais de gestão pública, idealizados, principalmente, por Max Weber, que, dentre outras coisas, sugere regras que estabelecem, de forma racional, a

separação daquilo que deve ser considerado público do que é de natureza privada. O Brasil muito pouco adotou essa separação idealizada por Max Weber, conforme já mencionado. Justamente, segundo Faoro (2012, p. 819-820), a legitimidade do patrimonialismo não se baseia em códigos legais de gestão, qualquer tipo de determinação legal, fundamentando-se na tradição, e essa simplesmente explica que: “assim é porque sempre foi”. Essas afirmações são contrárias ao que foi idealizado por Weber, em se adotar códigos de gestão em moldes racionais.

É pertinente observar no Brasil o patrimonialismo adotado na gestão pública, que tem explicação em nossa organização política, desde a época do Brasil-Colônia, também assumiu a forma de *estamento*. Este, conforme Weber (2000, p. 152), é caracterizado pelo domínio de uma determinada camada de pessoas com poder de mando. Tais pessoas, no quadro administrativo, formam um determinado grupo que se apropria de oportunidades econômicas. Esses apropriadores podem tanto ser originários de um quadro administrativo anterior, com caráter não estamental, como também podem não ter pertencido a esse quadro antes da apropriação.

Segundo Paim (2015, p. 27), reforçando o argumento desse estudo, o desenvolvimento histórico do patrimonialismo brasileiro, estruturado e consolidado nos primeiros séculos da história lusitana, consistiu na formação de estamento, conforme aqui explicado, com caráter burocrático. Este caráter burocrático refere-se à burocracia, não no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas de uma organização fora do comum. A realidade, ora descrita, impede a racionalidade na gestão pública e produz como consequência um efeito estabilizador sobre a economia. Decorrente do estamento burocrático, que causa arbítrio e também desperdício de consumo, surge a impossibilidade de que o capitalismo industrial passe a acontecer, a fluir, pelo fato de o estamento burocrático não se compatibilizar com formas de capitalismo, no sentido de se alcançar crescimento econômico.

Deve-se, então, pontuar que, no seu estágio inicial, o domínio patrimonial, constituído pelo estamento, apropriava-se das oportunidades econômicas de desfrute de bens, das concessões e também dos cargos. Acentua-se que sempre houve nele uma confusão entre o setor público e o privado, conforme aqui exposto. Contudo, historicamente, com o aperfeiçoamento da estrutura, ele se expressa na criação das competências fixas, que trazem a divisão de poderes e acarretam a separação entre o setor fiscal e setor pessoal.

Nesse segundo momento de explanação do estamento na sua forma burocrática, emerge como sua principal característica uma mistura de compromissos e transações que não admitem mudanças. Dessa forma, o patrimonialismo pessoal se transforma em patrimonialismo estatal, que adota o mercantilismo como técnica de operação da economia. Enfatiza Faoro (2012, p. 819-824) que a realidade histórica brasileira demonstrou a persistência secular da estrutura patrimonial, possuindo como principal característica um quadro administrativo com base no estamento. E esse quadro, esse grupo que possui poder, vai se burocratizando de forma progressiva, trazendo como consequência uma realidade de acomodação, e não de uma mudança estrutural.

É precisamente no corpo estatal que o estamento burocrático concentra os mecanismos de intermediação, com suas manipulações financeiras, monopolistas, de concessão pública de atividade, de controle do crédito, de consumo, de produção privilegiada, com vastas atividades que vão da gestão direta à regulamentação material da economia. É evidente que essa forma de gestão não se compatibiliza com as propostas do capitalismo, dificulta e até impede que ocorra o crescimento econômico em um país assim administrado.

Nessa abordagem, salienta-se que historicamente a administração pública brasileira foi construída sobre os pilares do patrimonialismo, especificamente do patrimonialismo estatal, no qual um grupo, dentro da administração pública, praticamente se apropria da máquina administrativa, formando uma “casta”, que faz as suas manipulações financeiras, de concessão pública de atividade, nas atividades de controle do crédito, de consumo, e até produção privilegiada. Advém uma acomodação com base em burocracia e não há uma mudança estrutural, sendo difícil alguma alteração nesse sentido. As atividades dessa “casta”, que na forma estatal se apropria da administração pública, acabam tendo competência sobre várias atividades, conforme já exemplificado, que vão da gestão direta até à regulamentação material da economia.

Outra característica da administração pública, que necessariamente deve ser abordada, é que no país, desde os tempos do Brasil colônia, não há a cultura de valorização da meritocracia. Sendo comum sua substituição por outras formas de compensação: favores, apadrinhamentos, conchavos, pois a administração pública sempre foi considerada uma “*longa manus*” das atividades do “rei”, e não organizada racionalmente e de forma impessoal. Nessa parte da história, realça Nucci (2015, p. 09-10), que a meritocracia, que deveria existir, na administração pública foi substituída pelas citadas trocas de favores e conchavos palacianos, já que o ofício público era considerado como pertencente ao rei, e a própria Coroa chegou a vender cargos.

Daí já se pode observar os prejuízos que esse comportamento, que deu base a práticas corruptivas, trouxe para a história brasileira. E, atualmente, verifica-se na prática o mesmo sistema. Ressalta-se que muitas nomeações políticas para cargos importantes advêm de trocas de favores, subserviência palaciana, esperteza nos relacionamentos e as sempre conhecidas “amizades” de mão dupla.

Acontece um generalizado “toma lá, dá cá”. Tornou-se uma tradição brasileira o oferecimento de vantagens indevidas a servidores públicos, sendo até mesmo marginalizado quem não aceita suborno. Isso traz como principal consequência o cometimento de práticas corruptivas no interior da Administração Pública.

Atualmente, o patrimonialismo que existe no Brasil é nominado como sendo contemporâneo, possuindo no Estado a sua sustentação, pois ele se realiza conectado com outros agentes societários, os agentes do Estado que acabam se vinculando a interesses privados. Exemplifica Domingues (2012, p. 159-160) que essa forma de patrimonialismo contemporâneo, que está acontecendo no país dando ensejo a práticas de corrupção, ocorre na vinculação entre os interesses privados do indivíduo isolado que suborna o guarda de

trânsito, como também com relação à grande empresa que se articula a parlamentares e a ministérios. Da mesma forma, passa pelo financiamento de campanhas eleitorais, e também nas situações em que as posições e os cargos estatais acabam sendo tomados como objeto de posse privada de seus ocupantes.

Assim, ao abordar práticas corruptivas que acontecem nessa realidade, está-se referindo ao mau uso de recursos públicos, bem como à prática de imoralidades. Partindo da adoção do conceito weberiano, já estudado, que explica o que é o patrimonialismo, esse passa a ser foco analítico para o problema da corrupção. Ou seja, a problemática situação de não se adotar códigos racionais de gestão, que é a principal característica da administração pública considerada moderna, não foi adotada pelo Brasil. Historicamente, adotaram-se quadros administrativos que são baseados na tradição e em quadros pessoais.

Conforme Nascimento, (2014, p. 75-76), no modelo patrimonialista de Estado, que é inerente à construção da cena pública brasileira, a corrupção passa a ser um tipo de prática cotidiana. A tradição patrimonialista descreve a questão da corrupção como sintoma do mesmo diagnóstico: a promiscuidade que existe entre a esfera privada e a pública. Nesse sentido, o público passa a ser invadido pelos vícios da esfera privada, enquanto essa se apropria do Estado para o uso como ente “dominado” e controlado por interesses de poucos.

Destaca-se a importância da separação da esfera do serviço público do âmbito da vantagem pessoal, pois ocasiona a concretização de um princípio geral, constituindo o estado de direito liberal, que é o princípio da separação entre as esferas pública e privada, desmembramento entre Estado e sociedade. Salientam Greco e Teixeira (2017, p. 29) que essa distinção é fundamental e não pode ser uma via de mão única. Para os referidos, é considerada problemática a intervenção do Estado em assuntos privados, da mesma forma o inverso: a interferência do privado na realização de tarefas públicas.

Ao se tratar da corrupção, a partir de atos dentro da administração pública, em decorrência da administração que não segue moldes impessoais e racionais, mas é pessoal e de estamento, observa-se que sempre, dentre os seus efeitos negativos, haverá um direito social não atendido.

Gabardo (2011, p. 139) reitera que os efeitos da corrupção sobre a atuação estatal e a sociedade são sentidos por todos. Geralmente se fala em novos meios de controle de recursos públicos, processos judiciais visando combater atos corruptos que são evasivos. Nessa senda, as implicações ocasionadas não são mensuradas tão somente em consequências pecuniárias ou de condutas a serem suportadas pelo Estado. Percebe-se ainda, que da corrupção temos consequências abstratas e imensuráveis.

Garcia (2013, p. 68) argumenta, ainda, que o agente público que é corrupto, apesar de exercer suas funções no âmbito de uma estrutura organizacional destinada à consecução do bem comum, desvia-se dos seus propósitos originais e passa a atuar em prol de um interesse privado. É aquele que, a um só tempo, propicia uma vantagem indevida para si próprio e enseja um benefício para o particular que compactuou com a prática corrupta.

O que é muito importante ressaltar, e confirma o presente estudo, citando Cunha (2014, p. 46), que embasa essa argumentação, é que, justamente, nas culturas em que não há uma separação clara entre as esferas pública e privada, no que diz respeito aos titulares de cargos públicos, ou nas culturas em que estes se veem como proprietários dos poderes a eles associados, e não meros detentores de uma autoridade delegada, haverá a tendência a ter mais corrupção.

Conforme apresentado, o patrimonialismo tem origem desde a colonização de nosso país. Refletiu a organização estatal de Portugal, para com suas colônias. Não se respeitou a separação entre o que é considerado público e o que é privado. Da mesma forma, os quadros pessoais da administração pública eram formados por apadrinhados do senhor, eram pessoais e não havia valorização da meritocracia. A história de nossa administração pública, em seu modelo patrimonial, não adotou, ou se houve, pouco respeitou, as determinações legais que dessem uma roupagem de gestão pública em moldes racionais, com disciplina e organização impessoais, nos moldes idealizados por Max Weber.

Deve ser abolida a concepção de que a coisa pública não é de ninguém. Tal concepção é consequência da ignorância popular: povo ignorante não se insurge contra o agente corrupto. Conforme Garcia (2013, p. 56-68), o agente corrupto desvia recursos públicos e os afasta das políticas de concreção da cidadania. O povo acaba ficando mais ignorante e dependente daquele que o lesou, sendo incapaz de romper o ciclo - quando muito, logra alterar os “personagens”.

Daí a necessidade de se adotar códigos de ética pública, para justamente evitar essa confusão entre o que é público e privado, reflexo da cultura patrimonialista, que foi adotada pela administração pública. Esse ponto será abordado a seguir.

3. A ADOÇÃO DE CÓDIGOS DE ÉTICA PÚBLICA COMO UMA FÓRMULA PARA EVITAR PRÁTICAS CORRUPATIVAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Uma das mais importantes características, na criação do Estado Moderno, é a separação entre público e privado. Essa concepção surgiu na Europa Ocidental com o pensamento liberal e teve em Max Weber o seu maior teórico. Tal modelo está presente na totalidade dos países europeus e nas Américas, e, da mesma forma, em outras partes do mundo. Conforme ressalta Leal (2013, p. 48), um dos elementos essenciais na constituição do Estado Moderno e Contemporâneo, tomando por base a perspectiva de Max Weber, foi justamente a formação de uma administração burocrática idealizada em moldes racionais.

Weber (2000, p. 142) idealizou a forma de um quadro administrativo que seja burocrático. Este quadro deverá, principalmente, aderir à legalidade, baseado em ideias que devem estar entrelaçadas entre si, quais sejam: a de que todo direito deve ser estatuído de modo racional, tanto referente a fins como a valores, ou até a ambas as coisas, por meio de um pacto ou de imposição. Para ele, o direito é um conjunto de *regras abstratas*, que normalmente são estatuídas com determinadas intenções. Administração é justamente este

cuidado, que é racional, de interesses que estão previstos pelas ordens da associação, dentro dos limites das normas jurídicas e conforme os princípios que estão indicados de forma geral.

Nesse modelo racional de gestão, quem ordena o faz observando as disposições impessoais que orientam as suas diretrizes, e quem obedece o faz como membro da associação e somente atende ao direito. Então, na administração, a ideia aplicada é a de que os membros da associação, quando obedecem, não estão se sujeitando a disposições pessoais de nenhum senhor, como acontece no patrimonialismo, por exemplo. Mas, quando obedecem, nesse modelo racional idealizado por Weber, estão cumprindo aquelas ordens que são legais e impessoais. Estão obrigados somente à obediência dentro da uma competência que é objetiva e que é racionalmente limitada. São ordens legais e abstratas.

Com essas disposições racionais de gestão pública, os envolvidos na administração pública devem cumprir ao que está determinado legalmente, pois é ela quem dá toda a legitimidade na administração. Leal (2013, p. 48-49) observa que, nesse modelo, o poder político ganhou um caráter racional, uma vez que a crença na legalidade das ordens que são emanadas e na legalidade da competência dos indivíduos escolhidos para exercê-lo tem uma qualidade diferente do que ocorre na crença da tradição ou do carisma. Então, é a própria racionalidade, inerente à forma jurídica que proporciona legitimidade àquele poder político, que é exercido de forma legal.

Weber (2000, p. 143) idealizou também o que chamou de *categorias fundamentais da dominação racional*. Para ele, quando as funções são exercidas, ficam dentro de um exercício contínuo, que está vinculado a determinadas regras, e dentro de uma determinada competência. O exercício organizado dessa função é chamado de *autoridade institucional*. Nela estão juntos o princípio da *hierarquia oficial*, que é a organização de instâncias fixas de controle e supervisão para cada autoridade institucional, como também o direito de apelação ou reclamação dos subordinados aos superiores. As regras as quais se procede são as técnicas e as normas. E, para aplicação dessas ideias, com o objetivo de atingir racionalidade plena, é necessário, em ambos os casos, uma qualificação profissional. Assim, somente os que comprovam uma especialização profissional podem ser aceitos como funcionários.

Nessa racionalidade administrativa idealizada pelo autor referido, aplica-se também o *Princípio da Separação Absoluta entre o quadro administrativo e os meios de administração e de produção*. Isso significa que os funcionários, empregados e trabalhadores do quadro administrativo não estão de posse dos meios materiais de administração e de produção. Eles os recebem em espécie ou em dinheiro e possuem responsabilidade contábil. Nessa proposta vê-se a separação entre o que é público e o que é considerado privado, aplicando-se o princípio da separação absoluta entre o patrimônio (ou capital) da instituição (empresa) e o patrimônio privado (da gestão patrimonial), como também entre o local das atividades profissionais (escritório) e o domicílio dos funcionários. E, para atingir a racionalidade plena, deve ser aplicado também o *princípio da documentação*

dos processos administrativos, mesmo nas situações em que a prática seja a discussão oral. Equivale a dizer que, pelo menos, as considerações preliminares e requisitos, como também as decisões, disposições e ordenações finais de todas as espécies, devem estar estabelecidos por escrito.

Finalmente, para Weber (2000, p. 144), o tipo mais puro de dominação legal é aquele que se exerce por meio de um *quadro administrativo burocrático*. O conjunto do quadro administrativo deverá ser composto de funcionários individuais que são pessoalmente livres, e que obedecem somente às obrigações objetivas de seu cargo. Esse quadro administrativo será nomeado, e não eleito. Obedecerá a uma hierarquia rigorosa de cargos que possuem competências funcionais fixas, de acordo com um *contrato*, seguindo a livre seleção, com base na qualificação profissional. No caso mais racional, essa qualificação é verificada mediante prova e certificada por diploma. Serão remunerados por salários fixos e em dinheiro. Na maioria dos casos, com direito à aposentadoria. Exercem sua profissão como sendo a única ou principal atividade. Têm perspectiva de ocorrer progressão na carreira, por tempo de serviço ou eficiência, ou por ambas as coisas. Trabalham em separação absoluta dos meios administrativos e sem apropriação do cargo. Estão sujeitos a um sistema que é rigoroso e homogêneo de disciplina e de controle de serviço.

O Estado Moderno é uma das principais criações originais do Ocidente. No contexto europeu que se formou após as invasões bárbaras, que provocaram a dissolução do Império Romano, estruturou-se uma sociedade gerida por um aparelho político amplamente descentralizado. O Estado Moderno corresponde, pois, justamente, a gigantesco empreendimento centralizador. Conforme Paim (2015, p. 17), uma das principais características do Estado Moderno e Contemporâneo é a existência de uma administração burocrática, concebida em moldes racionais. Essa substituição ocorreu no Ocidente, alterando, paulatinamente, um funcionamento que não era especializado, por um funcionalismo politicamente orientado e treinado com base em regulamentos legais e racionais.

Partindo dessas ideias, que fundamentaram a gestão pública, nos principais países da Europa, com base na legalidade, nos moldes racionais e burocráticos que temos hoje, observa Domingues (2012, p. 158) que, nessa ideia, o patrimônio estatal, que agora é público, está separado de seus governantes e funcionários. Ideia que se contrapõe a uma visão patrimonialista do Estado, em que as posições e cargos devem ser naturalmente explorados por governos e por funcionários, sem distinção entre os recursos privados e os do Estado. Tais recursos também advinham da exploração daquelas posições e cargos em que o trabalho não exigia muito esforço, embora lhes permitisse extrair várias benesses pessoais.

Observa-se que o Brasil não respeita, ou pouco adotou, essa forma racional de gestão idealizada por Weber. Historicamente, como relatado, a gestão pública brasileira foi baseada no patrimonialismo, que tem como fundamento não a racionalidade de gestão, mas a tradição. Vivendo-se numa realidade em que ocorre “confusão” entre o público e o privado, é justamente essa realidade que potencializa a ocorrência de práticas corruptivas.

Ressalta Leal (2013, p. 48) que pelo modelo racional de Max Weber, as ordens estatais são manifestações do poder político, por isso possuem caráter racional. O Poder deve ser moldado por uma forma de racionalidade, que é a lei. A Legalidade é quem garante a qualidade formal da administração do Poder e da Administração Pública, com base em princípios, visando com isso à segurança social.

Daí surge a importância da ética pública, justamente de se seguir os regulamentos racionais, impostos para a Administração Pública para serem observados pelos seus servidores e com relação às pessoas que se relacionam com ela, no contexto administrativo. Se bem estabelecidos com o cumprimento de suas determinações, com punição rigorosa de seus transgressores, serão uma eficiente forma de evitar e punir práticas corruptivas.

Ética pública se constituiria como sendo a ordem considerada justa e estável, ou seja, a base da organização social. É o conjunto de valores, princípios e também de direitos. É o conteúdo da ideia de justiça que o ordenamento jurídico de uma sociedade deve ter. Dentre os destinatários da ética pública estão as autoridades, profissionais do direito, os legisladores, os juízes e os funcionários e, da mesma forma, cada pessoa, considerada como cidadã.

Usando bibliografia estrangeira, nas palavras de Cortina (1998, p. 98), a ética tem um valor de uso, e não somente a pessoal, mas também a ética das organizações e das instituições da vida pública. Para a autora, é certo que as instituições e as organizações públicas que funcionam eticamente obtêm a legitimidade e devem ser credoras em realizar bem a sua tarefa, que é a obrigação ligada a qualquer organização de cumprir a sua missão, principalmente diante da cidadania, cada vez mais consciente das funções das instituições públicas.⁸

Para combater o mal da corrupção e alcançar a boa administração pública, necessário se faz estabelecer, em regulamentos, disposições de comportamentos que sejam considerados éticos que devem ser adotados na esfera pública e também na esfera privada.

A ética é considerada uma questão essencial ao Bom Governo e, nas palavras de Mileski (2015, p. 145), foi a partir do final dos anos 90 do século XX que essa questão passou a orientar a necessidade de implantação de Códigos de Ética em todos os níveis governamentais ou Administrativos. A ética pública, mais uma vez nas palavras de Cortina (1998, p. 98-101), é considerada fundamental, um produto de primeira necessidade na vida pública.⁹ Sem ela, as grandes instituições do mundo moderno e “pós-moderno”, ou seja, o Estado, a economia e os negócios, as atividades profissionais e de trabalho, terceiro setor

⁸ Sin embargo, no es menos cierto que también la ética tiene un valor de uso, y no sólo la ética personal, sino también la ética de las organizaciones e instituciones de la vida pública, que es la que ahora nos importa. También es cierto que las instituciones y organizaciones públicas sólo si funcionan éticamente ganan la legitimidad a que deben hacerse acreedoras ante una ciudadanía cada vez más consciente de serlo y también la viabilidad, el permanecer realizando su tarea, que es la obligación a la que está ligada cualquier organización.

⁹ [...] la ética es un producto de primera necesidad en la vida pública, porque en ella las medidas jurídicas, con ser necesarias, resultan insuficientes.

ou setor social, simplesmente não funcionam. É de conhecimento comum que as relações sociais são quebradas, embora aparentemente continuem a trabalhar, quando lhes falta o suporte de valores, como a credibilidade e a confiança.¹⁰

Para Mileski (2015, p. 145-147), deverá haver uma ética negativa, que contribua para erradicar comportamentos abusivos, fraudulentos, prevaricadores, que já foram tipificados como delitos e como infrações administrativas. Deve, também, ser fomentada uma ética positiva, no sentido de ser reavivado o serviço público e seus valores, como também o compromisso com as tarefas e funções do poder público.

Vários países passaram a ter a iniciativa de elaborar seus códigos de ética pública. A título de exemplificação, serão citados alguns. A primeira referência é relativa aos Princípios de Conduta Ética nos Estados Unidos da América, pois se trata de um país com larga experiência em matéria de normas éticas na Administração Pública. Pelo Decreto nº 12.731, de 1989, foram estabelecidos os Princípios de Conduta Ética, na seguinte forma: legalidade, conflito de interesses, honradez, integridade, honestidade, responsabilidade, impessoalidade, imparcialidade, austeridade, diligência, boa-fé, objetividade e imparcialidade, exemplaridade.

Em Portugal (Diário da República 1993, p. 1272-1273), na Carta do Serviço Público Português (1993), são enumerados, como valores fundamentais dos funcionários públicos: o exercício de suas funções em exclusivo interesse do serviço ou do interesse público; a neutralidade em todas as situações em que se compreende a objetividade e a imparcialidade; a responsabilidade; a competência com relação à eficiência e à integridade para que não aceitem doações ou outros tipos de presentes.

No Reino Unido, foi publicado, em maio de 1995, o Relatório Nolan, documento considerado primordial para a discussão dos padrões de comportamento ético dos servidores públicos, dos políticos, tanto dos parlamentares como dos altos dirigentes de governo. Boa parte dessas recomendações foi adotada e implementada no Reino Unido e, atualmente, são analisadas e estudadas por universidades em todo o mundo. O documento aborda temas como responsabilidade ética, imparcialidade e corrupção dos funcionários públicos. Os *sete princípios da vida pública*, recomendados pelo referido Relatório são: interesse público, integridade, objetividade, “*accountability*” (no sentido de prestação de contas), transparência, honestidade e liderança. Sobre cada um deles são inúmeras as referências e situações que o texto apresenta, tanto em relação a políticos como a servidores públicos.

Já a *Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)*, por proposta do Comitê da gestão pública, em 1996, realizou uma série de recomendações para que os países que o integram adotem medidas destinadas a controlar o bom

¹⁰ La ética es en la vida pública un producto de primera necesidad, en principio, porque sin ella no funcionan las grandes instituciones del mundo moderno y “postmoderno”, es decir, el Estado, la economía y la empresa, las actividades profesionales y el “Tercer Sector” o “Sector Social”. Es público y notorio que las relaciones sociales se quiebran, aunque en apariencia sigan funcionando, cuando faltan en ellas, prestándoles un soporte, los valores de credibilidad y confianza.

funcionamento das instituições, buscando fomentar um comportamento de acordo com a ética do serviço público.

Lembra Leal (2013, p. 65) que o Brasil possui vários documentos que tratam do tema da Ética Pública, especialmente o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal e o Código de Conduta de Alta Administração Federal. E as normas básicas que visam à proteção dos direitos dos administradores, objetivando o melhor cumprimento dos fins públicos, estão previstas na Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

O Brasil tem o sistema de declaração de bens dos servidores públicos em geral, a Lei 3.164, de 01 de julho de 1957, que é considerada importante ferramenta para a proteção da ética pública. Ela instituiu o registro público obrigatório de valores e bens pertencentes ao patrimônio privado daqueles que exercem cargos públicos na União, entidades autárquicas, eletivas ou não. Também a Lei 8.730, de 10 de novembro de 1993, estabelece obrigatoriedade de todos os agentes políticos e membros da magistratura e do Ministério Público da União - que apresentem declaração de bens, indicando fontes de renda, no momento da posse e no final de cada exercício financeiro.

Leal (2013, p. 65-66) ressalta a necessidade de criação de instâncias institucionais e sociais para dar efetividade a marcos regulatórios da Ética Pública, como, por exemplo, comissões de ética, tribunais de contas, corregedorias específicas, dentre outras. Com essas instituições, foram sendo criados mecanismos efetivos de controle e monitoramento da Ética Pública, dentre os quais: auditorias, inspeções, fiscalizações, realizadas por órgãos de controle interno e externo.

A ideia de atender sempre aos interesses gerais é que deve reger as ações de qualquer um que realiza uma função pública, tanto a autoridade como o funcionário público ou o político. Eles servem ao Estado e outras entidades públicas e não a algum tipo de parcialidade política ou econômica. Nessa linha de argumentação, Pérez (2014, p. 157) ressalta que programas de ética pública devem ser desenvolvidos conforme a concepção de realização de serviço, destacando que o funcionário está servindo à coletividade.¹¹ E, de acordo com Cortina (1998, p. 99), o descrédito que acontece nas instituições, devido à ocorrência de práticas de corrupção, não somente é imoral ou ilegal, mas desmoraliza, e, o que a autora chama de “tirar o ânimo”, a médio e a longo prazos, da sociedade considerada em seu conjunto. Em uma sociedade desanimada e apática, não é possível construir-se nada sólido.¹²

¹¹ La idea de servicio de los intereses generales debe presidir la actuación de cualquiera que realice una función pública, autoridad o funcionario, político o empleado. Están al servicio del Estado y demás entidades públicas y no “de parcialidad política o económica alguna”, en palabras de la Ley venezolana contra la corrupción. Consiguientemente, los programas de Ética pública se elaboran sobre la idea de servicio, tratando de inducir la idea de que el funcionario está al servicio de la colectividad.

¹² Ciertamente que si el engañado es débil, en indignación o en desidia queda su desacuerdo, porque el derecho es eficaz sólo en manos de los poderosos. Pero no es menos cierto que este paulatino descrédito de las instituciones no sólo es inmoral, no sólo es ilegal, sino que desmoraliza, roba el ánimo al medio y largo plazo a la sociedad en su conjunto, y en una sociedad desanimada no puede emprenderse nada sólido.

Nas palavras de Leal (2013, p. 69), a corrupção pode atingir qualquer situação, fase ou variável dos processos de trabalho, do processo de decisões e até de executivos das instituições. A corrupção pode estar presente desde a solicitação para realizar os processos, como na concepção e no planejamento destes, bem como em suas fases preparatórias, na execução, e inclusive, da mesma forma quando ocorre a apresentação dos resultados.

Com isso, demonstra-se o quanto é necessário se combater a corrupção por meio de códigos de ética pública, que estabeleçam quais os comportamentos que deverão ser adotados para aqueles que trabalham na administração pública e também para os que, em algum momento, se relacionam com ela. Ademais, é fundamental que aqueles que praticam comportamentos desviantes tenham exemplares punições, estabelecidas nos referidos códigos, pois a impunidade retroalimenta os comportamentos corruptivos e traz ainda mais descrédito e desconfiança às instituições.

CONCLUSÃO

O presente artigo científico teve como problema de sua pesquisa: qual fórmula evitaria práticas corruptivas na administração pública, levando-se em conta o modelo de gestão patrimonialista adotado historicamente na administração pública brasileira?

Para se chegar à resposta ao problema proposto, procurou-se alcançar três objetivos, sendo que o primeiro foi o de demonstrar a dificuldade de se conceituar a corrupção, conforme exposto na primeira parte deste trabalho de pesquisa. Tal complexidade acontece porque a corrupção é um fenômeno multifacetado, podendo ser estudada sob várias perspectivas, como a social, da ciência política, da teoria econômica e organizacional, (e da mesma forma) bem como sob a perspectiva criminal, civil ou administrativa. A referida dificuldade está ligada a fatores como a existência, ou não, de um agente do Estado envolvido na prática, ou seja, o fato de ela estar ligada a comportamentos desviantes de agentes públicos. Da mesma forma, se nas práticas corruptivas, necessariamente busca-se uma vantagem econômica.

Para se alcançar os demais objetivos do presente estudo e a resposta ao problema da pesquisa, adotou-se, aqui, como definição as condutas indicadas pela Organização das Nações Unidas. São consideradas práticas corruptivas mais comuns: suborno, fraude, outros pagamentos ilícitos, compra e comprometimento de valores, abuso de poder e quebra de confiança, apropriação indevida de recursos públicos e conflitos de interesses.

Num segundo momento, evidenciou-se que a corrupção que ocorre na administração pública brasileira é consequência do modelo patrimonialista de Estado, adotado historicamente na gestão pública, que se caracteriza, principalmente, pela confusão entre a esfera pública e a privada. A corrupção, nesse sistema de gestão pública, adveio como consequência das práticas de apadrinhamento político e nepotismo, dentre outros.

Finalizando o presente artigo, tendo-se alcançado o terceiro objetivo, apontou-se a necessidade de se adotar códigos racionais de gestão pública que determinem as

atribuições específicas, criando um quadro impessoal de funcionários. E, para se chegar a essa conclusão, ressalta-se que uma das principais características, na criação do Estado Moderno, foi ele ter feito, legalmente, a separação entre o que é considerado de esfera pública e o que é de esfera privada. Essa concepção surge na Europa Ocidental com o pensamento liberal e tem como seu maior teórico Max Weber, que idealizou a formação de um quadro administrativo burocrático baseado na legalidade, ou seja, em linhas racionais de gestão pública.

Observa-se que, historicamente, o Brasil não adotou uma gestão nos moldes racionais, cuja formação na gestão pública foi na forma de patrimonialismo e, mais especificamente, na estamental. O modelo não adota a legalidade ou padrões racionais de gestão, mas práticas baseadas na tradição, nas quais imperam as relações pessoais, sendo comuns condutas, como o nepotismo, relações de apadrinhamentos e conchavos políticos. E na forma estamental, há uma “casta” de funcionários, dentro da administração pública, decidindo e simplesmente se “apoderando da gestão pública”.

Tal realidade é fonte de inúmeras práticas corruptivas na administração pública. Daí a necessidade de se adotarem códigos de ética pública, desenvolvidos com base na legalidade, buscando uma gestão racional, fundamentada na legalidade e impessoalidade, focando principalmente em critérios objetivos legais de meritocracia. Códigos de ética pública que também estabeleçam, quando comportamentos corruptivos acontecerem, qual a melhor forma de sua punição.

Essa é uma das maneiras eficientes, na opinião dos pesquisadores, para combater a corrupção na administração pública, que é, conforme demonstrado no presente estudo, adotada, com sucesso, em vários países ocidentais. Inclusive seguindo recomendação da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) para os países que a integram adotarem tais medidas a fim de promover o bom funcionamento das instituições, objetivando fomentar um comportamento de acordo com a ética do serviço público.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

CORTINA, Adela. *Hasta un pueblo de demonios: ética pública y sociedad*. Madrid: Santillana; Taurus, 1998.

CUNHA, Ary Ferreira da. Causas e consequências da corrupção: uma breve introdução jurídico-econômica. In: CONGRESSO DE DIREITO FISCAL, 4., Coordenação: Ary Ferreira da Cunha et al., 2014. *Publicações* [...]. Porto: Quid Juris Sociedade, 2014.

DOMINGUES, José Maurício. Patrimonialismo e neopatrimonialismo. In: AVRITZER, Leonardo et al. (org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

DROIT-FINANCES. *La corruption: définition et sanctions*. 2016. Disponível em: <http://droit-finances.commentcamarche.net/contents/1320-la-corruption-definition-et-sanctions>. Acesso em: 15 ago. 2016.

ETZIONI, Amitai. *Capital corruption: the new attack on American democracy*. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1984.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

GABARDO, E.; REIS, L. E. O gerencialismo entre eficiência e corrupção: breves reflexões sobre os percalços do desenvolvimento. In: SILVEIRA, R. D. da; CASTRO, R. A. P. de. (org.). *Estudos dirigidos de gestão pública na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GARCIA, E.; ALVES, R. p. *Improbidade administrativa*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GÓMES, Santiago Roura. Alguns aspectos-chave do combate à corrupção na Administração Pública. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - TENDÊNCIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 5., Organizadores: Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, 2016, Brasília. *Anais [...]*. Brasília: Escola de Administração de Brasília - IDP. Série IDP Eventos, Brasília, 2016.

GRECO FILHO, V.; RASSI, J. D. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade das Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013): atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, L.; TEIXEIRA, A. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, A.; TEIXEIRA, A. (org.). *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

JAIN, Arvind K. Corruption: a review. *Journal of Economic Surveys*, v. 15, Issue 1, Feb. 2001. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-6419.00133/epdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LOPES, José Mouraz. *O espectro da corrupção*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2011.

MILESKI, Helio Saul. *O Estado contemporâneo e a corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil e a Lei nº 12.846/2013 - Lei Anticorrupção. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do. *Lei Anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NOLAN, Lord. Normas de conduta para a vida pública. *Cadernos ENAP*, Fundação Escola Nacional de Administração Pública. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/documents/52930/707328/cad12.pdf/a9405ff4-494d-402c-b864-1012813771c2>. Acesso em: 03 nov. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PAIM, Antonio (org.). *O patrimonialismo brasileiro em foco*. Campinas: VIDE, 2015.

PÉREZ, Jesús Gonzáles. *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*. 2. ed. España: Thomson Reuters, 2014.

PETRELLUZZI, M. V.; JUNIOR RIZEK, R. N. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PORTO, J. P.; MERINO, M. 2011. *Definición de corrupción*. Disponível em: <http://definicion.de/corruption>. Acesso em: 04 jun. 2018.

PORTUGAL. *Diário da República* - I - Série B, n. 64, p. 1272-1273, 17 mar. 1993. Disponível em: https://www.isa.ulisboa.pt/files/daf/nrh/pub/docs/enquadramento-legal/18_93.pdf. Acesso em: 30 abr. 2017.

SILVA, Jorge da. *Criminologia crítica: segurança pública e polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática: de acordo com a Lei nº 12.846 de 01 de agosto de 2013, com a Lei Complementar nº 135, de junho de 2010*: Ficha Limpa. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

THE WORLD BANK GROUP. *Helping countries combat corruption: the role of the World Bank. Poverty Reduction and Economic Management* The World Bank. September 1997. Disponível em: <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

RESPONSABILIDADE CIVIL E *COMPLIANCE*: NOVOS MODELOS DE GESTÃO NA CONSTRUÇÃO CIVIL APÓS A OPERAÇÃO LAVA-JATO*

CIVIL RESPONSIBILITY AND COMPLIANCE: NEW MANAGEMENT MODELS IN CIVIL CONSTRUCTION AFTER THE CAR WASH OPERATION

LUCAS DE SOUZA LEHFELD

Pós-Doutor. Orientador do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto - Unaerp. Advogado. Professor universitário. Endereço eletrônico: lehfedrp@gmail.com.

DANILO HENRIQUE NUNES

Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto - Unaerp. Advogado. Professor universitário. Endereço eletrônico: dhnunes@hotmail.com.

SELMA CRISTINA TOMÉ

Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto - Unaerp. Advogada. Jornalista. Endereço eletrônico: selmactome@gmail.com.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Ética, responsabilidade civil e sua relação com a ética corporativa: 1.1. Ética e responsabilidade civil do engenheiro civil; 1.2. Fundamentos jurídicos da ética profissional dos engenheiros civis; 1.3. Elaboração do código de conduta e comprometimento de alta liderança corporativa; 1.4. A Operação Lava-Jato e seu impacto nas relações entre construtoras e o poder público - 2. *Compliance* no mundo e no Brasil: 2.1. A busca pela ética empresarial; 2.2. Os mecanismos de *compliance* no mundo; 2.3. O *compliance* no Brasil; 2.4. A necessária implantação de *compliance* após a Operação Lava-Jato - 3. Definição da estrutura de gestão de ética e *compliance* na construção civil: 3.1. A Lei n. 12.846 de 2013 - Lei Anticorrupção; 3.2. Comentários a ISO 19600; 3.3. Comentários a ISO 37001; 3.4. Mecanismos de avaliação de risco e corrupção nas construtoras; 3.5. O papel do engenheiro civil e sua percepção ética na construção civil; 3.6. Procedimentos para licitações e auditorias - Considerações finais - Referências.

* Data de recebimento do artigo: 16.01.2019.
Datas de pareceres de aprovação: 12.03.2019 e 25.03.2019.
Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 02.04.2019.

RESUMO: O propósito deste trabalho é destacar a relação da responsabilidade civil dos engenheiros civis envolvidos no escândalo da Operação Lava-Jato e evidenciar as ferramentas existentes na política do *compliance*, que servem para mitigação dos riscos de corrupção. O trabalho também busca, a partir do método hipotético-dedutivo, estabelecer os conceitos correlacionados com o objetivo do estudo, que é a ética profissional, que, por sua natureza, se faz necessária durante a vida profissional do engenheiro civil. Mostra-se, também, a evolução do aprimoramento da ética corporativa após a Operação Lava-Jato. A Lei Federal n. 12.846/13 também se faz presente no decorrer do estudo, evidenciando os mecanismos e ferramentas do *compliance* e sua presença no restante do mundo, sua chegada ao Brasil e sua importância na disseminação das políticas do novo mecanismo dentro das organizações empresariais brasileiras. O estudo em questão tem sua base bibliográfica e documental, na consulta de artigos científicos, consulta a livros, revistas profissionais, jornais, monografias, normas, sites e entre outras fontes que tratassem de alguma relevância para o trabalho. A conclusão do trabalho mostra a evolução que a governança pública e privada de uma forma geral teve na era pós Lava-Jato, governança essa que está buscando o aprimoramento da ética com o auxílio dos mecanismos do *compliance*.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade civil; engenheiro civil; operação lava-jato; ética; *compliance*.

ABSTRACT: The purpose of this work is to highlight the civil liability relationship of the civil engineers involved in the Car Wash Operation scandal, and to highlight the existing tools in the compliance policy, which serve to mitigate the risks of corruption. The work also seeks to establish, from the hypothetical-deductive method, the concepts related to the study objective, which is the professional ethics that by its nature is necessary during the professional life of the civil engineer. Also showing the evolution of the improvement of corporate ethics after Car Wash Operation. Federal Law n. 12.846/13 is also present throughout the study, showing the mechanisms and tools of compliance and its presence in the rest of the world, its arrival in Brazil and its importance in disseminating the policies of the new mechanism within the business organizations Brazilians. The study in question has its bibliographic and documentary basis, in the consultation of scientific articles, consultation of books, professional journals, journals, monographs, norms, websites and among other sources that deal with some relevance to the work. The conclusion of the paper shows the evolution that public and private governance generally had in the post Car Wash era, a governance that is seeking to improve ethics with the help of compliance mechanisms.

KEYWORDS: civil liability; civil engineer; Car Wash Operation; ethic; compliance.

INTRODUÇÃO

Nos últimos quatro anos, o Brasil passou pela maior operação contra corrupção já realizada no país, operação que teve como destaque em suas investigações um total abandono das práticas éticas e morais dentro do setor empresarial do ramo da construção civil.

Para além da falta de ética por parte envolvidos no caso da Operação Lava-Jato, destaca-se também outra situação que ocorreu durante o esquema: a responsabilidade

civil de engenheiros civis que estiveram em todo o momento da atuação do esquema de corrupção em conivência com os atos ilícitos, seja de forma direta, assinando projetos executivos superfaturados, em sua maioria, ou de forma indireta, distribuindo altos valores em dinheiro em forma de propina para operadores do esquema e agentes públicos.

Grandes empreiteiras do Brasil, como Odebrecht, Camargo Correia, Andrade Gutierrez, entre outras, estiveram envolvidas em um grande esquema de cartel, no qual o favorecimento das licitações ficava à mercê de quem estava dentro do esquema, e a grande prejudicada com a atuação desses atos ilícitos, de forma direta, foi a estatal brasileira Petrobras e, de forma indireta, o restante do país, que pode sentir na pele os efeitos drásticos que a corrupção trouxe para o Brasil, principalmente dentro do setor da construção civil.

Para José Carlos Rodrigues Martins, presidente da CBIC (*Guia de ética e compliance para instituições e empresas do setor da construção da CBIC*, 2016. v. 1):

O Brasil passa por período de grande transformação, exigindo, novos paradigmas nas relações comerciais, especialmente entre o poder público e atores privados. Esse cenário impõe posicionamento firme da construção civil e do mercado imobiliário na direção do fortalecimento das premissas que tradicionalmente pautam sua atuação e no reforço de mecanismo que cristalizem a blindagem necessária aos novos tempos.

Um dos objetivos gerais deste trabalho é o de investigar a relação de responsabilidade civil dos engenheiros civis no caso da Operação Lava-Jato e as ferramentas de *compliance*, também estabelecer conceitos e correlacionar o objeto do estudo, qual seja, a ética profissional, com a necessária atuação do engenheiro civil e, em último lugar dentro dos objetivos gerais, o aprimoramento da ética corporativa no segmento de engenharia civil.

Já os objetivos específicos estão limitados à comparação técnica da utilização das legislações vigentes antes e depois da Operação Lava-Jato e as relações de compadrio na área de construção civil, a percepção e o apontamento dos aspectos de ética profissional da engenharia civil e sua relação com as empreiteiras envolvidas na Operação Lava-Jato. O apontamento dos benefícios profissionais do cumprimento da legislação vigente no caso de execução de projetos e emissão de laudos.

A metodologia utilizada é o método hipotético-dedutivo, a partir de análise de caso prático e aplicação do conceito de responsabilidade civil do engenheiro civil no caso da Operação Lava-Jato, desencadeada pelas construtoras envolvidas no grande esquema de corrupção deflagrado em conjunto do Ministério Público Federal e Polícia Federal. E também dentro dos objetivos específicos, está à busca da comprovação dos danos causados pela inaplicação da responsabilidade ético-profissional tanto dos engenheiros civis como dos empreiteiros, a observação dos procedimentos técnico-profissionais dos engenheiros civis e sua negligência no caso concreto, agindo em conluio com as empreiteiras e construtoras. E, por fim, objetiva-se contribuir com o meio acadêmico e com a sociedade na aplicação do conhecimento a partir de dados teóricos e práticos observados na pesquisa.

A escolha do tema deve-se à relevância que o assunto teve e tem no Brasil e no mundo, bem como à responsabilidade civil dos engenheiros civis que atuaram no esquema. Outro ponto importante na escolha do tema é a atuação, ainda que tímida dentro do empresarial brasileiro, dos mecanismos que o *compliance* proporciona para aqueles que fazem uso dele.

1. ÉTICA, RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA RELAÇÃO COM A ÉTICA CORPORATIVA

1.1. Ética e responsabilidade civil do engenheiro civil

O fundamento da responsabilidade civil nasce do fato de que nenhuma pessoa pode lesar o interesse ou o direito do outro. O artigo 927¹ do Código Civil Brasileiro afirma que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”; o artigo ainda fala que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Maria Helena Diniz (apud OLIVEIRA, 2008) relata que:

A ideia de responsabilidade civil vem do princípio de que causar dano a outra pessoa, seja ele moral ou material deverá restabelecer o bem ao estado em que se encontra antes do seu ato danoso, e, caso o restabelecimento não seja possível, deverá compensar aquele que sofreu o dano.

A responsabilidade civil e a obrigação de reparo do dano são concebidas a partir da conduta ilícita de quem o causou. Esse ato ilícito gera o dever de compensação à vítima. Vale lembrar que nem toda a obrigação de reparo na forma de indenização deriva do ato ilícito. Silvio Venosa (apud OLIVEIRA, 2008), afirma que:

Não se cogita indenização e dever de reparação somente nos casos em que haja conduta injurídica causadora de dano, a responsabilidade civil pode ter origem na violação de direito que causa prejuízo a alguém, desde que observados certos pressupostos.

Levando em consideração que a responsabilidade civil deriva da determinação da obrigatoriedade do reparo ou indenização do dano causado em exercício da profissão, as organizações de classe que normatizam o exercício profissional nas áreas das Engenharias são reguladas pela Lei n. 5.194/1966² e pela Res. n. 1002/2002³ do Confea, porém, depois

¹ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: jun. 2018.

² BRASIL. *Lei n. 5.194, de 24 de dezembro de 1966*. Disponível em: <https://www.normativos.confea.org.br/ementas/visualiza.asp?idEmenta=25>. Acesso em: jul. 2018.

³ BRASIL. *Resolução n. 1002, de 26 de dezembro de 2002*. Adota o código de ética profissional da engenharia,... Brasília, DF, 2002. Disponível em: <https://www.normativos.confea.org.br/ementas/visualiza.asp?idEmenta=542>. Acesso em: jun. 2018.

da Lei Federal específica para as profissões de engenharias, sujeitam-se a todo conjunto jurídico da Constituição Federal/88,⁴ disposto na Lei Federal n. 10.406/02,⁵ Código Civil, Lei n. 8.078/90,⁶ Código de Defesa do Consumidor e Lei Federal n. 6.496/1977,⁷ que adere a ART na prestação de serviços de engenharia e agronomia. Essas leis possibilitam aos profissionais da área de engenharia a atuarem de maneira ética, responsável e ordenada.

Existem divergências entre alguns doutrinadores em razão dos pressupostos da responsabilidade civil. Silvio Venosa (apud OLIVEIRA, 2008) descreve que são enumerados quatro pressupostos para que exista o dever de indenizar, afirmando que “os requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexô causal, dano e finalmente, culpa”. Já no pensamento de Maria Helena Diniz (apud OLIVEIRA, 2008), entende-se que três são os pressupostos: ação ou omissão, dano e relação de causalidade.

O Código de Ética é um meio para transformar os valores e princípios de uma instituição ou empresa em conduta efetiva dos seus colaboradores. Nesse sentido, além de regulamentos de comportamento, ele deve prever uma estrutura para sua aplicação, público-alvo, canais de comunicação para recebimento de denúncias, orientação e previsão de penalidades (CBIC, 2016, p. 14).

A implementação de um código de conduta envolve mecanismos de monitoramento e responsabilização, inclusive judicial, assim como a criação de um canal permanente de recebimento de denúncias e de esclarecimento de dúvidas (CBIC, 2016, p. 15).

O código de ética é, sem dúvidas, um grande mecanismo de combate e prevenção a atos ilícitos dentro de uma instituição, seja ela de qualquer ramo de atuação do mercado. Mas, após os escândalos da Lava-Jato, no que se evidenciou uma total falta de ética por parte dos envolvidos, desviando bilhões de reais em dinheiro público, ficou claro que novos mecanismos devem ser implantados de forma mais efetiva e eficiente no combate a atos ilícitos dentro das empresas. Atualmente, apenas o código de ética é insuficiente para controlar a ganância pelo desvio de dinheiro. A falta de ética e moral dentro da construção civil acarreta sérias consequências para a construtora envolvida, dentre elas, a cassação da licença de operação, multas, processos criminais e até prisões. O caso da construtora Odebrecht é um grande exemplo de falta de ética investigada na Operação Lava-Jato e já tem como consequência a prisão de membros da diretoria por vários crimes, envolvendo a falta de ética e moral.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/Ccl/VIL03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: jul. 2018.

⁵ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: jun. 2018.

⁶ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: jul. 2018.

⁷ BRASIL. *Lei n. 6.496, de 7 de dezembro de 1977*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6496.htm. Acesso em: jul. 2018.

Vale ressaltar que alguns desses membros presos pela Operação Lava-Jato eram e ainda são engenheiros civis, que, de uma forma ilícita, atuavam em conivência com o esquema de corrupção, mostrando uma total falta das práticas éticas que norteiam a categoria dos engenheiros. Outro ponto importante dentro do envolvimento desses profissionais, no entendimento da responsabilidade civil, é de que todos os projetos que participavam das licitações eram assinados por eles, o que dá margem à aplicação das penalidades da responsabilidade civil.

1.2. Fundamentos jurídicos da ética profissional dos engenheiros civis

O fundamento jurídico significa apontar os motivos pelos quais a parte tem razão; é a consequência jurídica do ato; é o direito que a parte afirma ter, explicação do fato. Na engenharia, o fundamento jurídico da ética profissional nasce da Resolução nº 1002, de 26 de novembro de 2002, que revoga a Resolução nº 205, de 30 de setembro de 1971. Essa nova resolução resolve, em seu primeiro artigo, “adotar o Código de Ética Profissional da engenharia, da arquitetura, da agronomia, da geologia e da meteorologia, anexo à presente resolução, elaborado pelas entidades de classe nacionais, através do CDEN - Colégio de Entidades Nacionais, na forma prevista na alínea ‘n’ do art. 27 Lei nº 5.194, de 1966”.⁸

De acordo com seu art. 2º,

O Código de Ética Profissional, adotado através desta resolução, para os efeitos dos arts. 27, alínea ‘n’, 34, alínea ‘d’, 45, 46, alínea ‘b’, 71 e 72, da Lei nº 5.194, de 1966, obriga a todos os profissionais da engenharia, da arquitetura, da agronomia, da geologia, da geografia e da meteorologia, em todas as suas modalidades e níveis de formação.

Por fim, no artigo 6º, a Resolução 1002 revoga “a resolução 205,⁹ de 30 de setembro de 1971 e demais disposições em contrário”.

1.3. Elaboração do código de conduta e comprometimento de alta liderança corporativa

As organizações que atuam no mercado, independentemente do ramo operado, têm um grande papel a desempenhar perante a sociedade, seja na criação de empregos e desenvolvimento de produtos melhores para seus consumidores, seja na postura ética por ela adotada. A sociedade contemporânea vivencia uma frequente falta de ética, pessoas

⁸ A Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro-agrônomo, e da outras providências.

⁹ BRASIL. *Resolução n. 205, de 30 de setembro de 1971*. Adota o código de ética profissional do engenheiro, ... Disponível em: <https://www.normativos.confea.org.br/ementas/visualiza.asp?idEmenta=253&idTipoEmenta=5&numero>. Acesso em: jul. 2018.

deixam de lado crenças e valores éticos e morais para praticarem ações antiéticas, na esfera profissional, religiosa, esportiva, política, entre outras.

A atividade empresarial precisa ser entendida em não somente como forma de ganhar dinheiro e aumentar lucros. Uma organização ou empresa é algo maior que um mero negócio; antes de tudo, existem seres humanos que perseguem um determinado projeto, precisando da figura de um líder para orientá-los e de tempo para desenvolver suas potencialidades.

Entende-se que a ética deve estar acima de tudo dentro de uma empresa, pois quando esta age dentro dos princípios éticos, aceitos perante a sociedade, tende somente a prosperar.

Com a ideia de harmonizar o convívio da sociedade comum e do setor empresarial são criadas normas formais, que podem estar escritas, ou normas morais, que são de origem simbólica e se manifestam mediante comportamentos enriquecidos socialmente ao longo do tempo. A ideia de harmonizar o convívio social entre organizações e sociedade comum pode fortalecer ou destruir a imagem de uma empresa. A escolha por um comportamento ético consagra um alto valor à reputação da empresa. Os colaboradores devem enxergar seus líderes como maior exemplo de postura ética. A atuação baseada em princípios e valores éticos é a manifestação da responsabilidade social da empresa.

O código de conduta é um dos primeiros passos ao serem dados por uma empresa ao implementar um programa anticorrupção. O *Resource Guide to the FCPA (Foreign Corrupt Practices Act)*¹⁰ afirma que o código é um documento-chave: “um código de conduta de uma empresa muitas vezes é o alicerce sobre o qual um programa de *compliance* eficaz é construído”. O estabelecimento do código de conduta tem como primeiro passo identificar quais as áreas que serão abordadas no documento, que podem variar de empresa para empresa. No ramo da construção civil, por exemplo, aspectos relacionados com licitações podem ser um ponto-chave no código de ética. A comissão envolvida com a elaboração do código precisa conversar entre as diferentes áreas da empresa com o intuito de identificar os principais aspectos das operações e levantar os riscos associados no código de conduta. O código precisa ser atualizado de acordo com os aspectos relevantes, que podem ser alterados ao longo do tempo.

As empresas precisam considerar os códigos de conduta baseados em princípios, ao invés de conter detalhadas instruções. O código pode prever que a empresa só mantenha atividades com terceiros de boa reputação em vez de determinar que a empresa deva verificar antecedentes e incluir cláusulas anticorrupção em contratos firmados. As instruções contidas no código devem ser deixadas para políticas específicas que precisam ser referidas pelo código.

Em termos práticos, quanto mais extenso for o código de conduta, é menos provável que seja lido pelos funcionários. Quanto mais conciso ele for, em seu conteúdo, melhor

¹⁰ THE UNITED STATES. Department of Justice. *Foreign Corrupt Practices Act*. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: ago. 2018.

será a compreensão dos funcionários. O uso de princípios ajuda a manter o documento breve e focado em áreas chaves. Isso também ajuda a evitar a mudança ou correção do código a cada política ou procedimentos internos alterados.

A linguagem adotada pelo código de conduta deve ser de simples compreensão, e o idioma utilizado na língua local. Isso acontece porque o código de conduta tende a ser distribuído por toda a empresa, com funcionários de diferentes formações e níveis de ensino. A empresa precisa deixar o código de ética acessível para todos os funcionários, desde a alta cúpula até o departamento da limpeza, o código de conduta deve ser conhecido por todos os funcionários. Uma boa prática a ser feita pela a empresa é deixar o código disponível para todos os terceiros com os quais a empresa mantém negócios.

Na implementação do código de conduta, faz-se necessária a criação de mecanismos de monitoramento e responsabilização, inclusive mecanismo judiciais, assim como a criação de um canal permanente de recebimento de denúncias e de esclarecimentos de dúvidas. Para se fazer a manutenção de um código de conduta, é necessária a existência de guardiões, que, em geral, integram o conselho de ética, sugerindo mudanças ou acréscimos ao código.

De nada adianta a elaboração de um código de ética se a alta direção de uma instituição não seguir à risca as regras de conduta que o código orienta. O exemplo deve vir “de cima para baixo”. Quando um código de ética e conduta é seguido e levado a sério pela alta liderança de uma empresa os demais colaboradores são motivados pelo bom exemplo de seus líderes e se sentem na obrigação de segui-lo. A alta liderança tem que ser a primeira a seguir o código de ética e conduta. Além do bom exemplo vindo dos líderes no cumprimento das normas, o acompanhamento, a avaliação, a cobrança, a recompensa e os estímulos positivos se fazem necessários na manutenção e aprimoramento do código.

1.4. A Operação Lava-Jato e seu impacto nas relações entre construtoras e o poder público

O caso da Operação Lava-Jato, conhecida como a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro do Brasil, iniciou-se no ano de 2013 pelo Ministério Público Federal em conjunto com a Polícia Federal. Esse nome tão emblemático deve-se à origem da operação ter sido o uso de uma rede de postos de combustíveis e um lava-jato para a movimentação de dinheiro de origem ilícita.

No ano de 2014, a Operação Lava-Jato chegou a sua sétima fase, que foi batizada como Juízo Final. Nessa fase, durante os caminhos das investigações, a operação chegou às grandes empreiteiras do ramo da construção civil do país, tais como Camargo Correa, OAS, Odebrecht, entres outras envolvidas. As investigações identificaram um grande sistema de fraude no procedimento de licitações, que envolvia obras contratadas pela estatal Petrobras. Segundo o Ministério Público Federal, o esquema de corrupção durou cerca de dez anos; as grandes empreiteiras, organizadas em um sistema de cartel, pagavam

propina a executivos da estatal e a agentes públicos. Esses valores em forma de propina variavam em torno de 1% a 5% do montante total de cada contrato firmado, contratos esses que giravam na casa de bilhões de reais e, além disso, eram superfaturados. O dinheiro do suborno era dividido por meio de operadores financeiros que regiam o esquema.

Esse tipo de sistema que foi identificado nas investigações. O cartel constitui-se em um acordo entre os concorrentes de certas obras, com o objetivo de maximizar os lucros. Nessa forma, ao invés de as empresas concorrerem entre si, passam a coordenar suas ações de forma a obter os maiores lucros possíveis. Quando isso acontece, a quantidade de serviço produzido é menor e o preço cobrado pelo serviço é maior. Sabe-se que o cartel pode ocorrer por meio da fixação de preços, delimitação dos territórios de ação dos concorrentes, acordos de condições em concorrência públicas ou privadas, entre outras condutas.

Na concorrência de uma licitação normal, lícita, as empreiteiras disputam entre si, em forma de licitações, para conseguir os contratos em questão. Em contrapartida, a Petrobras contratava aquela empreiteira que oferecesse o menor valor pela obra a ser realizada. No caso do esquema da Operação Lava-Jato, as empreiteiras formavam um cartel para substituir uma licitação real em uma licitação aparente. Os valores expressos nos orçamentos oferecidos a Petrobras já eram previamente calculados e ajustados secretamente em reuniões que já estabeleciam quem iria ganhar os contratos.

O Ministério Público ainda afirma que o cartel formado pelas empreiteiras envolvidas no esquema tinha até um regulamento interno, que simulava um campeonato de futebol, para a definição de distribuição das obras. Para tentar mascarar o delito, o registro escrito da distribuição das obras era realizado como se fosse a distribuição de prêmios de um jogo de bingo. As construtoras cartelizadas precisavam garantir que apenas elas participassem das licitações. Por isso era necessário o suborno a agentes públicos, para garantir a eficácia do esquema. A empreiteira Odebrecht, por exemplo, teve seu nome vinculado como sendo uma das empresas que liderava o esquema de superfaturamento de contratos firmados com Petrobras. De acordo com os envolvidos na operação, a construtora Odebrecht se fez valer da aplicação de um sistema “*anticompliance*”, com a intenção de facilitar o desvio de recursos milionários para o exterior.

A denúncia completa levantada pelo Ministério Público Federal envolveu um total de vinte e duas empresas, as denunciadas se faziam valer de um orquestrado sistema de cartel empresarial, fraudando licitações, subornando agentes públicos e desviando recursos da Petrobras. Segundo as investigações da Operação Lava-Jato, dentre as empresas envolvidas, a grande articuladora do sistema foi a Odebrecht S/A. A Odebrecht manteve relações com a Petrobras entre os anos de 2004 e 2012. Estima-se que, ao longo de todo o esquema, a Petrobras teve um prejuízo total que chega à casa dos R\$ 6 bilhões. As ações até o momento desencadeadas cobram um valor de R\$ 319 milhões de ressarcimento, além de R\$ 959 milhões como pagamento de multa civil e R\$ 3,19 bilhões como indenização por danos morais coletivos. O montante somado é de R\$ 4,47 bilhões em tentativa de amenizar os prejuízos causados pelo escândalo. O tipo de capitalismo

que prevalece no Brasil é o chamado “capitalismo de laços” (CARVALHOSA, 2016). Esse tipo de capitalismo se caracteriza como uma economia na qual o sucesso dos negócios depende das relações entre os empresários e os agentes públicos. Por isso existe o favoritismo para determinadas empresas que contratam serviços públicos e fornecedores.

O “capitalismo de laços” (CARVALHOSA, 2016) é determinado pelo regime direto da relação entre o poder privado e o poder público. Quem lidera esse tipo de capitalismo são as empreiteiras de obras públicas, que em sua maioria são lideradas por grupos familiares, facilitando a manipulação contínua entre o poder privado e o público. Esses laços capitais permitem a manipulação e fraudes de concorrência, leilões e contratos firmados entre os dois poderes. Permitem também a permanente manipulação dos contratos, em forma de superfaturamento, execução incompleta ou defeituosa de obras públicas. Esse tipo de mecanismo mercantil, que é praticado no Brasil, denominado capitalismo de laços, cria uma esfera na qual se adere apenas empresas que fazem parte de um sistema, mais conhecido como cartel, que atua na maioria das vezes em licitações de grandes obras públicas. Essa relação entre o poder público e o privado beneficia apenas as empresas que já fazem parte do tal esquema. Deixando esses tipos de grandes obras restritas apenas a algumas poucas empresas do ramo da construção civil.

Na avaliação do economista italiano Luigi Zingales, essa prática corrói o apoio popular ao capitalismo. O modelo passa a ser visto como uma barreira, e não como uma ponte para o crescimento de indivíduos. A partir do ano de 2014, o Brasil vivencia uma drástica mudança, no que se diz respeito ao combate à corrupção. O Ministério Público Federal (2016) diz que a Operação Lava-Jato é a maior investigação de corrupção, desvio e lavagem de dinheiro já realizada no país. Calcula-se que o montante de recursos desviados da maior estatal brasileira, a Petrobras, esteja na casa de bilhões de reais.

Os efeitos provocados pela Operação Lava-Jato, realizados pela Polícia Federal, tiveram um simbólico crescimento no interesse das empresas de uma forma geral, no aperfeiçoamento das práticas de governança corporativa e conformidade à legislação. Por conta da alta regulação do setor e da frequente relação do privado com o público as evidências se tornaram mais fortes para se identificar as irregularidades. Nas palavras de Ronaldo Fragoso,¹¹ sócio da área de riscos da Deloitte Consultoria, apesar de o quadro conturbado pela Lava-Jato, houve o efeito positivo de se criar perspectivas de melhora no ambiente empresarial brasileiro. “O *compliance* está entre as três principais preocupações dos conselhos de administração da maioria das grandes empresas atualmente”, frisou. “No período pós-Lava-Jato, os empresários descobriram que políticas de governança e *compliance* são temas prioritários no dia a dia”, complementou. Segundo Ronaldo Fragoso,¹²

¹¹ Notícia vinculada no site Estadão, no dia 07 de abril de 2017, versava sobre a Operação deflagrada há três anos levou a construção civil a aperfeiçoar práticas de governança corporativa para evitar irregularidade. Disponível em: <http://www.economia.estadao.com.br/noticias/geral,maior-rigor-com-etica-apos-lava-jato,70001729740>.

¹² Idem.

nos últimos anos, vários agentes públicos estiveram envolvidos em casos de corrupção, o que serviu de combustível para que o próprio congresso e o governo federal reagissem, sancionando novas leis para tentar mudar esse quadro. “Isso criou para as empresas o desafio de se atualizar e se adequar à série de novas leis nos últimos anos”, observou.

O presidente da Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC), José Carlos Martins,¹³ admitiu que existe uma visão negativa, situação que é fomentada por notícias relacionadas a casos pontuais. “Temos certeza absoluta de que a maioria das empresas no Brasil não tem esse comportamento, mas a visão geral não é essa”, afirmou, referindo-se aos efeitos da Lava-Jato. Para José Carlos Martins,¹⁴ o momento conturbado evidencia o quanto é importante para as empresas investirem na conformidade com a legislação e em práticas mais éticas, tanto na relação com agentes públicos quanto com consumidores, trabalhadores, sindicatos, entre outros, pois essa é uma exigência da sociedade como um todo. “Não terá empresa no futuro com capacidade de competir no mercado sem um programa adequado de ética e *compliance*”, apontou.

Diretamente envolvidas com a Operação Lava-Jato, as gigantes do mercado brasileiro, Petrobras, Odebrecht e JBS vem seguindo um roteiro semelhante no sentido de superar a crise de reputação, que seus próprios diretores e funcionários criaram. Essas grandes empresas, além de assumir o compromisso público de abandonar práticas de corrupção e se distanciar de controladores e executivos envolvidos diretamente com a crise, estão investindo em programas de *compliance*, um termo em inglês traduzido como conformidade. De uma forma mais direta de se entender, esse programa significa ética na gestão.

Na era pós-Lava-Jato, esse novo mecanismo vem movimentando grandemente consultorias e escritórios de advocacia pelo país. O *compliance* se trata de um conglomerado de normas e procedimentos, com a intenção de evitar desvios de conduta dentro das empresas, tais como pagamento de propina, vantagens indevidas, superfaturamento de contratos, entre outros assuntos.

Existe também a previsão da implementação de sistemas de monitoramento interno e o desenvolvimento de planos anticorrupção nas empresas. A implementação da política de *compliance* pelas empresas envolvidas na Operação Lava-Jato está demandando um investimento que, na sua totalidade, não é voluntário. Os acordos de leniência firmados entre os envolvidos e o Ministério Público exigem o aprimoramento da governança em concílio com as políticas do novo mecanismo de regulação de ética e moralidade. Nesses acordos de leniência, as empresas assumem a culpa e colaboram com as investigações, em contrapartida recebem penas mais leves.

Para Olga Pontes,¹⁵ diretora do departamento de *compliance* do grupo Odebrecht, “estar em conformidade é essencial para nossa sustentabilidade, sobrevivência e

¹³ Idem.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Notícia vinculada no site g1, no dia 09 de julho de 2017, para virar a página, empresas da Lava Jato investem em planos anticorrupção. Disponível em: <http://g1.globo.com/google/amp/g1.globo.com/economia/negocios/para- virar-a-pagina-empresas-da-lava-jato-investem-em-planos-anticorruptao.ghtml>. Acesso em: jul. 2018.

perpetuidade”, resume. Em 2017, a construtora Odebrecht gastou cerca de R\$ 64 milhões no investimento de políticas de *compliance*, quase seis vezes mais que o montante investido em 2015. A Petrobrás tem hoje uma área de governança e conformidade que ganhou *status* de diretoria desde 2015, e tem cerca de 300 colaboradores envolvidos. Os efeitos da era pós-Lava-Jato passam a ser vistos com bons olhos pela sociedade em geral. Grandes investimentos foram e estão sendo feitos na missão de se ter uma governança mais ética nas empresas brasileiras.

O que a Odebrecht já fez: a) criação do canal para denúncias com garantia de anonimato, administrado por uma empresa terceirizada; b) atualização do Código de Conduta e a nomeação de responsáveis por *compliance* dentro da empresa, que se reportem ao comitê com independência de atuação. Atualmente são nove; c) implantação de conselhos de administração independentes para cada negócio do grupo; d) ampliação do número de conselheiros independentes, sem vínculo empregatício com a empresa. Em 2015, havia seis posições de conselheiros independentes; hoje são treze e o número deve chegar a vinte e quatro.

Nesse mesmo sentido, a companhia Petrobras já tomou as seguintes providências: a) criação de uma diretoria de governança e conformidade e de uma diretoria adjunta; b) implementação de um programa de prevenção de Corrupção (PPPC) e de treinamento, envolvendo a alta administração, conselheiros e funcionários; c) criação de um canal para denúncias anônimas, 24 horas por dia, operado por empresa independente; d) fim da alçada individual de diretores. Decisões executivas agora precisam ser aprovadas por dois diretores em conjunto, ou um diretor e um comitê técnico; e) revisão do processo de indicação para cargos de administração, de conselheiros fiscais e gerentes; f) criação de programa para reavaliar a integridade de reputação dos fornecedores. Outro passo importante na busca de uma relação mais honesta e clara entre o poder público e o privado foi a criação da Lei Federal n. 12.846,¹⁶ de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nacional ou internacional, essa lei é mais conhecida como a Lei Anticorrupção Brasileira, tal lei representou um importante marco no ordenamento jurídico da proteção à administração pública contra a corrupção, trazendo consigo relevantes inovações no campo jurídico brasileiro.

A criação da Lei Anticorrupção trouxe novas perspectiva para o cenário empresarial brasileiro. A lei anticorrupção se tornou como um divisor de águas, no qual se divide a era pré-Lava-Jato e pós-Lava-Jato. É importante dizer que as inovações relevantes trazidas pela Lei Federal n. 12.846/13, em termos legislativos, como o controle da moralidade administrativa, o combate à corrupção e sua tipificação como crime, já existiam no

¹⁶ BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: ago. 2018.

direito brasileiro, a exemplo do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940),¹⁷ da Lei da Ação Popular (Lei Federal n. 4.717/65),¹⁸ da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal n. 8.429/1992),¹⁹ da Lei de Licitações (Lei Federal n. 8.666/93),²⁰ da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010),²¹ da Lei da Defesa da Concorrência - CADE (Lei 12.529/11)²² e da Lei Federal n. 7.347/85,²³ a Lei do Cheque.

No entanto, umas das mais relevantes inovações da Lei Anticorrupção é a possibilidade da imputação da responsabilidade objetiva, na esfera administrativa e civil, em relação aos atos lesivos cometidos por pessoas jurídicas à administração pública. Antes de vigorar a Lei Anticorrupção, a responsabilização administrativa ou civil somente era imputada às pessoas físicas. Portanto, após vigorar a lei, empresas passam a ser consideradas culpadas por suas práticas lesivas contra o patrimônio público e a administração pública.

2. COMPLIANCE NO MUNDO E NO BRASIL

2.1. A busca pela ética empresarial

A ética empresarial tem um termo mais restrito do que o da ética em seu sentido. O tratamento específico desse termo fica relacionado às empresas e com o restante dos segmentos que estão em seu campo de ação. A prática de procedimentos éticos ajuda e facilita a solidificação dos laços de parcerias empresariais.

A ética empresarial tem seu ramo diretamente ligado às empresas, que é referente à conduta ética dessas, e está ligada à maneira moralmente correta com que as empresas se relacionam com o meio envolvido. Para ser considerada ética, uma empresa tem que agir em conformidade com os princípios éticos e morais e conforme o bom proceder perante a sociedade.

Joaquim Manhães Moreira (apud ARAÚJO, 2016, p. 13) diz que a ética empresarial é o comportamento da empresa, entidade lucrativa, quando ela age em conformidade com

¹⁷ BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm. Acesso em: ago. 2018.

¹⁸ BRASIL. *Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Brasília, DF, 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em: ago. 2018.

¹⁹ BRASIL. *Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: ago. 2018.

²⁰ BRASIL. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: ago. 2018.

²¹ BRASIL. *Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm. Acesso em: ago. 2018.

²² BRASIL. *Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: ago. 2018.

²³ BRASIL. *Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: ago. 2018.

os princípios morais e as regras do bem proceder aceitas pela coletividade. A ética empresarial é relacionada ao comportamento ético e transparente entre a instituição e suas partes interessadas, tais como clientes, colaboradores, fornecedores, sociedade e acionistas. A ética empresarial delimita a conduta moral de uma empresa, sendo ela privada ou pública.

Ainda de acordo com Joaquim Manhães Moreira (apud ARAÚJO, 2016, p. 13):

A empresa é uma unidade econômica. Nela o empresário utiliza os três fatores técnicos de produção, a natureza, o capital e o trabalho para gerar um resultado, que é um serviço, um bem ou um direito. O bem, ou serviço, ou o direito é, então, vendido ao mercado pelo preço que este aceitar pagar.

Essa é a caracterização do conceito moderno da atividade empresarial, que é o resultado de evoluções entre as relações econômicas da sociedade e a demanda da evolução comercial. O conceito de ética empresarial foi desenvolvido ao longo do tempo, condicionado pela forte evolução das relações econômicas. Com a evolução de interações econômicas, importantes avanços foram conquistados para as compreensões da ética no meio empresarial. Em meados do século XIII, a *Rerum Novarum* do Papa Leão impôs os princípios da valorização dos direitos dos trabalhadores. No século XVII, a ideia do lucro passou de acréscimo indevido a vetor ético de distribuição de renda e promoção social. A partir de 1890, houve o despertar de uma regulação protetiva para a sociedade consumidora da época em relação à ética nas práticas concorrenciais entre as empresas. Alguns anos mais tarde, o *Clayton Act* acrescentou ao *Sherman Act* a proibição da discriminação de preços em relação aos clientes. Durante o decorrer do século XX, leis e regulações passaram a transmitir um significativo valor à proteção da concorrência e da ética empresarial. No ano de 1972, ocorreu uma significativa manifestação da ética empresarial no sentido de proteção do meio ambiente. Em uma Conferência Internacional Sobre o Meio Ambiente, a ONU sugeriu uma adequação e uma subordinação nas atividades econômicas das nações com o intuito da proteção do meio ambiente.

Depois de cinco anos, em 1977, o congresso americano promulgou a lei denominada *Foreign Corrupt Practices Act*, motivado pelo o famoso caso *Watergate*. Esse fato chamou a atenção mundial, evidenciando o engajamento americano em proibir, com o estabelecimento de punições, as organizações ou pessoas de se envolverem com o suborno para a obtenção de contratos ou negócios.

Quando certa empresa exerce padrões éticos em suas relações, a tendência de crescimento é inevitável, isso conseqüentemente favorece a boa relação e ao crescimento das partes interessadas também. A atuação com transparência evidencia uma boa imagem tanto aos colaboradores, que estão dia a dia vivenciando a aplicação de boas normas e condutas praticadas, quanto para o mercado, que se faz de classificações, como “boa” e “confiável”, o que faz a empresa ser bem vista por seus clientes.

O Brasil está vivenciando uma gigantesca transformação e a ética é trazida para o rol das qualificações que farão a diferença no desenvolvimento das empresas perante a

sociedade em geral. Isso afeta diretamente sua posição no mercado nacional e internacional. Essas mudanças que a ética trouxe exigem conhecimento profundo das legislações vigentes, a atualização e as práticas das iniciativas de *compliance*, com o intuito de manter fechadas todas as possíveis brechas que a corrupção pode encontrar, e permanecer renovando os compromissos em torno do seu combate. Essa nova ferramenta ganha um papel estratégico na administração de entidades e empresas privadas e tem um importante sinalizador do seu grau de organização, maturidade e confiabilidade.

2.2. Os mecanismos de *compliance* no mundo

A palavra *compliance* tem origem no vocabulário inglês, derivada do verbo *to comply*. Seu significado na língua portuguesa não é específico, mas pode ser entendido como conformidade. Nos Estados Unidos, esse foi o termo escolhido para definir um sistema interno de gerenciamento e prevenção de riscos que se referem às práticas ilícitas e antiéticas que podem ocorrer dentro de uma empresa.

Nas palavras de Christiano Pires Guerra Xavier (apud ABREU, 2017, p. 16), o *compliance* é o “ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades das instituições, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório”. Em outros termos, trata-se do conjunto de procedimentos adotados por uma empresa visando ao cumprimento de normas legais e regulamentos, diretrizes e políticas estabelecidas para a organização. O estabelecimento do *compliance* é realizado por meio de programas formais de integridade, que devem ter como ideia a fomentação de uma cultura em que haja o estímulo à ética e o compromisso com o cumprimento da legislação, de modo a prevenir a prática antiética e criminosa.

O cumprimento das leis em vigência deve ser um dever ético dentro de uma instituição. Mesmo assim, em alguns casos, empresas que utilizam dos limites da lei se envolvem em práticas antiéticas. Com isso, o sistema do *compliance* e a ética precisam andar juntos, com a intenção de assegurar a melhor maneira de agir. Pela preocupação das normas regulatórias, com o risco de penalidades e multas, foram aderidas no meio empresarial desde que as normativas e regulações se mostraram ativas. Devido à relação que existe entre a regulação e o *compliance*, observa-se, no decorrer da história, uma grande proximidade entre a criação das ideias que envolvem o novo sistema e a emergência das agências de regulação.

Alguns eventos destacam-se do decorrer do tempo como sendo precursores da criação e adoção do mecanismo dentro de grandes empresas. Vale destacar a grande relação que existe entre o marco da criação do sistema *compliance* e os grandes escândalos empresariais e governamentais que ocorreram ao longo do tempo. Os passos dados rumo à evolução do novo mecanismo são, na verdade, uma resposta aos escândalos de fraudes, práticas antiéticas e corrupção tanto no setor público como no privado.

Na década de 70, nos Estados Unidos, com a promulgação do *Foreign Corrupt Practices Act*, as empresas passaram a ter a obrigação legal de, além de manter livros e

registros eficientes com suas transações, implementarem o sistema de controle interno que seja um auditor interno as atividades que as empresas exercem. No ano de 2010, no Reino Unido, o *UK Bribery Act* respondeu as recomendações da Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, com demonstrações das preocupações estatais com a ética nas relações comerciais. Esses dois fatos são considerados como os pioneiros no mundo de busca pela ética e os mecanismos do *compliance* nas relações comerciais.

2.3. O *compliance* no Brasil

O corporativo brasileiro tem vivido um crescente estímulo pela adoção das políticas de *compliance*, isso se tornou um grande fenômeno dentro das empresas e está em um rápido processo de consolidação. As empresas têm vivido na era da reputação e práticas que mancham sua imagem e podem se destruir em pouco tempo. Existe uma frase de Warren Buffet que se transformou em um mantra no meio dos gestores de empresas, segundo a qual “são necessários vinte anos para construir uma reputação e apenas cinco minutos para destruí-la”.

Vale destacar que é dado o nome de *compliance* ao conjunto de mecanismos e procedimentos ligados à proteção, integridade e ética empresarial, isso tudo com o incentivo institucional à denúncia de atos irregulares e para a apuração e punição dos envolvidos. A chegada do *compliance* no Brasil ocorreu em dois passos no legislativo: inicialmente, houve a previsão do mecanismo e, em segundo momento, aconteceu o seu incentivo.

A Lei Federal n. 12.846/13 inaugurou o incentivo aos mecanismos do novo sistema de prevenção à corrupção. Em um breve histórico, no ano de 1975 nasceu um comitê chamado de o Comitê da Basileia, que era composto por uma organização de bancos internacionais nomeada G10. A intenção dessa organização era proteger o sistema financeiro internacional, com a criação de regras e práticas no controle da atuação dos bancos. No ano de 1998, mais precisamente no mês de julho, o Comitê Basileia aprovou o equilíbrio dos bancos comerciais, com a estipulação de padrões mínimos de capital aos países membros do G10. A intenção desse equilíbrio era minimizar os riscos e garantir a solidez do sistema financeiro internacional, tornando única as normas aplicáveis dentro das instituições financeiras.

Devido ao ocorrido no cenário internacional, a entrada no Brasil do sistema do *compliance* esteve intimamente ligada às instituições financeiras. Em 1990, a partir da abertura comercial do Brasil, conquistou-se espaço no mercado internacional, por isso o país precisou de adequações que o mercado estrangeiro exigia. Uma resolução do Banco Central, no ano de 1988, n. 2554,²⁴ introduziu as tendências internacionais que o Comitê

²⁴ BRASIL. Banco Central do Brasil. *Resolução n. 2554 de 1988*. Dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=Resolucao&data=1998&numero=2554>. Acesso em: ago. 2018.

da Basileia trouxe para a supervisão bancária e também pela *Securities and Exchange Commission* - SEC. Essas duas tendências já levavam consigo a filosofia do *compliance*.

Na década de 90, mais precisamente no ano de 1998, a Lei Federal n. 9.613²⁵ previu em seus artigos a obrigação da implantação de procedimentos de controles internos por pessoas físicas e jurídicas. Essa lei federal também criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Mais tarde, a lei seria substituída pela Lei Federal n. 12.846/2013.

As transformações vivenciadas no presente século exigiram das instituições financeiras uma ação que demonstre a solidez e a transparência do setor perante a sociedade, com a adoção dos controles e mecanismos de controles internos. Foi nesse cenário que surgiu a Circular n. 3.461²⁶ de 2009 do Banco Central, trazendo previsões de auditorias nas instituições e buscando, com isso, legalidade e transparência. O termo *compliance*, juntamente com seus mecanismos de combate interno de riscos, é empregado há aproximadamente vinte anos no Brasil. Destacando para isso o mercado financeiro, que foi o precursor da disseminação do conceito dentro do país.

Com a publicação da Lei Federal n. 12.846 em 2013, as esferas federais, estaduais e municipais tiveram a responsabilidade de regulamentar, adequar e disseminar as diretrizes de combate a atos de corrupção e responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas que cometem atos indevidos contra a administração pública.

2.4. A necessária implantação de *compliance* após a Operação Lava-Jato

Após quatro anos do início da mais emblemática operação contra corrupção do Brasil, bem como outras operações relacionadas, ainda não existe uma data para o término dessa operação. Mas já é possível colher dos fatos mostrados pela operação alguns frutos e algumas lições.

A era pré-Lava-Jato mostrou certa fragilidade do sistema de governança das empresas envolvidas no escândalo de corrupção, dentre elas, Odebrecht, JBS e Petrobras. Essas empresas já possuíam políticas de anticorrupção em seus estatutos, mas, mesmo assim, optaram por agir de forma chamada de "*compliance* às avessas". Isso evidencia que o mecanismo em si só não é suficiente para conter os atos de corrupção no país.

No pós-Lava-Jato, o que se nota é uma grande evolução, adequação e adoção de programas anticorrupção por parte principalmente das empresas envolvidas no escândalo, como já foi mencionado no decorrer deste trabalho. O movimento de adequação não está restrito apenas às empreiteiras do caso Lava-Jato; empresas de outros segmentos estão aderindo a esse grande movimento de implantação de mecanismos de controle e mitigação de riscos da corrupção.

²⁵ BRASIL. *Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm. Acesso em: ago. 2018.

²⁶ BRASIL. Banco Central do Brasil. *Circular n. 3.461 de 2009*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=2009&numero=3461>. Acesso em: ago. 2018.

Uma pesquisa realizada pela Câmara Americana de Comércio (Amcham) apontou que o combate a atos de corrupção e os resultados que a Polícia Federal trouxe com a Operação Lava-Jato evidenciaram uma motivação de diversas empresas a implementarem programas com ênfase no *compliance* para evitar novamente a ocorrência de fraudes e a garantia que os colaboradores trabalhem conforme os acordos e regulamentos internos e externos em seus respectivos mercados de atuação. A pesquisa da Amcham envolveu 130 executivos de diversas empresas e evidenciou que 59% dos executivos investiram em *compliance*. Esses investimentos foram motivados pela Operação Lava-Jato a fim de mitigar fraudes e atos de improbidade administrativa. Cerca de 45% dos entrevistados afirmam que operações de combate à corrupção no meio empresarial resultaram em uma grande pressão para adoção de estruturas de fiscalização e outros 13% afirmaram sentirem-se de certa forma pressionados com todo o contexto criado nos últimos anos, mas sem apresentação do mesmo ritmo de anos anteriores.

Para Giovanni Paolo Falcetta, sócio do escritório de advocacia Tozzini Freire, “nos eventos internacionais [...] a percepção em relação ao meio empresarial do Brasil vem mudando por conta disso”. José Francisco Compagno, sócio de auditoria de Ernst & Young, diz que “em breve, o *compliance* será algo esperado de todas as empresas brasileiras, e a que não o tiver estará em desvantagem”. Para a advogada Shin Jae Kim, sócia da Tozzini Freire Advogados, que atua em São Paulo, os tempos são outros. No momento em que o maior caso de corrupção da história do país se espalha, surge uma mudança de postura com a aplicação de regras mais rígidas contra irregularidades corporativas, resultando em um grande crescimento do setor jurídico no Brasil a partir do ano de 2015. Ainda segundo Jae Kim, “oito anos atrás ninguém falava em *compliance*”. Agora, as investigações “geraram um grande movimento nos escritórios de advocacia”.

Conforme mencionado acima, a era pós-Lava-Jato trouxe um novo cenário para o cenário empresarial brasileiro. Novas expectativas estão sendo criadas para uma nova adequação a um mercado que já era conhecido como um mercado em que a corrupção circulava com certa liberdade. Essa nova adequação leva para o mundo uma nova imagem do Brasil e, como disse Compagno, “em breve, o *compliance* será algo esperado de todas as empresas brasileiras, e a que não o tiver estará em desvantagem”.

3. DEFINIÇÃO DA ESTRUTURA DE GESTÃO DE ÉTICA E COMPLIANCE NA CONSTRUÇÃO CIVIL

3.1. A Lei n. 12.846 de 2013 - Lei Anticorrupção

No ano de 2000, na convenção da OCDE (*Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business*, 2013), o Brasil assumiu um importante compromisso de coibição ao suborno transnacional. Além do compromisso assumido, existia uma grande necessidade de atualizar o sistema jurídico da responsabilização de pessoas jurídicas. Devido

ao compromisso firmado, houve certa pressão sobre o legislador brasileiro, a fim de que respondesse ao compromisso assumido internacionalmente.

Antes da Lei Federal n. 12.846/13 ser criada e entrar em vigor, vigoravam leis como as n. 6.385/76,²⁷ n. 7.492/86,²⁸ n. 9.613/98 e n. 12.529/11, porém essas leis não visavam a sanções para quem praticava o suborno na esfera da pessoa jurídica. A Lei Federal n. 6.385/76 dispõe sobre o mercado de valores mobiliário e cria a Comissão de Valores Mobiliários, também conhecida pela sigla CVM. Mais conhecida como a Lei do Colarinho Branco, a Lei n. 7.492/86 define os crimes contra o sistema financeiro nacional. A Lei Federal n. 9.613 de 1998 dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos na Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Já a Lei Federal 12.529, de novembro de 2011, estrutura o sistema de defesa da concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, altera a Lei n. 8.137/90,²⁹ o Decreto-Lei n. 3.689/41³⁰ - Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347/85, revoga dispositivos da Lei n. 8.884/94³¹ e a Lei 9.781/99³² e dá outras providências.

A Lei de n. 8666/93, que previa suspensão temporária para participar de licitações, impedimento de contratar com a administração pública e declaração de idoneidade, se restringia às sanções do valor dos contratos acordados. Essa limitação possibilitava, em casos de organizações e empresas de porte, o esvaziamento do conteúdo punitivo da sanção, por motivo de que o custo da infração à lei poderia ser menor que o custo do cumprimento do contrato. Também a Lei n. 8.429/92, que dispõe sobre a responsabilização dos agentes públicos por atos de improbidade, levou a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica envolvida em ato de improbidade apenas se comprovado tal envolvimento. A lei mencionada previu uma responsabilidade subjetiva das pessoas jurídicas, tornando dificultosa a responsabilização da pessoa jurídica, pela dificuldade de aproximar as ações do agente privado às intenções da pessoa jurídica.

Devido ao contexto, o compromisso firmado pelo o Brasil e a incapacidade jurídica do sistema de responsabilizar com objetividade a pessoa jurídica, a Lei Federal 12.846/13

²⁷ BRASIL. *Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L6385.htm. Acesso em: ago. 2018.

²⁸ BRASIL. *Lei n. 7.492, de 16 de junho 1986*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm. Acesso em: ago. 2018.

²⁹ BRASIL. *Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm. Acesso em: ago. 2018.

³⁰ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília, DF, 1941. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-normaatualizada-pe.html>. Acesso em: ago. 2018.

³¹ BRASIL. *Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm. Acesso em: ago. 2018.

³² BRASIL. *Lei n. 9.781, de novembro de 23 de 1999*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9781.htm. Acesso em: ago. 2018.

nasceu com o intuito de responsabilizar as pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção. Por esse motivo é que se deu o nome de Lei Anticorrupção. A Lei Federal 12.846/13 trouxe consigo grandes inovações jurídicas em sua redação. Em seu primeiro artigo, a lei dispõe sobre a responsabilidade objetiva na administração e na área civil de pessoas jurídicas por práticas de atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

A Lei 12.846/13 anteviu a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por atos que afetem a Administração Pública. De agora em diante, a responsabilização objetiva amplia seu alcance para a responsabilização da pessoa jurídica investigada por atos de improbidade administrativa.

Nas palavras de Marçal Justen Filho (apud ARAÚJO, 2016, p. 22) “há uma presunção absoluta de que se o indivíduo envolveu a empresa numa prática de corrupção, isso foi resultado de defeitos organizacionais e gerenciais”.

A aplicação da Lei Federal 12.846/13 se dá pelos atos praticados pelas pessoas jurídicas contra a Administração Pública nacional, tais como, administração pública de qualquer esfera dos poderes, União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios. E também contra administração internacional, que pode ser representada por sociedades estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, organizações públicas internacionais, órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas, assim como pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de países estrangeiros. Aplica-se, também, aos atos ilícitos praticados contra a Administração Pública estrangeira, mesmo que tais atos sejam cometidos no exterior. Uma de suas importantes inovações e bem significativa da lei Anticorrupção é a adoção de responsabilidade objetiva da empresa, deixando de ser desnecessária a comprovação de dolo ou culpa da empresa, agora basta apenas a existência do nexo de causalidade entre o ilícito praticado e o interesse ou benefício da empresa para imputar a responsabilização infratora à pessoa jurídica.

A nova lei trouxe em sua origem multas em dinheiro a serem aplicadas às pessoas jurídicas, previu a quantificação de 20%, do respectivo faturamento bruto, ou, se o critério do faturamento bruto não puder ser utilizado, aplica a quantia de R\$ 60 milhões. Existem, ainda, outras sanções que a lei determina, como publicação da decisão condenatória e a suspensão ou interdição das atividades.

Em outros países, por exemplo, na legislação americana, estipula penas para pessoas jurídicas de cinco anos de detenção e multa de US\$ 250 mil e, para empresas, multa de no máximo US\$ 2 milhões. Se a ação fraudulenta for contábil, a legislação americana prevê prisão de 20 anos para as pessoas físicas, já para as jurídicas, multas de até US\$ 2,5 milhões por violação.

No Reino Unido, um dos países mais rigorosos em relação à legislação, prevê pena de prisão de até 10 anos e multa em valores sem limite. A responsabilidade recai tanto para as pessoas como para as empresas. O conceito utilizado pela lei em relação à pessoa jurídica é bem extenso, envolvendo tanto sociedades empresariais como a sociedade comum, independentemente da forma de organização ou modelo societário, fundações,

associações de entidades ou pessoas e consórcios. No contexto extenso sobre a pessoa jurídica, estão incluídos os sindicatos de classe, sendo esses uma entidade associativa.

Porém, a responsabilização sobre os atos ilícitos praticados por dirigentes e administradores da pessoa jurídica é subjetiva, depende de comprovação de vontade ou culpa do autor. No caso da responsabilidade subjetiva, destaca-se que, além da demonstração do nexo de causalidade entre o ato danoso e a conduta do autor, precisa demonstrar que o ato lesivo foi praticado com intenção ou por culpa da pessoa jurídica. Em relação ao caso dos consórcios, a responsabilidade é solidária no âmbito do respectivo contrato de consórcio, restrita essa responsabilidade ao pagamento de multa e à reparação integral do dano. A responsabilidade da pessoa jurídica no campo da administração não afasta a responsabilidade no campo judicial.

A Lei Anticorrupção abriu o campo da implementação e o desenvolvimento dos mecanismos de *compliance* entre as organizações privadas brasileiras. O Brasil saiu da posição de inoperância, diante aos esforços já praticados internacionalmente para o desenvolvimento das novas políticas, para uma posição de país incentivador dos mecanismos de promoção da ética.

3.2. Comentários a ISO 19600

Atenta às transformações que a era pós-Lava-Jato trouxe, a ABNT publicou a versão em português da ISO 19600, que traz orientações para o estabelecimento, desenvolvimento, implementação, avaliação e manutenção do sistema de gestão de *compliance*. Primeiramente, a sigla ISO remete à *International Organization for Standardization*, que é uma organização não governamental fundada no ano de 1947, em Genebra, na Suíça. Atualmente, a ISO está presente em cerca de 160 países e tem como função principal promover a normatização de produtos e serviços, para que esses tenham sua qualidade permanentemente melhorada. A ISO é uma das organizações mais confiáveis no que se diz respeito ao estabelecimento de normatizações técnicas em escala global.

A norma ISO 19600 nasceu em berço Australiano no ano de 2012, com a ideia de propor o desenvolvimento de uma norma ISO para programas de conformidade, com base em uma norma já existente na Austrália, a AS 8306. A proposta inicial foi aceita pelos membros da ISO e uma comissão de projetos foi criada para o desenvolvimento da norma ISO/PC 271 - "Gerenciamento de Conformidade". E após algumas reuniões o comitê da ISO publicou a ISO 19600 - *Standard for Compliance Management* para a votação e abertura de comentários de seus membros.

A norma ISO 19600 foi publicada em dezembro de 2014, com o objetivo de servir de padrão internacional para programas empresariais de *compliance*. Sua tradução para a língua portuguesa se deu apenas no segundo semestre de 2018. A ISO 19600 foi criada de modo a ser uma diretriz para as empresas, e não como um grande sistema de gestão certificável que possa ser exigido. A intenção da nova norma é de auxiliar as organizações

ou empresas a melhorar e expandir a abordagem já existente para o gerenciamento da conformidade. A norma é baseada nos princípios da boa governança, da proporcionalidade, da transparência e da sustentabilidade, e também em termos gerais. As empresas que utilizarem a nova ISO, poderão utilizar essas normativas como orientação independente, ou, ainda, combiná-las com outros padrões ou ferramentas de gestão já existentes ou implementadas pela empresa.

A proposta da norma 19600:2014 é de fornecer uma orientação para que as empresas possam melhorar a atuação dos programas de *compliance*. A base dessa ISO é alicerçada no modelo PDCA [*Plan* (Planejar), *Do* (Fazer), *Check* (Verificar) e *Act* (Agir)], para a construção de uma estrutura de controle e melhoria contínua de processos. O primeiro passo a ser dado no sentido da estruturação do controle e melhoria de processos é o *Plan*, que identifica as obrigações de conformidade que forem consideradas ou mapeadas como riscos, a fim de promover uma estratégia e definir as medidas para enfrentá-los. O segundo passo é o *Do*, que define e implementa os mecanismos de acompanhamentos. O *Check* é o terceiro item do modelo PCDA e avalia se os controles implementados estão em conformidade com o programa estabelecido. E por último, o *Act* está baseado nos resultados obtidos. O programa deverá ser continuamente aperfeiçoado e os casos de não conformidade devem ser gerenciados.

3.3. Comentários a ISO 37001

A ISO 37001 é denominada como sendo a nova norma internacional para o sistema de gestão antissuborno. Essa norma substitui a norma BS 10500 desde o segundo semestre de 2016. Essa ISO permite que a empresa ou organização implemente controles que ajudarão a empresa a prevenir, detectar e abordar o suborno e promover uma cultura empresarial mais ética.

A norma ISO 37001 traz consigo grandes benefícios, entre eles: a) minimização dos riscos: a certificação ISO 37001, trará uma grande ajuda na implementação e melhoria dos controles para combater o suborno, reduzindo os riscos de ocorrência de suborno; b) confiança das partes interessadas: quando a empresa adere à nova norma de conformidade 37001, conseqüentemente, as partes interessadas irão se sentir mais confiantes para manter relações comerciais com tal empresa, pois isso demonstra que a empresa tomou medidas razoáveis no sentido da prevenção à corrupção; c) a Lei 12.846/2013: a ISO 37001, exige da organização ou empresa a implantação de uma política antissuborno e também a nomeação de um supervisor para cuidar da conformidade das políticas antissuborno. Isso, de certo modo, garantirá que todos os colaboradores compreendam a expectativa do que se espera deles, assegurando que a organização permaneça dentro da lei; d) proteção do Ministério Público: caso a empresa seja investigada criminalmente, a certificação ISO 37001 demonstrará que foram tomadas pela empresa em questão medidas classificadas como responsáveis para a prevenção do suborno; e) vantagem

competitiva: na realização de propostas comerciais, a nova certificação 37001, evidencia que sua organização está trabalhando de acordo com as melhores práticas da indústria, permitindo que sempre fique à frente da demais concorrentes.

O desenvolvimento da ISO 37001 inclui uma série de medidas de representação das práticas reconhecidas globalmente que a organização deverá implementar para ajudar a prevenção, detecção e abordagem do suborno. Essa norma pode ser utilizada por qualquer tipo de empresa, independente de setor, tamanho ou localidade.

3.4. Mecanismos de avaliação de risco e corrupção nas construtoras

A corrupção acontece quando alguém usa de artifícios que são imputados pelo poder adquirido na forma de cargos de alta confiança para ganhos privados ilegítimos. A corrupção traz consigo o abandono de boas práticas, como a ética e a moral. O pacto Global da ONU definiu algumas das diversas formas em que a corrupção pode ser encontrada:

Suborno: define-se por oferecer, prometer, dar, aceitar ou solicitar vantagem (financeira ou em espécie) como forma de induzir uma ação, que é ilegal, antiética ou uma quebra de confiança por deixar de agir. O suborno pode ter as seguintes formas: a) propinas; b) pagamento de facilitação; c) doações políticas e beneficentes, patrocínio, viagens e despesas promocionais.

Conflitos de interesse: podem ser caracterizados como quando uma pessoa ou entidade com uma obrigação com a empresa tem um interesse, obrigação ou compromisso conflitante. A existência de um conflito de interesses não caracteriza, por si só, corrupção, mas ela pode surgir quando um diretor, funcionário ou terceira parte contratada violar sua obrigação com a entidade, agindo em favor de outros interesses.

Conluio: pode ocorrer de várias formas, sendo as mais comuns: manipulação de propostas, cartéis e fixação de preços.

Porta giratória: trata-se de corrupção ligada ao movimento de funcionários de alto nível de cargos do setor público para cargos do setor privado e vice-versa.

Patronagem: pode ser entendida como o favoritismo em que a pessoa é selecionada, independentemente de suas qualificações, mérito ou direito, para um emprego ou benefício devido a afiliações ou conexões.

Agenciamento de informação ilegal: trata-se da obtenção de informações corporativas confidenciais obtidas por meio de métodos ilegais.

Nesse sentido, o uso de informações privilegiadas ocorre na transação de títulos feita quando a pessoa por trás da negociação tem conhecimento de informações substanciais não públicas e está, então, violando sua obrigação de manter confidencialidade de tal conhecimento.

Evasão fiscal: não pagamento de imposto para o governo de uma jurisdição onde o referido imposto é devido por pessoa, empresa ou fiduciário que deve ser contribuinte naquela jurisdição.

Para que seja possível minimizar o efeito dos problemas e gerir a ética dentro de uma organização, é necessário utilizar alguns recursos e ferramentas para implementar, disseminar e controlar as atitudes e ações de todas as pessoas envolvidas.

De acordo com a CBIC, é importante que haja um programa formalizado para que as diretrizes a serem seguidas pela organização sejam definidas por um processo organizado, disseminadas em todos os níveis e seus resultados sejam monitorados.

Segundo a CBIC, para estabelecer um Programa de Ética e *Compliance*, é necessário percorrer alguns caminhos, quais sejam, o estabelecimento de uma cultura de ética e *compliance*, de pronto. Em seguida, implantar eficiente gestão de riscos e formalização do programa, que inclui desde a avaliação de riscos de não conformidade até o estabelecimento de canais de fiscalização, denúncia e transparência. Por fim, a disseminação, capacitação e acompanhamento, que vai desde uma comunicação eficiente à implantação de sistemas internos de controle, bem como revisões periódicas do programa institucional ou corporativo de *compliance*.

Dentre esses caminhos a serem percorridos, destaca-se a elaboração do código de ética e conduta, que já foi mencionado no decorrer do trabalho, mas se trata de um conjunto de regras, direitos e deveres que serve como guia para orientar os comportamentos e procedimentos éticos dentro de uma empresa, organização ou de um departamento. O Código de Ética e Conduta é uma declaração formal de boas práticas que abrangem princípios, valores, cultura e atuação socioambiental.

Outro importante passo a ser seguido de acordo com CBIC é a implantação da política de *compliance*, que se trata de um mecanismo de gestão de riscos adotados pelas empresas e que vem se disseminado dentre as grandes corporações na era pós-Lava-Jato. Sua origem se deu no mercado financeiro e se estendeu para as mais diversas organizações, privadas e públicas. Uma tradução mais literal seria “conformidade com as leis e regulamentos internos e externos”. Os objetivos gerais do *compliance* se fundamentam no controle e na mitigação de riscos inerente à corrupção.

A CBIC recomenda que uma avaliação ou análise de risco deva ser feita para a identificação das áreas mais frágeis à violação de leis e para direcioná-las às políticas de *compliance*. Essa análise de risco se torna uma atividade que deve ser realizada com certa frequência, de preferência quando alguma mudança acontece no processo ou no mercado, com o intuito de avaliar as potencialidades das vulnerabilidades, fraudes, corrupções e violações.

A análise de riscos é utilizada para identificar: a) comportamentos e atividades que possam acarretar a eventual violação de leis; b) a probabilidade de ocorrência de cada comportamento e atividade; c) o impacto estimado de cada ocorrência.

Para ser realizada uma correta análise dos riscos, será necessário que seja feito um levantamento detalhado, que envolve entrevistas e reuniões com funcionários de diversos setores de uma empresa, clientes e fornecedores.

A ONU, por meio de seu Guia de Avaliação de Risco em Corrupção, lançado em 2015, estabelece passos para a implementação da análise de riscos em uma organização. São eles: estabelecer o processo, identificar os riscos, classificar o risco inerente,

identificar e classificar os controles de mitificação, calcular o risco residual e desenvolver o plano de ação. Esses seis passos criados pela ONU no ano de 2015, têm a intenção de colaborar com o combate efetivo e a mitigação dos riscos que a corrupção pode trazer para uma empresa.

O procedimento de estabelecer o processo de “*compliance*” e o sucesso da avaliação do risco de corrupção se dá com o comprometimento e adesão total da alta cúpula de uma empresa. Executivos, gerentes, encarregados, dentre outros, devem estar inteiramente envolvidos nas funções e responsabilidades dos mais diversos interesses na avaliação de risco de corrupção. Sem o comprometimento e apoio da alta liderança, avaliações de risco tendem a perder o ímpeto ou ter sua qualidade afetada por executivos e gerentes que não aderiram ao processo.

A avaliação do risco de corrupção deve ter sua responsabilidade geral imputada e assumida pelos encarregados de governança de uma empresa, como sendo, por exemplo, o conselho diretor ou o órgão de supervisão equivalente, ou a responsabilidade pode ser assumida por um comitê designado para essa função.

Durante o estabelecimento do processo, é de extrema importância definir a forma como os riscos serão classificados e registrados, que podem ser exemplificados por meio de formulário utilizado para avaliação de risco. A empresa pode organizar um *workshop*, encabeçado pelo departamento de ética, com a intenção de abordar tópicos de corrupção e mostrar que a empresa pode estar exposta a riscos.

A tarefa de identificar os riscos é de extrema importância. Após fazer o levantamento preliminar, a empresa ou organização tende a identificar e listar os riscos inerentes para cada situação listada no item anterior. Uma das formas a serem utilizadas para o levantamento de informações inclui a coleta de dados via documentos, entrevistas, *workshops* e consultas. O que precisa ser considerado é que existem processos, países e setores específicos que aumentam grandemente a exposição ao risco de corrupção. Fator de risco se resume a razões nas quais ocorre a corrupção no meio empresarial, se baseando no seu ambiente, natureza das suas operações e localização.

De acordo com a CBIC, para direcionar a discussão, na busca dos fatores de risco inerentes ao negócio, procura-se fazer as seguintes perguntas: a) nessa situação, há risco de ocorrer corrupção na nossa organização? b) nessa situação, existe um alto risco de não haver o cumprimento de leis ou acontecer o pagamento de suborno ou propina?

Já na etapa de classificar o risco inerente, como o próprio nome diz, deve ser realizada uma classificação avaliando a chance com que cada risco pode ocorrer e seus impactos dentro da empresa. A empresa deve levar em consideração a real chance de execução de um esquema de corrupção por uma pessoa ou um grupo de pessoas agindo em conjunto.

Nesse tipo de estrutura, é recomendável que a avaliação da chance seja expressa como a chance de o evento fraudulento ocorrer nos próximos doze meses. Essa estrutura deve ser ajustada de acordo com a necessidade para se adequar aos objetivos de gestão de risco de corrupção dentro de uma empresa. Os fatores a serem considerados na estimativa da probabilidade do esquema de corrupção incluem: a) a natureza da transação

ou do processo ao qual o esquema se relaciona (por exemplo, se há uma interação com os funcionários de governo); b) incidentes do esquema de corrupção que ocorreram anteriormente na empresa; c) incidentes do esquema de corrupção no setor da empresa; d) a cultura de corrupção no ambiente local dentro da região onde o esquema seria perpetrado; e) o número de transações individuais relativas ao esquema; f) a complexidade do esquema e o nível de conhecimento e habilidade exigidos para a execução; g) o número de pessoas necessárias para perpetrar o esquema; h) o número de pessoas envolvidas na aprovação ou análise do processo ou transação relativa ao esquema.

No quarto passo de identificar e classificar os controles de mitigação, o mais importante é ter o controle do mapeamento e atividades de mitigação dos riscos de esquemas de corrupção. Os controles devem ter compatibilidade com os resultados potenciais e a probabilidade de ocorrência de má conduta. Se for determinado o risco inerente, a avaliação poderá prosseguir da identificação e da catalogação de controles e processos de mitigação de risco instalados.

De acordo com a CBIC, identificar e catalogar controles, assim como identificar fatores e esquemas de risco de corrupção, pode envolver várias pessoas na empresa. Alguns controles podem ser de natureza financeira ou de responsabilidade de uma função financeira. Outros podem ficar no ambiente jurídico ou de conformidade, enquanto outros podem pertencer aos recursos humanos.

Dentre os controles existentes dentro do mecanismo de avaliação de riscos, existe uma classificação dos tipos de controles possíveis, são eles: a) controles gerais (nível da organização) *versus* controles específicos (nível do processo ou dos negócios); b) controles preventivos *versus* controles detectivos. São ainda exemplos de indicadores conforme os tipos descritos acima: a) controles gerais normal anticorrupção ao nível de organização; b) controles específicos dos negócios; c) controles anticorrupção preventivos; d) controles de detecção anticorrupção. Nessa quarta etapa apresentada pela ONU, é importante envolver os indivíduos apenas que conheçam o processo ou controle que está sendo classificado.

Já a fase de cálculo do Risco Residual pode ser que depois da aplicação dos programas anticorrupção e da mitigação de risco, por meio dos controles internos, que os esquemas de corrupção ainda ocorram. É comum haver um nível de risco residual para cada esquema de corrupção. O chamado risco residual zero é considerado teoricamente possível em um esquema de corrupção específico; o risco nulo acontece apenas se esse esquema não for relevante para as atividades da organização. O risco residual se trata de uma medida de risco remanescente depois de já serem considerados os impactos dos controles na redução do risco. Também é um fator do risco inerente à classificação de controle.

A mitigação do risco de um esquema de corrupção dependerá de quão bem são implementados e operados para a eficiente redução do risco em discussão. O tipo de abordagem utilizada para determinação do risco residual de cada esquema de corrupção depende da abordagem usada para determinar o risco inerente e as classificações de controles.

O conteúdo da CBIC ainda afirma que se uma escala qualitativa, como de risco “alto/médio/baixo”, for usada para classificação de risco inerente e classificação de controles, então, uma escala semelhante pode ser usada prontamente para classificação de risco residual. As classificações de risco residual fornecem à administração uma avaliação de onde pode estar sua maior exposição aos riscos de corrupção. Uma classificação de alto risco residual significa que um risco de corrupção inerente alto não é substancialmente mitigado por controles, deixando um risco residual que pode afetar seriamente a empresa. O risco ser classificado como residual médio significa que o esquema é inerentemente de alto risco, e parcialmente mitigado com controles ou inerentemente de médio risco e não substancialmente ou de maneira alguma mitigado por mecanismos de controle. Baixo risco residual quer dizer que o esquema corrupto é inerentemente de classificação baixa, ou substancialmente mitigado com controles.

Por fim, no desenvolvimento do plano de ação, o risco de corrupção pode ser avaliado com o intuito de determinar se uma resposta ao esquema de corrupção se faz necessária, se caso for, quais serão os elementos do plano. O nível de tolerância ou inclinação do risco é o centro do plano de resposta, que pode ser variável, de acordo com o ramo ou segmento da empresa. A mitigação de risco não se faz necessária para um esquema de corrupção, no qual seu nível de tolerância de risco, em relação ao risco residual esteja dentro dos padrões, já definida pela administração e aprovada pela alta governança. A CBIC destaca em seu guia de ética e *compliance* que, para qualquer tipo de esquema de corrupção que exista o risco residual maior do que o tolerável já estabelecido pela administração, é necessária uma ação para reduzir riscos até que eles estejam dentro da margem tolerável já preestabelecida pela empresa. Para que isso ocorra, se faz necessário um plano de resposta ao risco de corrupção. Essas respostas aos riscos de corrupção são envolvidas de decisões que, em sua maioria, são de difícil realização, como mudança de escopo de negócios, evitando ou até mesmo interrompendo a gerência dos negócios em determinadas localidades geográficas, determinados segmentos da indústria ou mercados cujo risco é de difícil mitigação, ou considerado impossível de mitigar suficientemente e com confiança, ou até mesmo transferindo riscos para terceiros por meio da elaboração dos termos contratuais. Durante o tempo, o mais comum a acontecer em relação às respostas ao risco de corrupção residual, era, e continua sendo, a implementação e o aprimoramento dos controles internos com o intuito de aumentar a mitigação de riscos.

3.5. O papel do engenheiro civil e sua percepção ética na construção civil

A atividade de engenharia civil é economicamente responsável por interferências que influenciam direta e indiretamente na rotina cotidiana da sociedade. Ao mesmo tempo em que mantém aspectos regionais e individuais, a engenharia civil é mundialmente globalizada. Técnicas e materiais são iguais em qualquer lugar do mundo, mas a atuação dos profissionais de engenharia civil merece uma abordagem diferenciada.

O que se espera de um profissional dessa área é que esteja alicerçado em fundamentos éticos e apresente conduta mínima necessária à boa e honesta prática das

profissões em questão. O código de ética da categoria diz que, “a profissão é alto título de honra e sua prática exige conduta honesta, digna e cidadã”. Nesse contexto, a ética é a melhor ferramenta para a divulgação e promoção da proteção social e valorização da profissão. O profissional da engenharia civil deve participar da construção social em prol da orientação ao comportamento humano. O bom engenheiro civil deve criar um pacto profissional que corresponde a um acordo crítico coletivo em torno das condições de convivência e relacionamento, visando a uma conduta profissional honesta e humana. A categoria dos engenheiros civis vivencia uma nova realidade, na qual, além dos profissionais se capacitarem aos novos avanços tecnológicos que o mercado exige, devem se preocupar não só com a execução de bons projetos e gerenciamento de canteiro de obras, mas também devem estar atentos aos regimentos e normas que norteiam a profissão. Os últimos acontecimentos que envolveram vários engenheiros civis na Operação Lava-Jato intensificaram essa ideia de aprendizado e aprimoramento no campo da legislação que vigora a profissão.

O engenheiro civil tem interligação direta com a indústria da construção civil. Nesse tipo de indústria, são três as dimensões em que ela se divide, sendo elas: a) dimensão econômica, responsável por uma expressiva parcela na geração de postos de trabalho; b) dimensão social, que utiliza recursos naturais e sua atividade está intimamente ligada com o meio ambiente; c) dimensão ambiental, na transformação do meio ambiente natural devido suas intervenções.

O papel do engenheiro civil e sua atuação ética têm grande impacto no mercado nacional. Um grande conglomerado de pessoas e interesses gira em torno da indústria da construção civil, ciclo esse que envolve três dimensões, conforme já mencionado ao longo do texto, emprego e renda, responsabilidade social e responsabilidade ambiental. Um grande ciclo gira em torno da indústria da construção civil.

Para o Eng. Francisco Kurimori, ex-Presidente do CREA/SP:

No cotidiano a ética deve ser um balizador das nossas atitudes, tanto na esfera pessoal quanto na profissional. O código de ética profissional é um importante instrumento de consulta e, acima de tudo, de prática diária nas nossas atividades. Nosso desafio atual é tirar o país de uma crise moral. Queremos uma sociedade séria e limpa: recuperar toda ética, toda moralidade, e combater a corrupção.

A percepção e a atuação ética do engenheiro civil começam a ser moldadas quando o futuro bacharel está no ensino superior. Suas atitudes dentro da sala de aula serão um grande exemplo do perfil desse futuro profissional. Essa ideia de atuação politicamente correta deve estar bem alicerçada nos princípios morais do engenheiro. Como visto acima, a interferência do engenheiro afeta uma grande gama de pessoas e interesses de diversas áreas, como por exemplo, a economia do país, conforme se verificou nos resultados pós-Operação Lava-Jato, a grande crise econômica que se instalou no Brasil devido à atuação fraudulenta de algumas pessoas, dentre elas engenheiros civis.

3.6. Procedimentos para licitações e auditorias

A licitação trata-se de um processo administrativo que tem como finalidade assegurar a igualdade de condições para todos que participam da concorrência de um contrato com o poder público. A Lei Federal n. 8.666 de 1993 é quem dita as regras para os critérios que devem ser seguidos para a garantia de uma licitação lícita.

As licitações são muito comuns na relação entre o poder público e o privado, já que a administração pública não disponibiliza de autonomia para promover contratos, dentre eles a contratação de obras de engenharia ou serviços especializados do gênero. Isso acontece porque o poder público não trabalha com recursos próprios ou disponíveis, pois todo dinheiro envolvido em contratos dessa natureza se trata de dinheiro público. Dessa forma, a administração pública deverá declarar na forma de prestação de contas e observar uma série de procedimentos e princípios que a lei determina.

A Lei n. 8.666/93 classifica cinco tipos de licitações, sendo elas: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão. Essas modalidades classificadas pela Lei Federal são determinadas em função dos limites de valores já estabelecidos em lei. Por exemplo, valores-limites para licitação de obras e serviços de engenharia e suas modalidades até R\$ 15.000,00 são dispensados de processos licitatórios; valores até R\$ 150.000,00 é classificado como sendo do tipo convite; acima de R\$ 150.000,00 e até R\$ 1.500.000,00, é classificado como tomada de preços. E por último, valores acima de R\$ 1.500.000,00 a licitação é denominada como concorrência, que é o que acontece na maioria das licitações que envolvem obras de engenharia civil.

A licitação sempre nasce na mente do poder público, que tem como iniciativa a abertura do processo licitatório com a autorização de autoridade competente. Nesse momento inicial, deverá haver a definição exata do objeto que será construído, por exemplo. Normalmente, em um processo de licitação, a ordem se dá na seguinte sequência: audiência pública, edital ou convite de convocação dos interessados, recebimento da documentação e propostas, habilitação dos licitantes, julgamento das provas, adjudicação e homologação. Essa série de procedimentos está regulamentada na Lei n. 8.666/13, que, em resumo, diz da necessidade de conferir a qualificação dos participantes, depois, avaliar e classificar as propostas demonstradas para a execução do objetivo em questão. O licitante que atender todos os requisitos e ofertar a melhor proposta econômica certamente será o vencedor da licitação.

Dentre as etapas mencionadas acima, destaca-se a etapa da habilitação, que trata da avaliação das condições legais de todos os interessados no procedimento licitatório. Dentro do processo da habilitação existem outros sub-processos que são: a) a habilitação jurídica; b) a qualificação técnica; c) a qualificação econômico-financeira; d) regularidade fiscal; e) o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º³³ da Constituição Federal. Os processos e mecanismos que compõem o *compliance* podem beneficiar muitas empresas

³³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/Ccl/VIL03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: set. 2018.

em licitações com o poder público. Uma prova disso é que o TCU (Tribunal de Contas da União) identificou em licitações realizadas entre empreiteiras com a Petrobras a falta de transparência em licitações, em que nem mesmo existiam valores-limites para os projetos.

Por sua vez, a auditoria nada mais é que um mecanismo que trata de um procedimento bem detalhado de investigação das atividades que uma determinada empresa emprega. Seu objetivo é o de investigar se a empresa em questão está em conformidade com normas e dispositivos já estabelecidos previamente.

As auditorias têm como importante papel a avaliação de todo o tipo de procedimento de gestão que certa empresa exerce e agrega valores a ela, realizando dois tipos de avaliação: a) Auditoria de Regularidade: avalia se as transações foram realizadas em conformidade com leis, normas, regulamentos, políticas e procedimentos; b) Auditoria Operacional: analisa os processos de transação contando com controles internos para diminuir os riscos inerentes.

De acordo com o *e-book*, *Ética e compliance na construção civil: como estruturar?*, no caso da Petrobras, a auditoria operacional realizada pelo TCU, que compreendeu os períodos de 2011 a 2014, identificou um grande volume de aquisições, somando um total de R\$ 369 bilhões, dentre esse montante, 45%, que corresponde a R\$ 167 bilhões, sequer passaram por qualquer tipo de licitação. O TCU também identificou que os 55% restantes do total movimentado pela Petrobras, cerca de R\$ 202 bilhões, passaram por licitação, que foi em 99% delas na modalidade convite.

As auditorias são de extrema importância para empresas, principalmente para as que mantêm laços com o poder público, pois tem como finalidade a avaliação dos processos de concorrência, no caso de uma licitação, por exemplo.

Os procedimentos podem se dividir em três, sendo: 1) Análise dos Termos e Exigências: esse tipo de análise tem a função de verificar a legalidade do procedimento licitatório; 2) Análise Preliminar do Projeto: essa etapa elenca os procedimentos que devem ser seguidos em relação à auditoria, que visa à completude, adequação e viabilidade técnica e econômica do projeto; 3) Análise da Planilha Orçamentária: essa etapa tem por funcionalidade a verificação da compatibilidade dos quantitativos de diversos serviços que compõem a obra e o projeto, a etapa em questão também verifica a compatibilidade dos preços orçados no projeto em comparação com os praticados no mercado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de todas as propostas desenvolvidas durante a execução do conteúdo do trabalho, nota-se no cenário brasileiro uma mudança significativa no que diz respeito ao aprimoramento das práticas do *compliance*. Ajustes e adequações estão sendo feitos para a melhoria da governança empresarial. Esses ajustes e adequações não se restringem apenas às empresas envolvidas no escândalo da Lava-Jato e do ramo da construção civil; o restante do empresarial que compõe os outros ramos também sentiu a necessidade de tal melhoria.

A implantação dos mecanismos do termo *compliance* já é considerada como um diferencial para a empresa que o utiliza. De agora em diante, esse termo que também está inserido na Lei Federal 12.846/13 gerará uma grande revolução na busca de uma governança mais ética e honesta. Já existe um grande movimento dentro dos escritórios de advocacia para a implantação das novas políticas.

O *compliance* é o futuro no Brasil. A imputação da responsabilidade civil também ganha uma grande importância na era pós-Lava-Jato. Ficou bem evidente a atuação e responsabilidade civil dos envolvidos no grandioso esquema de corrupção, envolvidos esses que se faziam valer do título de engenheiro civil. Com o conceito já existente antes mesmo da operação do esquema acontecer, do termo em questão, de agora em diante, o peso da responsabilidade civil e suas punições serão vistas com outros olhos por aqueles que pensam em agir de maneira ilícita.

A mudança que está ocorrendo na era pós Lava-Jato, já é vista com bons olhos pelo mercado internacional. A tendência é de cada vez mais as empresas brasileiras buscarem ferramentas e mecanismos que visam à implementação de políticas de combate à corrupção e transparência em suas relações comerciais.

Dentro das novidades no combate à corrupção, podemos destacar quatro ferramentas de extrema importância, sendo elas os mecanismos do *compliance*, a Lei 12.846/2013, a ISO 19600 e a ISO 37001. Algumas dessas ferramentas já existiam antes do grande escândalo de corrupção, outras foram criadas exclusivamente para auxiliar o combate aos atos ilícitos e ganharam um enorme destaque na era pós Lava-Jato.

REFERÊNCIAS

ABREU, B. C. *Compliance: breve esboço jurídico sobre a lei anticorrupção*. Macaé: Universidade Federal Fluminense, 2017.

ALVARENGA, D.; MELO, L. Para virar a página empresas da lava-jato investem em planos anti-corrupção. *G1*, Rio de Janeiro, jun. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticias/para- virar-a-pagina-empresas-de-lava-jato-investem-em-planos-anticorrupcao.ghtml>. Acesso em: 05 ago. 2018.

ARAÚJO, B. S. S. *A Lei 12.846/13 e os incentivos aos mecanismos de compliance: uma análise da lei federal e seus regulamentos*. Brasília: UnB, 2016.

ARCHETI, E. O papel ético do profissional de engenharia civil. *Linkedin*, jul. 2016. Disponível em: <http://www.linkedin.com/pulse/o-papel-ético-do-profissional-de-engenharia-civil-erico-archeti>. Acesso em: 04 out. 2018.

AYRES, C. H. S. Boas práticas para a elaboração de códigos de conduta. *FCP Américas Blog*. Brasília, out. 2014. Disponível em: <http://www.fcpamericas.com/portuguese/boas-praticas-para-elaboracao-de-codigos-de-conduta/>. Acesso em: 22 jul. 2018.

BONATELLI, C. Maior rigor com ética após lava-jato. *Estadão*, Rio de Janeiro, abr. 2017. Disponível em: <http://www.economia.estadao.com.br/noticias/geral,maior-rigor-com-etica-apos-lava-jato,70001729740>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL Econômico. *Compliance* tem maior atenção dos empresários após repercussão da lava-jato. *Economia IG*, 20 out. 2017. Disponível em: <http://economia.ig.com.br/2017-10-20/compliance-pos-lava-jato.html>. Acesso em: 6 set. 2018.

CARVALHOSA, M. Combate efetivo à corrupção depende da quebra do capitalismo de laços. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 967, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-14/modesto-carvalhosa-combate-corrupcao-ataca-capitalismo-lacos>. Acesso em: 15 jul. 2018.

CBIC. *Guia de ética e compliance para instituições e empresas do setor da construção da CBIC*. Brasília, 2016. v. 1.

INSTITUTO ETHOS. *Formulação e implantação de código de ética em empresas: reflexões e sugestões*. São Paulo: Ethos, 2000. Disponível em: <http://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2013/05/Elaboracao-Codigo-de-Etica-Ethos-Claudio-Abramo.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2018.

JUNIOR, E. E. M.; OLIVEIRA, A. M. V.; FLEURY, M. N. T. Entenda o caso Odebrecht a partir do estudo da colaboração premiada e do acordo de leniência. *Clarão multidisciplinar jurídico*. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18837&revista_caderno=8. Acesso em: 15 ago. 2018.

LLOYD'S REGISTER. *ISO 37001: sistema de gestão antissuborno*. São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.lrq.com.br/Certificacao/iso-37001-sistema-de-gestao-antissuborno/>. Acesso em: 24 nov. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Lava-Jato: entenda o caso*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 5 set. 2018.

OLIVEIRA, D. U. Responsabilidade civil no direito brasileiro. *Administradores*, São Paulo, nov. 2008. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/mobile/artigos/negocios/responsabilidade-civil-no-direito-brasileiro/26382/>. Acesso em: 10 jul. 2018.

QUALITIVIDADE. *A norma ISO 19600:2014: a implementação de um padrão global para o gerenciamento da conformidade (compliance)*. Disponível em: <http://www.qualitividade.com.br/norma-para-sistema-de-gestao-da-conformidade-compliance>. Acesso em: 21 nov. 2018.

RUI, M. C. A fundamentação na ética e explicitação de princípios e valores. *Webartigos*, São Paulo, 7 nov. 2011. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/a-fundamentacao-na-etica-e-explicitacao-de-principios-e-valores/79302>. Acesso em: 12 jul. 2018.

SANTOS, P. P. S. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875. Acesso em: 17 set. 2018.

SOUSA, J. L. A ética empresarial como diferencial competitivo nas organizações. *Administradores*, nov. 2009. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/mobile/artigos/marketing/a-etica-empresarial-como-diferencial-competitivo-nas-organizacoes/36081/>. Acesso em: 10 jun. 2018.

SPINETTO, J. P. Após escândalos, *compliance* é a nova palavra de ordem no Brasil. *UOL*, São Paulo, 20 jan. 2015. Seção Economia. Disponível em: <http://economia.uol.com.br/noticias/bloomberg/2015/01/20/apos-escandalos-compliance-e-a-nova-palavra-de-ordem-no-brasil.htm>. Acesso em: 8 set. 2018.

THOMÉ, Brenda Bressan. Ética e *compliance* na construção civil: como evitar riscos na fiscalização. *Sienge*, Rio de Janeiro, 1 dez. 2016. Disponível em: <http://www.sienge.com.br/blog/etica-e-compliance-na-construcao-civil-como-evitar-riscos-na-fiscalizacao>. Acesso em: 18 jul. 2018.

WERNECK, T. *Compliance* em tempos de lava-jato. *Hsm Experience*, São Paulo, 26 jun. 2017. Disponível em: <http://experience.hsm.com.br/trails/compliance-etica-e-transparencia/post/compliance-em-tempos-de-lava-jato>. Acesso em: 7 set. 2018.

ZANQUIM JUNIOR, J. W.; MATUISKI, C. E. F.; CHAGAS, L. *Responsabilidade civil do engenheiro*. São Carlos: Universidade Federal de São Carlos, 2016.

O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL: UM TRAÇO SOB AS PERSPECTIVAS HISTÓRICA E MORAL*

THE FIGHT AGAINST CORRUPTION IN BRAZIL: COMMENTS UNDER MORAL AND HISTORICAL PERSPECTIVES

LUCIANO ELIAS REIS

Doutorando e Mestre em Direito Econômico pela PUC/PR, com Estágio na *Universidad Rovira i Virgili* - Espanha. Professor de Direito Administrativo no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Advogado. Endereço eletrônico: luciano@rcl.adv.br.

MARIANA CAMILLO SILVESTRE

Auditora Federal de Finanças e Controle - Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. Advogada.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Conceitos de corrupção - 2. A corrupção no Brasil: 2.1. Abordagens teóricas; 2.2. Aspectos relativos à moralidade e à ética na questão da corrupção; 2.3. Causas da corrupção no Brasil; 2.4. O Brasil no cenário global - 3. Normas de combate à corrupção no Brasil: 3.1. Império; 3.2. República: 3.2.1. Decreto-Lei nº 2.848/1940 e leis penais especiais; 3.2.2. Lei nº 8.112/90; 3.2.3. Lei nº 8.429/92; 3.2.4. Lei nº 8.666/93; 3.2.5. Lei nº 9.504/97; 3.2.6. Lei nº 12.527/2011; 3.2.7. Lei nº 12.813/2013; 3.2.8. Lei nº 12.846/2013 - Conclusão - Referências.

RESUMO: Este artigo trata da corrupção no Brasil, desde seus primórdios, analisando as causas, os aspectos e as normas editadas no país com o intuito de combater a corrupção.

PALAVRAS-CHAVE: corrupção; perspectivas; moralidade; ética.

ABSTRACT: This paper deals with the corruption in Brazil since the beginning, analyzing the causes, aspects and the rules issued in the country in order to fight against corruption.

KEYWORDS: corruption; perspectives; morality; ethics.

* Data de recebimento do artigo: 06.03.2019.

Datas de pareceres de aprovação: 02.05.2019 e 11.05.2019.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 24.05.2019.

INTRODUÇÃO

Os atos de corrupção no Brasil remontam aos primórdios da Colonização Brasileira pelos Portugueses, sendo que desde a sua fundação já existiam problemas relacionados à falta de organização da gestão pública como um todo. Não houve respeito à vontade do povo e nem planejamento a médio e longo prazo para o país, tanto que a ocupação dos espaços (em todos os sentidos e esferas) ocorreu de forma desordenada, o que *per se* gera um ambiente propício à corrupção.

São diversas as variáveis que giram em torno deste fenômeno considerado global, quais sejam, políticas, legais, institucionais e culturais, assim como éticas, morais, sociais, dentre outras. Saliencia-se que a tentativa de combater a corrupção é tão antiga quanto os atos corruptivos, sendo que o estudo de seu histórico demonstra a vasta legislação existente desde o tempo do Império com o intuito de coibir tais atos. Contudo, pode-se dizer que são recentes os esforços tanto da sociedade quanto dos aplicadores da Lei para que haja efetividade no cumprimento dessas normas.

1. CONCEITOS DE CORRUPÇÃO

Conceituar a corrupção é um dos primeiros problemas encontrados no momento em que se decide pelo estudo desse tema. Devido à complexidade e à diversidade das variáveis que envolvem o assunto corrupção, torna-se difícil traçar uma definição específica a seu respeito.

De acordo com a definição encontrada no dicionário Aurélio, corrupção é o “ato ou efeito de corromper; decomposição, putrefação. Devassidão, depravação, perversão. Suborno, peita”.¹ Conforme explica Melillo Dinis Nascimento, “há uma definição legal, outras definições políticas, definições da opinião pública e da opinião publicada, dentre outras acepções”. Segundo o autor, “a questão da conceituação não é um problema de fim, mas de método” e para tanto, são utilizadas quatro dimensões: i) a dimensão das relações corruptas; ii) a pluralidade do significado da corrupção; iii) a dimensão estrutural; e iv) a dimensão da reforma.²

A partir desses modelos, propõe como conceituação para a corrupção a ideia de que essa “é a interação voluntária de agentes racionais, com base em ordenamento de preferências e restrições, na tentativa de capturar, ilegalmente, recursos de organizações públicas, das quais pelo menos um deles faz parte, sendo as ações propiciadas por ambiente de baixa *accountability*”.³ De forma simplificada, “a corrupção é o uso de bens, serviços, interesses e/ou poderes públicos para fins privados, de forma ilegal”.⁴

¹ CORRUPÇÃO. In: *Novo dicionário eletrônico Aurélio*. 3. ed. 1. imp. Curitiba: Positivo, 2004.

² NASCIMENTO, Melillo Dinis do (org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 63.

³ *Ibidem*, p. 65.

⁴ *Ibidem*, p. 65.

Em igual sentido, Flávia Schilling explica que a indagação sobre o que é corrupção “costuma ser o ponto de partida dos estudiosos [...], é também o primeiro ponto revelador de uma dificuldade”.⁵ Justifica pelo argumento de “se muitos tentam dar conta de tal entendimento, muitos também consideram que este é impossível”,⁶ visto que é um termo de amplo escopo, fortemente carregado de sentidos éticos e imprestáveis para definições sociológicas ou jurídicas. Reverbera, ainda, que além de não ser possível defini-lo, este se apresenta em constante modificação em suas práticas, as quais invariavelmente dizem respeito a “relações entre quem detém o poder decisório e quem detém o poder econômico”.⁷

Pode-se apresentar também um conceito encontrado no Dicionário de Política. Conforme a autora, a definição de corrupção limita-se ao “comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estatal”.⁸ A partir dessa definição, são apresentadas três formas de corrupção, quais sejam, o suborno, o nepotismo e o peculato.

Diferentemente da definição perquirida pelos mais diversos estudiosos de todas as áreas, inclusive sob o ponto de vista sociológico ou filosófico,⁹ o conceito no ordenamento jurídico brasileiro “simplifica” tal intento ao prescrevê-lo no Código Penal, Decreto-Lei 2.848/1940, no Título XI - Dos crimes contra a administração pública, artigos 317 e 333, que dividem a Corrupção em Ativa e Passiva.

Sob o viés da legislação brasileira, Edmundo Oliveira ensina que nos crimes de corrupção, seja ela passiva ou ativa, “o bem jurídico protegido em lei e atingido pelo crime é o decoro da administração, que tem como condição a legalidade de seu exercício e como consequência a sua credibilidade”.¹⁰

Em que pese a diversidade de conceitos apresentados, fundamentos científicos e suas variáveis ou até mesmo a dificuldade em definir com exatidão o termo corrupção, é notória a correlação entre corrupção e a legalidade dos atos praticados no âmbito da Administração Pública, ainda mais contextualizando atualmente com o que é vivenciado nos últimos anos no Brasil. Não se desconhecem as corrupções e desvios do setor privado, tanto que diversas normatizações existem para afastá-las ou mitigá-las, inclusive até índices nacionais e internacionais.

Por tais singelas e rápidas noções, infere-se que a corrupção pode ocorrer em ambas as esferas, pública ou privada, seja ela a partir de um desvio de recurso feito por um funcionário público, originada a partir de um ente privado em relação à Administração Pública, ou mesmo apenas no domínio privado.

⁵ SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 44.

⁶ Idem.

⁷ Idem, p. 44.

⁸ Ibidem, p. 47.

⁹ Eloy Garcia faz interessante crítica sobre os diferentes fundamentos e raciocínios para definir corrupção em estudo que alude à corrupção descrita por Maquiavel. GARCIA, Eloy. *Istorie Fiorentine de Maquiavelo: una primera definición moderna de corrupción. Quaderns d'Italià*, n. 15, p. 117-126, 2010.

¹⁰ OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 53.

2. A CORRUPÇÃO NO BRASIL

2.1. Abordagens teóricas

A questão da abordagem teórica sobre o tema corrupção é um assunto de grande complexidade e que pode ser tratado sob diversas óticas.

A explicação acerca da existência da corrupção, em que pese parecer fácil em um primeiro momento, torna-se dificultosa a partir de um estudo mais aprofundado do assunto, vez que não se resume apenas a ações isoladas de esperteza e malandragem.

O estudo do tema pode partir tanto de premissas culturais quanto legais, morais e institucionais, sem que se deixe de analisar, também, o contexto econômico, social e político em que ocorre a prática da conduta corruptiva.

Sob a perspectiva cultural, pode-se dizer que a cultura da corrupção em nosso País provém dos tempos do Brasil Colônia. Contudo, em que pese a cultura ser uma forte influência quando se fala de práticas de corrupção, existem diversos aspectos importantes a serem considerados em um estudo acerca deste tema, como a instabilidade política, as estruturas de mercado, a escolaridade, os mecanismos de controle e os regimes de Estado, dentre outros.

Melillo Dinis Nascimento explica que no Brasil tem se apresentado em uma proporção tamanha que “contamina todos os níveis do Estado brasileiro”.¹¹ Por esse motivo, “a Constituição de 1988, diante da quantidade e complexidade da corrupção, elevou a questão da transparência e da moralidade públicas ao *status* de direitos essenciais ao próprio Estado”.¹²

Sérgio Ferraz discorre no Estado Brasileiro de forma a abordar o aspecto moral, visto que o Princípio da Moralidade se encontra expresso no ordenamento constitucional e deve ser obedecido pela Administração Pública, conforme preceitua o *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988. Segundo o autor, para que tal princípio seja respeitado, é fundamental a existência de uma estrutura jurídica baseada nos princípios da separação de poderes, da supremacia da Constituição e da soberania do povo. Ou seja, os Poderes integrantes do Estado, o próprio Estado e a sociedade como um todo devem atuar de forma a atender à moralidade e preservar o Estado de Direito.¹³

Tércio Sampaio Ferraz explica sobre a origem da corrupção fazendo uma análise sobre a legalidade sob o viés francês e o prussiano. Contudo, aduz que no Brasil prepondera um aquilate do espírito ético dentro de um patamar patrimonialista, isso porque historicamente a lei “é vista como um meio capaz de produzir favorecimentos e desfavorecimentos

¹¹ NASCIMENTO, op. cit., p. 60.

¹² Idem.

¹³ FERRAZ, Sérgio. Corrupção: algumas reflexões. *Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, abr. 2009. p. 2.

antes mesmo de ser um comando geral e impessoal”, ou seja, a lei não serve como uma barreira ou um amparo para a discricionariedade, e sim como um instrumento de poder.¹⁴

A partir dessas premissas, percebe-se que a corrupção no Brasil se apresenta de forma arraigada e forte. Contudo, é temeroso entender que a “cultura da corrupção” é tão somente a única origem desse fenômeno, porquanto variáveis políticas, econômicas e sociais contribuem para que a prática de tal conduta possa levar o País à desmoralização da sociedade, bem como do Governo de modo geral.

2.2. Aspectos relativos à moralidade e à ética na questão da corrupção

Sob uma análise inicial da palavra moral, esta se refere a normas de conduta e comportamentos de grupos sociais, bons costumes, pudor, honestidade, espírito intelectual e modo de proceder em relação ao próximo. Já a ética pode ser entendida, a princípio, como um sinônimo de moral, ou até mesmo a ciência da moral. Já em uma abordagem mais aprofundada, percebe-se que o aspecto moral se reflete sobre a capacidade de a consciência distinguir entre o bem e o mal. A partir dessa reflexão, iniciam-se diversas discussões acerca do que pode ser entendido por moral, dentre elas a reflexão filosófica do termo.

Quando do exame da moral sob o ponto de vista da filosofia, em uma experiência concreta relativa ao comportamento humano, a moral pode ser denominada como ética. A palavra ética, por sua vez, deriva do grego *Ethikè* e essa de *Ethos*, costume, e pode ser vista tanto como ciência quanto como arte. “É *ciência* na medida em que se refere ao conhecimento racional dos princípios que regem o comportamento humano; é *arte* enquanto põe em prática os ensinamentos da ciência moral”.¹⁵

Contudo, tais normas comportamentais não obrigam o homem, pelo contrário, elas dependem da consciência moral e ética para serem seguidas e, por conseguinte, colocadas em prática. Isto é, o homem pode cumpri-las ou descumpri-las de acordo com a sua vontade. A concepção da moral na visão de Kant associa “a moral à esperança de recompensa e ao temor do castigo, e exige a pura compreensão intelectual do bem e o esforço hercúleo diante das tentações”.¹⁶ A consciência do homem em relação ao seu comportamento sob o aspecto da moralidade e da ética tem como base a sociedade, seus costumes e valores. Os homens agem de acordo com o que sua consciência entende por bem ou por mal, bem como por obrigação ou tradição.

No que tange à administração pública sob a regência da Constituição da República Federativa de 1988, o aspecto moral da conduta de um agente público deve ser observado

¹⁴ FERRAZ JR, Tércio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio. *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri: Manole, 2009. p. 181-183.

¹⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 183.

¹⁶ *Ibidem*, p. 185.

a partir do princípio da moralidade, além da obediência ao da Legalidade, os quais se encontram intimamente ligados para que haja o bom andamento da gestão pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresenta a moralidade administrativa como um conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração. Para a jurista, a atuação com base na moralidade segue as mesmas regras de condutas acima apresentadas, ou seja, “implica em saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto”.¹⁷

Isso posto, conclui-se que a ética é uma conduta que se submete à vontade do homem e depende da sua consciência para ser colocada em prática, seja na esfera pública ou privada. Quanto aos atos praticados pelos agentes públicos, esses devem sempre atender aos princípios da moralidade e da legalidade para que o bem moral se concretize.

2.3. Causas da corrupção no Brasil

Para que se possa abordar as possíveis causas da prática de corrupção no Brasil, é necessário o retorno à época em que teve início a colonização do país por Portugal. Neste tempo, o Brasil era visto apenas como um local do qual poderiam ser extraídos produtos que gerassem riquezas para Portugal. A colônia trouxe uma diversidade de possibilidades de exploração de matérias-primas consideradas, à primeira vista, inesgotáveis.

Para que a fonte de renda, por assim dizer, bem como de matérias-primas a serem exportadas para a Europa tivesse uma forma de organização, em determinado momento da colonização do país houve a necessidade de regulamentar certas atividades aqui exercidas. Foi então que se constituiu a base da sociedade, a partir do que os colonizadores entendiam as providências básicas a serem tomadas quando do início de um povoado, sendo elas a criação de uma alfândega, uma igreja e um pelourinho.

A inexistência da personificação de uma autoridade pública específica que viesse a comandar esse novo povoado culminou na fragilidade dessa sociedade criada às pressas para que houvesse o funcionamento mínimo da colônia a ser explorada. Tal situação se dava tanto em razão da distância de Portugal quanto da falta de interesse dos colonizadores que vislumbravam prioritariamente a exploração das novas terras.¹⁸

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 69.

¹⁸ Para Raymundo Faoro, há a linha patrimonialista do Brasil, o qual seguiu “a evolução de Portugal que desde o século XIV se havia livrado dos fracos traços de feudalismo e implantado um capitalismo de Estado de natureza patrimonial. Aos poucos, formou-se um estamento burocrático, instrumento de domínio do rei que se tornou independente do próprio rei”. A colonização foi empreendimento capitalista-mercantilista coordenado e conduzido pelo rei e por tal estamento, minoria dissociada da nação da qual sai a elite, classe política, que governa e separa governo e povo, Estado e nação. O capitalismo mercantilista monárquico bloqueou a evolução do capitalismo industrial em razão do estamento burocrático, logo também obstaculizou a sociedade de classes e o Estado democrático-representativo. (CARVALHO, José Murilo. *Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual*. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, p. 229-250, 1997. p. 239).

A má organização por parte dos Portugueses para a gestão da colônia fez com que ocorressem “práticas administrativas lesivas aos interesses da coletividade e voltadas para o Poder central”,¹⁹ o que implicou no surgimento de “problemas sociais, políticos e econômicos que se tornaram crônicos e ainda mais incontroláveis, tendo em vista a legislação frouxa e manipulada, segundo a vontade do Poder central”.²⁰

Nessa época, mesmo existindo uma lei não tão rígida, em muitos casos ela era simplesmente ignorada pelas autoridades “sempre que contrariasse os interesses dos poderosos e seus apaniguados”.²¹ Com base nesses pilares, houve o surgimento da República, o que de certa forma contribuiu para a falta de valores que se perpetuou na população desde então e adentrou a vida político-social dos brasileiros.

Ruy Barbosa foi um grande crítico da forma de administração utilizada no país, que priorizava a centralização e o atendimento à vontade do Poder central em detrimento dos anseios da população brasileira. O jurista “alertava para o grave problema da corrupção e da impunidade que atingia ativamente os altos escalões da então novel República inaugurada com a Constituição de 1891”.²²

Diante de tais considerações acerca do contexto e da forma como se deu a criação do povoado hoje conhecido como Brasil, bem como da transformação deste em República, pode-se afirmar que um país fundado em alicerces e premissas errôneas, as quais privilegiavam a falta de organização da sociedade, o desrespeito à vontade de um povo e a ocupação desordenada de um território, dentre outros, apresenta uma predisposição a atos de corrupção. Portanto, a partir da observação história de nosso país, tem-se que diversos são os motivos pelos quais a corrupção existe de forma contínua desde os tempos do Brasil Colônia.

Martins Júnior apresentou “condutas imorais aceitas pela sociedade, excessiva intervenção do Estado na esfera privada; baixos salários dos agentes públicos e um viciado processo eleitoral, cujas campanhas recebem financiamento privado”²³ como causas da corrupção. Nesse sentido, Jorge Hage entende que “o financiamento empresarial”²⁴ de campanhas fere, antes de tudo, um princípio constitucional, o da igualdade (art. 5º), e afronta uma premissa universal dos sistemas democráticos: um homem, um voto”.²⁵

¹⁹ RONZANI, Dwight Cerqueira. Corrupção, improbidade administrativa e poder público no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VIII, n. 10, jun. 2007. p. 72.

²⁰ Idem.

²¹ Ibidem, p. 73.

²² BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 29.

²³ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 3-4.

²⁴ Quando ainda era permitido, já que após a decisão do Supremo Tribunal Federal passou a ser prática vedada (ADI 4650).

²⁵ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/118742-financiamento-democracia-e-corrupcao.shtml>. Acesso em 24 maio 2018.

Para Bertoncini, “a causa da corrupção política e administrativa reside, em última análise, no choque entre o interesse público e o interesse privado”,²⁶ dado que ela ocorre a partir do momento em que o agente público sucumbe às pressões externas e acaba atendendo aos próprios interesses ou aos interesses de determinados grupos. Tal atitude faz com que o Estado seja desviado de sua finalidade legítima por meio da colisão entre os princípios da moralidade e da legalidade, em que o agente público atua de forma imoral e deixa de obedecer ao seu dever de agir conforme os preceitos da Lei. Nesse sentido, em relação à esfera estatal, a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma.²⁷

No tocante a causas da corrupção, também é mencionada a falta da participação popular na política de um país, vez que, não existindo o controle dos atos praticados pelos agentes públicos, estejam eles em qualquer das categorias apresentadas, torna-se mais fácil a prática de atos corruptivos. Acaso existisse a participação do povo no controle dos atos relativos à gestão como um todo da Administração Pública, menor a chance de propagação da corrupção. Nesse sentido, Bobbio ensina que “a democracia é idealmente o governo do poder visível, ou do governo cujos atos de desenvolvem em público, sob o controle da opinião pública”.²⁸

Por outro lado, os regimes ditatoriais e autocráticos, com os quais o Brasil conviveu por longos períodos, não permitem o exercício do controle e estão sujeitos a altos índices de corrupção. Contudo, a democracia e a conseqüente participação popular nos atos do governo não necessariamente isentam um Estado da corrupção, já que o próprio regime democrático possui vertentes que propiciam, ou mesmo estimulam, a prática de atos de corrupção.²⁹

Em uma abordagem filosófica, Marilena Chaui explica que “favor, substituição e paternalismo evidenciam que a prática da participação política, através de representantes, não consegue se realizar no Brasil”.³⁰ No que se refere à democracia no país, a autora sustenta que “os representantes, em lugar de cumprir o mandato que lhes foi dado pelos representados, surgem como chefes, mandantes, detentores de favores e poderes”,³¹ pensamento que se encontra em consonância com os argumentos aqui apresentados.

Dados da Transparência Internacional, ONG que atua no combate à corrupção, demonstram que o elevado índice de burocratização e a considerável taxa de imprevisibilidade

²⁶ BERTONCINI, op. cit., p. 33.

²⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 07.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução J. Ferreira. Brasília, DF: UnB/Polis, 1988. p. 208.

²⁹ GARCIA; ALVES, op. cit., p. 09.

³⁰ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002. p. 436.

³¹ Idem.

econômica podem ser apontados como importantes causadores da corrupção no Brasil. Da mesma forma, o baixo nível educacional e cultural, assim como o alto grau de crença popular quanto à legitimidade das regras de controle da moralidade contribuem para o aumento deste fenômeno. Não se pode esquecer que a falta de sensação de pertencimento dos cidadãos como destinatários de um governo é um forte fator também.

Como visto, os atos de corrupção são provenientes de diversos fatores que se concentram mais especificamente na confusão entre os interesses público e privado, na falta de atuação da população na política do país, assim como na educação e na cultura de um povo.

2.4. O Brasil no cenário global

A corrupção tornou-se um problema global na medida em que se apresenta com maior ou menor intensidade, a depender de uma série de fatores como o nível educacional e cultural da população, a legitimidade das normas constantes do ordenamento jurídico, a existência ou não de alta burocratização na Administração Pública, dentre outros.

O pensamento de Francisco Bilac Moreira Pinto a respeito das práticas de corrupção corrobora os argumentos apresentados sobre as causas deste fenômeno no que se refere à atuação dos representantes do povo em uma democracia ou da falta de controle por parte da população em um regime ditatorial. Para o autor, “dentre as formas de aberração éticas que se vão tornando comuns nos países latino-americanos, podemos apontar os casos reiterados de presidentes ou ditadores que, entrando pobres para o poder, dele têm saído com imensas fortunas”.³²

Tais ocorrências tornam-se possíveis em virtude da passividade das elites, as quais não podem ou não querem exercer os mecanismos de controle dos atos praticados pelos agentes públicos e, assim, acabam por contribuir para com a corrupção nas esferas administrativa e política. Este fenômeno está presente não só no Brasil, em países em desenvolvimento ou latino-americanos, como é comum se pensar, mas também nos países ricos e desenvolvidos como os Estados Unidos da América, por exemplo. Em que pese ser um ferrenho defensor da moralidade, este país passou por diversos problemas relativos à corrupção, tanto no século XIX como na primeira metade do século XX, no decorrer dos governos de Grant, Harding e Truman.

Mateus Bertoncini, em uma crítica ao pensamento de Moreira Pinto, afirma que “a corrupção, embora possa ter sofrido consistente resistência no interior da nação americana, continuou presente, como é exemplo o escândalo de *Watergate*, ocorrido na década de 1970, no governo Nixon”.³³ Os EUA não são o único país desenvolvido a passar por escândalos de corrupção em seu governo; há registros ainda no Japão e também em

³² PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 21-22.

³³ BERTONCINI, op. cit., p. 34.

países do velho mundo como Itália, Grã-Bretanha e Alemanha. Segundo Timothy J. Power e Júlio Gonzalez, “há evidências de que algumas formas de comportamento corrupto estão crescendo atualmente nas nações mais avançadas política e economicamente”.³⁴ Pode-se até indagar se os atos de corrupção estão aumentando nos países no mundo ou se a facilidade de transmissão e acesso à informação está tornando mais visível tal problema!

De qualquer sorte, sob outro prisma, a corrupção também se apresenta globalizada e não apenas como uma questão mundial em razão das transações comerciais internacionais, já que há inúmeros casos noticiados sobre o pagamento de propinas a agentes públicos de países importadores no intuito de aumentar a competitividade entre as empresas. Segundo Mateus Bertoncini, “o fenômeno da corrupção neste início do século XXI, continua presente, tudo indicando que continuará produzindo seus deletérios efeitos entre os diversos povos e nações, sendo motivo de grande preocupação em diversos países, bem como de organismos internacionais”.³⁵

As práticas corruptivas, portanto, têm ocorrido desde os tempos mais remotos em maior ou menor grau e nos dias de hoje são perceptivas em praticamente todos os países, conforme dados apresentados pela ONG Transparência Internacional.³⁶ Diante dos altos índices de corrupção que se pode verificar em todo o mundo, o estudo sobre o tema tem sido recorrente internacionalmente, tanto que diversas normas sobre o assunto foram editadas no intuito de conter as práticas corruptivas. São elas: Convenção Interamericana Contra a Corrupção, firmada em Caracas, em 29 de março de 1996 e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas - ONU, em outubro de 2003.

3. NORMAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL

3.1. Império

No Brasil, o combate à corrupção teve início na época Imperial com as regras positivadas na Constituição do Império de 1824. Contudo, como nas monarquias absolutistas em geral, prevaleceu a irresponsabilidade do chefe de Estado e do governo, conforme disposto em seu artigo 99. Por outro lado, havia a previsão da responsabilidade dos Ministros do Imperador por meio do artigo 133 da referida Carta.

O Código Criminal do Império, de 1830, no seu Título V, apresentava os crimes contra a boa Ordem e a Administração Pública e definia as prevaricações, os abusos e omissões dos empregados públicos.

³⁴ POWER, J. Timothy; GONZALEZ, Júlio. Cultura política, capital social e percepções sobre corrupção: uma investigação quantitativa em nível mundial. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, 21, nov. 2003. p. 51.

³⁵ BERTONCINI, op. cit., p. 34.

³⁶ Disponível em: <http://www.transparency.org>.

3.2. República

Quando do início da República, a Constituição de 1891 previu em seu art. 54, § 6º, que “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a probidade da administração”.

A Constituição de 1934 trouxe em seu art. 113, número 38, a Ação Popular como uma forma de coibir atos que atentassem contra a moralidade administrativa.

À época, houve tanto manifestações contrárias quanto favoráveis à inserção da Ação Popular no ordenamento constitucional. Exemplo dos que se insurgiram contra tal decisão foi Clóvis Beviláqua, que “temia que daí adviessem inconvenientes que a boa organização do Ministério Público busca evitar. Arguia que para funções desse jaez a sociedade possuía órgãos adequados, que melhor as desempenhariam do que ‘qualquer do povo’”.³⁷

Por outro lado, Luís Machado Guimarães entendia “estar o legislador constituinte movido pelo elevado escopo de assegurar uma tutela mais eficiente dos interesses públicos, confiando-os à fiscalização desvelada e constante dos cidadãos”.³⁸

Na mesma Carta, artigo 57, também houve menção ao crime de responsabilidade por violação da probidade administrativa.

A Carta da República de 1937 trouxe diversas modificações advindas do Estado Novo, que restringiu o direito recém-conquistado pelo povo de poder atuar contra a corrupção mediante a fiscalização dos atos da administração pública. Contudo, manteve, em seu art. 85, “d”, o dispositivo que previa como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentassem contra a probidade administrativa e a guarda e emprego do dinheiro público.

Em 1946, diante da nova Constituição, por meio da qual houve o retorno do país à democracia, a Ação Popular foi reinserida no ordenamento jurídico brasileiro com redação que propiciou maiores poderes ao cidadão, conforme dispõe o artigo 141.

Nesse período, a moralidade administrativa também foi protegida por meio de Lei Infraconstitucional, Lei 3.502/58, que regulava o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função.

A Constituição de 1967, em que pese ter sido uma Carta Militar, também tratou dos crimes políticos e da proteção à moralidade administrativa por meio dos crimes de responsabilidade.

A Constituição Federal de 1988, atual Carta da República, possui diversos dispositivos que tratam da probidade administrativa, dentre eles o art. 14, § 9º, art. 15, V, art. 37, § 4º e 85, V.

Com a edição da Lei nº 8.429/92, a denominada Lei de Improbidade Administrativa, que se encontra em vigor atualmente, a antiga Lei 3.502/58 foi revogada.

³⁷ RONZANI, op. cit., p. 77-78.

³⁸ RONZANI, op. cit., p. 78.

3.2.1. Decreto-Lei nº 2.848/1940 e leis penais especiais

O Decreto-Lei nº 2.848/40 dispõe exaustivamente acerca dos crimes contra a administração pública em seus artigos 312 a 359. Contudo, a esfera penal cuida dos crimes de corrupção não apenas por meio de seu respectivo Código, mas também por leis penais extravagantes relacionadas ao referido objeto. São eles:

(i) Art. 312, CP, Peculato: trata de desvio de dinheiro público por funcionário que tem a seu cargo a administração de verbas públicas;

(ii) Art. 316, CP, Concussão: 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;

(iii) Art. 317, CP, Corrupção Passiva: 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;

(iv) Art. 332, CP, Tráfico de Influência: solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função;

(v) Art. 333, CP, Corrupção Ativa: ato de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público;

(vi) Art. 337-C, CP, Tráfico de Influência em Transação Comercial Internacional: solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional;

(vii) Art. 1º da Lei nº 9.613/98, alterada pela Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, Lavagem de Dinheiro ou Ocultação de Bens: a ocultação ou a dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

3.2.2. Lei nº 8.112/90

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, disciplina o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

O Estatuto prevê a sujeição dos servidores públicos federais ao regime disciplinar tratado por meio dos artigos 116 a 182. Quanto aos atos de corrupção propriamente ditos, a legislação apresenta em seu art. 132, inciso XI, o seu “tipo” específico. A penalidade a ser aplicada ao servidor que cometa a conduta mencionada será a demissão, desde que observado o devido processo legal, o qual neste caso seria o processo administrativo disciplinar.

A Lei nº 8.112/90 dispõe, ainda, sobre outros atos relacionados à corrupção, dentre eles: art. 117, IX - valimento de cargo; art. 132, IV - improbidade administrativa; art. 132, VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos; art. 132, X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional.

3.2.3. Lei nº 8.429/92

A Lei de Improbidade Administrativa foi editada em 2 de junho de 1992 para dar efetividade ao art. 37, § 4º, da atual Carta Maior e dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

A legislação em tela visa a proteger o Poder Público dos atos de improbidade praticados não apenas diretamente pelo servidor público, mas também pelos colaboradores e beneficiários indiretos da administração pública, conforme se depreende de seus artigos 1º e 2º.

De acordo com o art. 3º da Lei nº 8.429/92, há previsão de aplicação de seus dispositivos àquele que, no que couber, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

A Lei de Improbidade Administrativa, em qualquer das hipóteses existentes nos arts. 9º, 10, 10-A e 11, dispõe, por meio de seu art. 12, I, II e III, uma série de sanções como impedimento de contratar com o Poder Público, multa, ressarcimento, suspensão dos direitos políticos, perda do cargo público, enfim, penalidades que poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente.

3.2.4. Lei nº 8.666/93

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei de Licitações e Contratos, tem o intuito de atuar tanto preventivamente quanto repressivamente contra a corrupção. Nesse sentido, prevê punições tanto no âmbito da esfera administrativa quanto penal aos agentes públicos que concorram para a prática de atos que venham a lesar a máquina administrativa.

A sanção administrativa da pessoa jurídica pode vir a ocorrer, caso a conduta por ela cometida se enquadre na hipótese constante de seu art. 87 ou nas disposições do seu art. 88.

As sanções penais da Lei de Licitações e Contratos estão previstas nos seus arts. 89 a 98 e serão aplicadas desde que ocorra a prática de atos que afrontem os princípios e as normas que a regem.

Percebe-se que os tipos penais descritos na Lei nº 8.666/93 visam a resguardar Poder Público de possíveis condutas que possam causar danos à máquina administrativa, bem como ofender ao princípio da moralidade e ao interesse público.

Tais sanções penais não podem ser aplicadas às pessoas jurídicas que se encontrem casualmente envolvidas nas condutas tipificadas como crime pela citada lei, vez que a responsabilização penal atinge somente as pessoas físicas infratoras.

3.2.5. Lei nº 9.504/97

A Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, foi editada com a finalidade de aprimorar e fortalecer o sistema de controle e gestão eleitoral do Brasil, o qual é considerado uma fonte da corrupção no país.

A denominada Lei Eleitoral estabelece em seu artigo 81, e respectivos parágrafos, as regras para as eleições e no tocante à corrupção define as diretrizes acerca das doações e contribuições oferecidas por pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, bem como fixa seus limites e as respectivas sanções para aqueles que as desrespeitarem.

Tais dispositivos abrangem as sanções administrativas aplicadas às pessoas jurídicas quanto à proibição de licitar e contratar com o Poder Público para aqueles que descumpram os limites legais financeiros de doações e contribuições a campanhas eleitorais.

Ressalta-se que a referida penalidade decorrerá de processo tramitado na Justiça Eleitoral e será registrada no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensa (CEIS).

3.2.6. Lei nº 12.527/2011

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, regula a garantia fundamental do acesso a informações prevista nos art. 5º, inciso XXXIII, art. 37, § 3º, II e art. 216, § 2º, da Constituição Federal e se aplica à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

O seu artigo 3º estabelece requisitos mínimos para a divulgação das informações públicas e determina o procedimento adequado para tanto.

A Lei de Acesso a Informações é um instrumento que visa a atuar na prevenção contra a corrupção, vez que possibilita ao cidadão uma maior participação no processo democrático brasileiro por meio do controle social da gestão pública.

3.2.7. Lei nº 12.813/2013

A Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego.

A partir das definições contidas na Lei de Conflito de Interesses, o agente público pode se prevenir quanto às possibilidades nela descritas e, portanto, evitar a ocorrência de eventuais conflitos entre o interesse público e privado.

Dessa forma, ela abrange penalidades severas em seus dispositivos para aqueles que a descumprirem, conforme disposto nos arts. 12 e 13.

Observa-se que os atos praticados por agentes públicos que ensejem conflito de interesses entre a atividade pública e a privada podem configurar improbidade administrativa para fins administrativos e civis, estando estes sujeitos às sanções previstas na Lei nº 8.429/93 e na Lei nº 8.112/90.

3.2.8. Lei nº 12.846/2013

A Lei nº 12.846/2013 advém do compromisso firmado pelo Brasil quanto à instituição de leis e meios de controle de repressão contra a corrupção, em razão de ser signatário das convenções internacionais que tratam do assunto.

A Lei Anticorrupção dispõe acerca da responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e encontra-se em vigor desde 29.01.2014.

A principal novidade está em seu art. 2º, o qual trata da responsabilização de forma objetiva, sendo exigido o nexu causal entre o ato lesivo à Administração Pública e o resultado que beneficie ou seja de interesse da empresa.

Dentre outros pontos relevantes, está o art. 7º, VIII, que dispõe sobre o *compliance*, mecanismo ligado à prevenção e integridade, cujo *modus operandi* beneficia empresas que adotem boas práticas de prevenção contra atos de corrupção; e o art. 16, que prevê o acordo de leniência, por meio do qual pode ocorrer a redução ou ainda a isenção de penalidade da pessoa jurídica, desde que essa colabore efetivamente com as investigações.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se perceber que a preocupação com a corrupção sempre existiu, assim como houve a edição de diversas leis infraconstitucionais com a finalidade de sancionar a prática de atos corruptos, além do tratamento do tema por meio do Código Penal e, também, das Constituições desde o tempo do Império até os dias de hoje.

Para rememorar, consigna-se que atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, são diversas as normas que deveriam coibir os crimes contra a Administração Pública, dentre elas o Código Penal e legislação penal extravagante; a própria Constituição Federal prevê a responsabilização daqueles que cometerem infrações político-administrativas; o Código de Ética da Administração Pública; legislação eleitoral no intuito de reprimir o abuso do poder político; Ação Popular que visa a anular os atos lesivos à moralidade administrativa e ao patrimônio público e ressarcir o dano causado; legislação que institui sanções contra atos de improbidade administrativa; assim como as legislações administrativas que regem as licitações e os contratos administrativos, os procedimentos administrativos, os servidores públicos e o respectivo regime disciplinar, o acesso à informação, o conflito de interesses.

Para tanto, não basta a edição de mais e mais legislações, ainda que a lei anticorrupção empresarial seja bem-vinda para suprir algumas lacunas, e sim a aplicação efetiva da legislação existente de modo a cumprir com o seu papel de coibir a corrupção quanto ao comprometimento da sociedade em utilizar os direitos e poderes que lhes foram concedidos e atuar no controle deste fenômeno que não é apenas nacional, mas mundial. O problema, por conseguinte, não se encontrava na falta de legislação que prescrevesse sanções contra a corrupção em sentido lato, mas sim na ineficiência da aplicabilidade de tais leis e na indiferença da sociedade quanto aos excessos cometidos pelo Estado ou pelos agentes públicos, o que propicia um “regime de impunidade” e um clima de ineficácia das leis.

Neste raciocínio, estudar e refletir a corrupção brasileira demanda uma análise sob o contexto moral e histórico sobre o desenvolvimento da sociedade pátria, considerando o patrimonialismo arraigado desde a sua exploração colonialista até o atual momento.

REFERÊNCIAS

- BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução J. Ferreira. Brasília, DF: UnB/Polis, 1988.
- CARVALHO, José Murilo. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, p. 229-250, 1997.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERRAZ, Sérgio. Corrupção: algumas reflexões. *Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, abr. 2009.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio. *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri: Manole, 2009. p. 181-183.
- GARCIA, Eloy. Istorie fiorentine de Maquiavelo: una primera definición moderna de corrupción. *Quaderns d'Italià*, n. 15, p. 117-126, 2010.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- HAGE, Jorge. Financiamento, democracia e corrupção. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 jul. 2013. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/118742-financiamento-democracia-e-corruptao.shtml>. Acesso em: 30 abr. 2014.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NASCIMENTO, Melillo Dinis do (org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- PADILHA FILHO, Valmor Antonio. *Corrupção e a atividade empresarial*. Orientador: Fábio André Guaragni. 2010. 236 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) - Centro de Universitário Curitiba, Curitiba, 2010.
- POWER, J. Timothy; GONZALEZ, Júlio. Cultura política, capital social e percepções sobre corrupção: uma investigação quantitativa em nível mundial. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, 21, p. 51-69, nov. 2003.
- RONZANI, Dwight Cerqueira. Corrupção, improbidade administrativa e poder público no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VIII, n. 10, jun. 2007.
- SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

DESVIOS ÉTICOS E MORAIS À LUZ DA “TEORIA DA GRAXA SOBRE RODAS”: INCOMPATIBILIDADE COM O SISTEMA JURÍDICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO*

ETHICAL AND MORAL MISCONDUCTS IN LIGHT OF “GREASE THE WHEELS THEORY”: INCOMPATIBILITY WITH THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LEGAL SYSTEM

MARCIUS TADEU MACIEL NAHUR

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unisal - Lorena/SP. Delegado de Polícia/SP. Professor do Unisal (Lorena/SP) e da Faculdade Canção Nova (Cachoeira Paulista/SP). Endereço eletrônico: macielnahur@gmail.com.

LUÍSA CLAUDIA FARIA DOS SANTOS

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unisal - Lorena/SP. Endereço eletrônico: luisaclusdiafsantos@hotmail.com.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Moral e ética: afinidades e diversidades: 1.1. O dever ético na postura do agente público no exercício de suas funções - 2. A moralidade como princípio da Administração Pública e seus reflexos no Estado Democrático de Direito - 3. Teoria da graxa sobre rodas: existe corrupção aceitável? - Conclusão - Referências.

RESUMO: O presente artigo discute a chamada “Teoria da Graxa sobre Rodas” e suas eventuais implicações no Direito brasileiro. A polêmica teoria confronta-se com os preceitos éticos e morais tutelados pelo sistema jurídico-constitucional brasileiro, baseado no princípio da moralidade como um dos pilares da Administração Pública. Explorando o estudo clássico da ética como virtude em Aristóteles e alguns conceitos inerentes à

* Data de recebimento do artigo: 09.01.2019.
Datas de pareceres de aprovação: 24.01.2019 e 12.02.2019.
Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 22.03.2019.

moral, as condutas desviantes dos agentes públicos são examinadas, considerando tais parâmetros. Além disso, procura-se analisar como a corrupção interfere no funcionamento e na ineficiência da Administração, bem como no próprio meio social.

PALAVRAS-CHAVE: ética; moralidade; administração pública; condescendência funcional; corrupção.

ABSTRACT: The present article discusses the so-called “Grease the Wheels Theory” and its eventual implications in the Brazilian Law. The controversial theory confronts the ethical and moral precepts protected by the Brazilian constitutional legal system, this one based the principle of morality as one of the cornerstones of the Public Administration. Exploring the classical Aristotle’s study of ethics of virtues and some concepts inherent to the moral, the deviant conducts of the public agents are examined, considering such parameters. Besides, it searches for analyzing how corruption interferes in the functioning and in the inefficiency of Public Administration, as also in the social environment.

KEYWORDS: ethics; morality; public administration; functional condescension; corruption.

INTRODUÇÃO

A corrupção é um tema atemporal e polêmico que vive constantemente sob os olhares da mídia, expondo tanto agentes públicos quanto os magnatas de grandes empresas privadas. Logo que o problema é trazido à tona, são invocados os preceitos da ética, da moral e do Direito como embasamento teórico e prático para os debates envolvendo tal tema, visto como um “costume brasileiro”, bem mais comum do que realmente se imagina. Por isso, tem-se questionado se as pequenas corrupções cotidianas são diferentes dos desvios exorbitantes feitos por agentes políticos corruptos, bem como quais são as suas semelhanças.

Este artigo pretende abordar as distorções éticas e morais sobre a polêmica “Teoria da Graxa sobre Rodas”, analisando-a sob a luz do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental valendo-se de uma abordagem filosófico-jurídica e política da teoria, a partir dos princípios constitucionais da Administração Pública, refutando a ideia de sua aplicação, já que essa considera como aceitáveis pequenos atos de corrupção para o funcionamento eficaz do Estado.

Este estudo estrutura-se em três itens: o primeiro item busca analisar as afinidades e diversidades sobre a ética e a moral, observando também o dever ético na conduta do agente público e seus reflexos para a coletividade. No segundo item, destaca-se a importância do princípio da moralidade na Administração e seus efeitos no Estado Democrático de Direito. Por fim, no terceiro item, será abordada a polêmica Teoria da Graxa sobre Rodas, sua contradição e inaplicabilidade na estrutura do Estado brasileiro.

1. MORAL E ÉTICA: AFINIDADES E DIVERSIDADES

A Filosofia, como fonte de todo o saber, traz reflexões essenciais que são objeto de estudo desde os tempos mais remotos da humanidade. Uma das questões fundamentais debatidas dentro dessa ciência é a ética. Ao longo do tempo, diversos filósofos aprofundaram seus estudos, trazendo diversas vertentes e teorias sobre o tema. Observa-se que todas as diferentes concepções foram influenciadas por movimentos históricos que moldaram o pensamento filosófico ao longo dos séculos.

Inicialmente, é importante fazer a clássica distinção entre ética e moral, pois, apesar de ter como base etimológica a palavra costume, os dois termos não se confundem.¹ A moral pode ser definida como o mundo da conduta e do comportamento espontâneo, no qual encontra em si mesmo a razão de existir. A espontaneidade é um aspecto interessante a ser analisado, uma vez que não se pode coagir ninguém à prática de um ato moral, devendo este ser autêntico, com a adesão ao conteúdo de uma determinada regra geral, sendo a moral incompatível com qualquer meio violento (REALE, 2002).

Em um estudo pontual acerca do comportamento moral, verificou-se que não existe um sistema normativo único e universal para todos os homens e, por essa razão, a moral se altera de acordo com o tempo e espaço de forma histórica e concreta. Desse modo, os chamados “juízos morais” têm como pressupostos as diversidades das culturas e costumes inerentes àquela sociedade examinada. A partir dessa concepção, tem-se a seguinte conceituação de moral:

[...] um sistema de normas, princípios e valores, segundo o qual são regulamentadas as relações mútuas entre os indivíduos ou entre estes e a comunidade, de tal maneira que estas normas, dotadas de um caráter histórico e social, sejam acatadas livre e conscientemente, por uma convicção íntima, e não de uma maneira mecânica, externa ou impessoal (VÁZQUEZ, 2002, p. 84).

Nesse sentido, tem-se dito que a sociedade produz esses conceitos morais e os dissemina por meios generalizantes à consciência do indivíduo. Tais preceitos não são positivados no ordenamento jurídico, e, então, em caso de descumprimento das normas morais, as sanções recebidas são diferentes daquelas previstas pela legislação. Logo, é importante destacar o relacionamento entre a Ciência do Direito e a Moral, pois, em alguns casos, a própria legislação utiliza-se desse preceito como parâmetro para sua aplicação²

¹ Ética deriva do termo grego “*éthos*”, que significa o conjunto de costumes, hábitos, valores de uma cultura, já a moral, advém do termo latino “*mores*”, que têm o mesmo significado que “*éthos*” (RAMPAZZO, 2014).

² Sobretudo na legislação civil, observa-se que uma conduta imoral pode acarretar uma sanção civil, como por exemplo, no Direito de Família, com base no art. 1.683, III, do Código Civil (Lei 10.406/2002), no qual ocorrerá a perda do poder familiar por ato judicial, o pai ou a mãe que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes. Já nas relações negociais, a moral aparece novamente no art. 883 do diploma civilista, deixando claro que não terá direito à repetição do débito por pagamento indevido aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei.

(BITTAR; ALMEIDA, 2012). Quando se faz a distinção entre Direito e Moral, é importante destacar a concepção da Teoria do Mínimo Ético, esmiuçada pela Teoria Geral do Direito, que se traduz em:

[...] dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social (REALE, 2002, p. 42).

Destarte, a moral é adquirida pelo indivíduo como resultado das influências do meio em que ele vive. Entretanto, o Direito tutela alguns comportamentos que não são considerados morais. Deve ser observado, porém, que a tutela desses comportamentos é pouco usual, já que a regra imposta pela própria lei é de uma postura honesta, moral e proba (REALE, 2002).

Em grande parte dos casos, os dilemas morais confrontam problemas éticos fundamentais, e, ao que parece, a solução para tais óbices recebe influência do que é considerado moral para aquele determinado meio. Por isso, pode-se dizer que a ética é um fator que contribui para a justificativa de um determinado comportamento moral. A diferença entre os entraves morais e os éticos, sendo um traço marcante deste último sua generalidade (VÁZQUEZ, 2002).

Costuma-se apontar a existência de duas vertentes da reflexão ética: a primeira diz respeito à forma subjetiva, voltada à análise do comportamento do indivíduo; e a segunda, objetiva, moldada a partir do modo de vida coletivo. Ambas as vertentes foram exploradas pelo pensamento grego, no qual a postura individual ética foi analisada sob o prisma ideal da virtude e a segunda, a coletiva, sob o prisma da lei (COMPARATO, 2016).

Assim, o estudo do comportamento ético pode ser entendido como uma necessidade universal, já que a ética corresponde à ciência que perquire os atos humanos em relação a um determinado fim último, que é a realização plena da humanidade, e pode ainda ser compreendida como uma reflexão sistemática sobre a moral, analisando de onde procedem tais atos, ou seja, as virtudes e os vícios morais (RAMPAZZO, 2014).

De forma bastante simples, ética pode ser conceituada como “o conjunto de valores que temos para dirigir nossa conduta” (CORTELLA *et al.*, 2016, p. 25). Tais valores são adquiridos pelo indivíduo por meio da vivência em sociedade, de forma que se incorporem em seu estilo de vida e em sua personalidade. Essa conceituação é apenas uma das mais diversas sobre o tema. Aqui, a ética será tratada sob o prisma das virtudes em Aristóteles.

Na concepção de aristotélica, a ética pode ser definida como uma ciência prática que dever ser um objeto de ação. Nesse sentido, ressalta-se que ciências práticas possuem nelas mesmas seu próprio fim. E esse fim tem como finalidade um bem. Nesse ponto, Aristóteles traz como fundamento das ações éticas a felicidade, ou, em grego, a *eudaimonia*. A felicidade não é buscada em vista de outras coisas, e sim as outras coisas que são buscadas por meio dela (CHAUI, 2002). No seguinte trecho da obra *Ética a Nicômaco*, é possível observar a ideia central sobre a felicidade:

[...] Visto que todo o conhecimento e propósito visam a algum bem, que nós afirmamos que é possível à ciência política alcançar, qual é, dentre todos os bens praticáveis, o supremo. Quanto aos nomes, quase a maioria está de acordo, pois tanto os homens comuns quanto os cultos dizem que é a felicidade, e supõem que o bem viver e o bem agir sejam semelhantes a ser feliz. A respeito da felicidade, o que ela é, os homens comuns divergem e não a definem do mesmo modo que os sábios (ARISTÓTELES, 2015, p. 19).

De forma geral, o pensamento grego não separa a vida ética do cidadão da organização política. Por isso, os filósofos gregos sempre analisaram a política como um reflexo do homem em sua integralidade, e não em suas particularidades. Em decorrência disso, Platão e Aristóteles compreendem que a finalidade do Estado é a realização da felicidade plena de todos os cidadãos (COMPARATO, 2016).

Todavia, para se atingir o bem supremo da felicidade é necessário cultivar uma vida virtuosa que será alcançada por meio da prática. As virtudes, na concepção aristotélica, são uma disposição do caráter que pertencem à alma, e o homem que as exercita se torna bom. Dessa maneira, suas obras também serão boas. O filósofo classifica as virtudes em intelectuais e morais. As virtudes intelectuais dependem do processo de ensino e aprendizagem. Logo, para que a virtude seja aperfeiçoada, é necessário tempo e experiência. Dentre as destacadas por Aristóteles, a sabedoria é fundamental ao entendimento do comportamento ético, pois é ela que auxilia o ser a discernir, conhecer e entender o que é correto, bem como define a melhor forma de aplicação do conhecimento adquirido às circunstâncias concretas da vida, ou seja, ela estabelece a reta razão do agir (ARISTÓTELES, 2015).

Por outro lado, a virtude moral³ é resultado das ações habituais e, por esse motivo, nenhuma dessas virtudes é gerada por nossa própria natureza. Ela é o ponto de equilíbrio, ou seja, pode ser aniquilada pela falta ou pelo excesso, e está relacionada com os extremos de dor e prazer: é o prazer que induz a prática de más ações, e é a dor que faz o homem se abster das belas ações. Em suma, todos os atos da vida são medidos por esses dois extremos, de tal modo que as virtudes são geradas e destruídas a partir do mesmo princípio e pelo mesmo meio (ARISTÓTELES, 2015).

³ Na obra consultada, o termo traduzido como “virtude moral” é derivado de *éthos* (ARISTÓTELES, 2015).

Portanto, as virtudes são base da conduta humana e devem ser compreendidas de forma categórica. Elas são importantes para uma vida boa, em consonância com a ética e a moral, tanto na convivência entre os particulares, quanto na vida pública, em busca de um bem supremo que corresponde à felicidade.

1.1. O dever ético na postura do agente público no exercício de suas funções

Após delimitar conceitos fundamentais do comportamento moral e definir o entendimento da ética como virtude, é importante destacar o que se espera da conduta do agente público no exercício de suas funções em consonância com esses importantes parâmetros. Contudo, antes de traçar algumas linhas gerais do pensamento filosófico, é necessário delimitar o conceito de agente público.

Parte da doutrina administrativista considera que o termo agente público corresponde a uma definição genérica para designar os sujeitos que servem o Poder Público como instrumentos que manifestam sua vontade ou ação, mesmo que seja de forma ocasional ou episódica. Dentre as espécies de agentes públicos são apontados os agentes políticos; os agentes honoríficos; os servidores estatais (servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado); e os particulares em colaboração com a Administração. Todos aqueles que estão revestidos da função pública devem respeitar os princípios atinentes a ela, consagrados no artigo 37⁴ da Constituição Federal e nas demais leis esparsas (BANDEIRA DE MELLO, 2014).

Na obra *A política*, fica evidente a exigência da virtude aristotélica por parte daqueles que mandam e também dos que obedecem. O filósofo faz o seguinte comentário:

Exigir virtude em um e não exigir em outro seria um absurdo. Se àquele que obedece faltam essas virtudes, como ele poderá bem obedecer? Se o que manda não é sóbrio nem justo, como poderá bem ordenar? Viciado e vadio não cumprirá nenhum de seus deveres. É claro, pois, que ambos devem possuir virtudes, observando-se essa diferença que a natureza pôs nos seres feitos para obedecer. E isto nos conduz à alma. Ela tem duas partes: uma que ordena, outra que obedece - e as suas qualidades são bem diversas. Esta harmonia se encontra evidentemente nos seres, e assim destinou a natureza parte dentre eles a mandar e parte a obedecer (ARISTÓTELES, 2006, p. 29).

Nesse sentido, as virtudes devem ser o primor para uma vida digna e por isso ela também deve ser exigida daqueles que detêm o poder. É por meio da educação, que se inicia desde a tenra idade, que são adquiridos os primeiros e importantes hábitos éticos

⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (BRASIL, 1988).

(ARISTÓTELES, 2015). O fato é que a ética deve estar presente na postura dos cidadãos e na Administração Pública, por meio de todos os seus agentes, desde o servidor ocasional até o agente político, e este último, em especial, é fruto da própria escolha do seu povo, pois são eles que representam politicamente a figura de um Estado soberano.

No estudo da Ciência Política, destacam-se duas teorias sobre a concepção do Estado. A primeira diz respeito ao Estado ser o “reino da razão”, o que na realidade consiste em uma visão considerada positiva, já só ele é capaz de permitir ao homem utilizar sua racionalidade em plenitude, garantindo assim sua sobrevivência e conservação (BOBBIO, 2003). Nesse sentido, surgem duas posições um pouco distintas sobre a racionalidade estatal: uma delas afirma que, ao contrário do que existe no estado de natureza, só o ente estatal consegue afastar o homem da barbárie, da ignorância, do domínio das paixões e da bestialidade (HOBBS apud BOBBIO, 2003). Por outro lado, a outra sustenta que, na verdade, o Estado é o único que pode salvaguardar as condições mínimas da liberdade e garantir a paz, tendo, portanto, um valor moral (KANT apud BOBBIO, 2003).

Em contraposição, a segunda teoria compreende o Estado como “reino da força”. Para seus defensores, o Estado é um mal necessário que se vale de um aparato coercitivo para estabelecer a ordem, ou seja, se utiliza de um poder dotado de força o suficiente para dominar as paixões desagregadoras dos indivíduos que são propensos à guerra. E é por meio das ações legítimas de suas instituições que o Estado se afirma (BOBBIO, 2003). Ambas as teorias trazem considerações importantes que moldaram o pensamento político ao longo da história, e hoje são de extrema importância para compreender a finalidade última do Estado.

Ora tratado como elemento essencial de formação do Estado, ora considerado como uma finalidade social, o bem comum é um conceito diretamente relacionado ao ente estatal. Pode ser definido como um complexo de condições que incluem a ordem jurídica e possibilidade de favorecimento do desenvolvimento integral da pessoa humana, incorporando seus valores materiais e espirituais para que cada homem atinja seus próprios fins (DALLARI, 2013).

Tendo em vista toda a construção filosófica acerca do seu conceito, bem como a promoção do bem comum, a afirmação do Estado por meio de suas instituições e o fato de que a conduta dos agentes públicos deve ser pautada em uma ética virtuosa, segundo a concepção aristotélica; a Administração Pública deve respeitar de forma estrita e legítima os princípios constitucionais administrativos que são os norteadores de toda estrutura governamental, como garantia de outros preceitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito, como a segurança jurídica, o interesse social e a ordem pública. Surge, então, a perspectiva e o questionamento em relação à exigência de um comportamento moral como princípio constitucional, já que este é uma variação subjetiva. Este ponto será objeto de discussão do item a seguir.

2. A MORALIDADE COMO PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS REFLEXOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Antes de tudo, é necessário delimitar o conceito daquilo que constitui o “sopro” do ordenamento jurídico constitucional para os demais ramos do Direito, ou seja, seus princípios. Eles podem ser definidos como as verdades que fundam todo um sistema de conhecimento, tal qual devem ser comprovados por motivos de ordem prática, sendo um os pressupostos exigidos pela necessidade das pesquisas ou da práxis (REALE, 2002).

Como forma de facilitar o estudo da Teoria Geral do Direito, os princípios podem ser classificados em três categorias: a primeira enquadra os chamados *princípios omnivalentes*, que são universais para todas as formas do saber; a segunda apresenta os *princípios plurivalentes*, que podem ser aplicados em diversos ramos do conhecimento, porém, existe certa restrição; e, por fim, a terceira categoria abrange os *princípios monovalentes*, que são únicos ao domínio de uma determinada ciência (REALE, 2002).

O Direito, como ciência autônoma, possui princípios gerais que servem como norteadores e mecanismos de interpretação da norma. Assim, com sua presença marcada na matriz constitucional brasileira, os princípios fundamentais, nada mais são do que diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado, que determinam o seu modo e a sua forma de ser. Refletem os valores almejados para todo o ordenamento jurídico, com o fim de transmitir a ideologia do constituinte, seus postulados básicos, bem como os fins da sociedade (BULOS, 2015). Isso é o que garante a unidade e a supremacia da Constituição Federal, orienta seus intérpretes na aplicação da lei e, sobretudo, preserva o Estado Democrático de Direito.⁵

Estudos sobre normas, princípios e regras têm mostrado que os princípios e as regras são duas espécies de normas. No entanto, os princípios são considerados normas jurídicas impositivas de otimização compatível com vários graus de concretização que se coadunam com as causalidades fáticas e jurídicas. A convivência entre os princípios regentes de um ordenamento pode ser conflituosa no caso concreto, o que permite o balanceamento de valores e interesses, já que eles coexistem. Em contrapartida, as regras são tidas como normas que prescrevem de forma imperativa uma exigência impositiva, permissiva ou proibitiva que pode ou não ser cumprida. Sua convivência é considerada antinômica, ao passo que, no conflito, elas se excluem. Diferente dos princípios, as regras não deixam espaço para qualquer ponderação, pois, se está em vigência, deve ser cumprida nos seus exatos termos, obedecendo à famosa lógica do tudo ou nada (CANOTILHO, 2003).

Observa-se, então, que, diferente das regras, os princípios estão vinculados aos valores e são impositivos. Todavia, podem ser ponderados e interpretados de forma mais ampla se houver eventuais conflitos entre si.

⁵ As diretrizes da Constituição Federal de 1988 estão elencadas no Título I, nos artigos 1º a 4º. Esses artigos trazem os fundamentos, objetivos, princípios e também do relacionamento entre os Poderes na República.

No que concerne ao Direito Administrativo, a Constituição Federal de 1988 traz em seu corpo alguns princípios que são vetores da estrutura da Administração Pública. No artigo 37 da Carta Política estão elencados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, ou seja, são elencados os parâmetros de comportamento para o desempenho das funções públicas e seus respectivos atos (BULOS, 2015).

Antes de examinar o ponto crucial, é importante ressaltar a distinção entre o conceito de moral e moralidade. Basicamente, a moral designa um conjunto de imperativos, normas e ideias de determinada sociedade ou de uma época específica. Já a moralidade é tratada como um conjunto de relações efetivas que possuem algum significado moral, e está em compasso com a moral vigente (VÁZQUEZ, 2002).

Indubitavelmente, apesar de haver diferenciação entre o conceito filosófico e o jurídico, adoção da moralidade como princípio constitucional mostra a preocupação do Constituinte Originário em ter na Administração Pública homens que possuam condutas em compasso com os ditames morais e éticos, sobretudo quando estão revestidos na função pública. O dever de honestidade é de fato destacado pela doutrina administrativista como um de seus valores almejados, tal como se vê:

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram (CARVALHO FILHO, 2016, p. 22).

Não obstante, a adoção da moralidade como princípio da Administração não é recepcionada por toda a doutrina, já muitos acreditam que tal conceito seja muito vago e acoplado ao princípio da legalidade. Entretanto, cabe ressaltar que esse entendimento pode não ser suficiente para uma análise aprofundada, pois a licitude e a honestidade são traços que distinguem o Direito e a moral, já que nem tudo que é legal é honesto. Afirma-se que ideia de imoralidade administrativa surgiu concatenada com desvio de poder, uma vez que se compreendia que em ambas as hipóteses são utilizados meios lícitos para atingir finalidade irregular por meio da Administração Pública, e, por isso, estaria relacionada ao elemento subjetivo do agente. O referido princípio deve ser observado também pelo particular que se relaciona com a Administração por meio de suas entidades. Cabe ressaltar que, mesmo que a ofensa seja à moral comum, o preceito constitucional também será afetado. Portanto, deve ser observado o relacionamento do servidor em compasso não só com a legislação, mas também nos bons costumes, na justiça e na equidade (DI PIETRO, 2017).

Ademais, entende-se que “o princípio da moralidade administrativa é a pauta jurídica mais importante dos Estados constitucionais que elegem a democracia como corolário fundamental da vida em sociedade” (BULOS, 2015, p. 1017). Assim, para que a promoção do Estado Democrático de Direito seja viável para todos, é necessário que as liberdades públicas sejam garantidas de forma ampla e irrestrita por seus agentes públicos.

Por consequência, a violação de qualquer princípio da Administração Pública constitui ato de improbidade administrativa previsto pela Lei nº 8.429/1992, que elenca em seu artigo 11⁶ quais são os atos que atentam contra os princípios. Mesmo que não seja enquadrado em outros atos ilícitos previstos pela legislação esparsa, como o enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, o agente pode ser responsabilizado somente se a violação de algum princípio configura um ato ilícito. Isso posto, a noção de probidade está intrinsecamente relacionada ao ato íntegro do administrador que deve prestar contas, dar publicidade e transparência aos atos praticados na gestão da coisa pública.

Na obra *A vida do direito e a inutilidade das leis*, destaca-se a passagem sobre a função administrativa ter por excelência a garantia da ordem pública. Para que isso ocorra, é necessário que a Administração imponha aos particulares o respeito à legislação, pois em todas as leis existe uma ordem do legislador à nação. Contudo, o agente público deve agir estritamente em conforme os parâmetros delimitados pela legislação, respeitando seus princípios e limites. Por fim, é feita a seguinte observação: “a *legalidade* da ação administrativa não terá em última análise outra garantia, senão a *moralidade* da administração e dos administradores” (CRUET, 2008, p. 92). Novamente, destaca-se aqui o elemento subjetivo do servidor, ou seja, qual era seu verdadeiro intento no exercício da função para a prática daquele ato, sempre levando em consideração a boa-fé e a probidade.

Cabe destacar que a violação de qualquer um dos princípios constitucionais fere, sobretudo, a estrutura do estatal e, por consequência, o torna vulnerável. Essa vulnerabilidade se traduz em instabilidade jurídica e na ineficiência das instituições quando atos ímprobos são cometidos.

⁶ 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: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço; VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação; X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (BRASIL, 1992).

Constitucionalmente, o modelo adotado pela República brasileira é o Estado Democrático de Direito.⁷ Observa-se, contudo, que o modelo de Estado de Direito é indissociável do regime democrático. A dimensão de um Estado de Direito está na expressão jurídico-constitucional formada por um conjunto de princípios e regras que fazem parte da *Lex Mater* e garantem aos cidadãos liberdade e igualdade perante a lei. Assim, um Estado Constitucional só o é se for democrático, pois nele há legitimidade do domínio político e do exercício do poder que advém da soberania popular. A composição de um verdadeiro Estado Democrático de Direito somente é possível pela harmonização do governo dos homens seguindo as leis constitucionais, em consonância com o aparato jurídico geral nacional e internacional (CANOTILHO, 2003).

Ao passo que exista um grupo de interessados ao tema da política, sempre haverá os mais diversos posicionamentos. Grandes ou pequenos, esses debates, em oportunas vezes, levam a outro ponto de discussão, amplamente relacionado a este tema, que também é explorado de forma irregular: a corrupção. Apesar de ser polêmica, essa temática dá abertura a amplos questionamentos e teorias mirabolantes, dentre elas a chamada Teoria da Graxa sobre Rodas.

3. TEORIA DA GRAXA SOBRE RODAS: EXISTE CORRUPÇÃO ACEITÁVEL?

Após a divulgação das questões do LV Concurso para Promotor da Justiça Substituto do Ministério Público de Minas Gerais, uma das questões de Direito Constitucional chamou a atenção de muitos juristas e candidatos inscritos no certame. A questão de número 09,⁸ que elencava as teorizações constitucionais, inovou e trouxe teorias raramente abordadas pelos canais de ensino e praticamente desconhecidas no meio jurídico e, dentre elas, a chamada “Teoria da Graxa sobre Rodas” foi ainda mais polêmica por ter sido considerada a alternativa correta daquela questão.

Depois de uma repercussão extremamente negativa, a questão foi anulada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por não se enquadrar nas exigências do edital, não possuir nenhum aparato legal e ser completamente desconhecida pelo entendimento e decisões dos tribunais superiores.⁹ Os juristas Aury Lopes Júnior¹⁰ e Lenio Streck¹¹ criticaram

⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] (BRASIL, 1988).

⁸ O caderno de questões do LV Concurso de Promotor de Justiça Substituto pode ser consultado e está disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/aceso-a-informacao/concursos/membros/lv-concurso-de-promotor-de-justica-substituto/lv-concurso-de-promotor-de-justica-substituto.htm>. Acesso em: 04 jan. 2019.

⁹ A decisão do Conselho Nacional do Ministério Público pode ser consultada e está disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/liminar_concurso_mp_mg.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

¹⁰ Cf. Post do professor Aury Lopes Júnior na rede social do Facebook. Disponível em: <https://www.facebook.com/photo.php?fbid=1281426738610980&set=a.110411275712538.24681.100002309996379&type=3&theater>. Acesso em: 04 jan. 2019.

¹¹ Cf. A concursocracia, a Teoria da Graxa e os testículos despedaçados. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-abr-06/senso-incomum-concursocracia-teoria-graxa-testiculos-despedacados>. Acesso em: 04 jan. 2019.

severamente a utilização dessas “teorias exóticas” [sic] em concursos públicos, já que não possuem qualquer relevância para o cargo em disputa. Apesar de ter sido explorada no campo da Economia, a Teoria da Graxa sobre Rodas abre precedentes para uma importante discussão ética: o tratamento e a aceitação da corrupção no funcionamento do Estado.

A chamada Teoria da Graxa sobre Rodas¹² consiste na tolerância de alguns atos de corrupção, pois é por meio deles que é possível burlar a burocracia estatal, garantindo maior liberdade ao setor privado e, conseqüentemente, impulsionando o crescimento econômico. Basicamente, a corrupção funcionaria como uma espécie de “lubrificação” das engrenagens do Estado, para que funcionem com maior eficiência. Acredita-se que essa teoria já teve aplicação na China¹³ (MÁRIO, 2017).

Como precursores dessa teoria, surgem alguns autores como Samuel Huntington e Joseph Nye, que defenderam, no passado, o entendimento acerca da corrupção como um fator de desenvolvimento econômico. A corrupção seria um facilitador no processo de modernização, contornando o excesso de leis e regulamentos, de forma que sua atuação crie uma conexão entre as classes ascendentes e as elites econômicas, caso contrário, essas duas forças seriam antagônicas e conflitantes (HUNTINGTON apud XAVIER, 2011). Ela pode ser positiva ao desenvolvimento político se for utilizada como um mecanismo para a formação do capital privado, superando as barreiras burocráticas e conjugando a capacidade governamental e com elites políticas (NYE apud XAVIER, 2011). Ambos os pensamentos têm quase cinquenta anos. Por isso, foram alterados ao longo dos anos e não deixaram de sofrer muitas refutações.

A corrupção, quando inserida na máquina estatal, traz danos irreversíveis que afetam a vida de toda a população, refletindo em áreas básicas como saúde, educação, transporte, lazer e em outros direitos fundamentais. Não falta defesa para a existência de uma administração paralela, equivalente a um:

Parassistema jurídico-administrativo que revela existirem, concomitantemente, procedimentos formais e informais, competências e organizações formais e informais, a Constituição real e o sistema paraconstitucional, o governo instituído e o governo paralelo e também, a existência de uma dupla moral ou de duplo *standart* moral, que está presente em todos os setores da vida pública ou privada. [...] A dupla moral implica o reconhecimento de que o sistema não deve ser cumprido fiel e integralmente, que ele carece de sentido; é o parassistema o que dá realidade e sentido obrigacional às condutas individuais. (GORDILLO, 1982 apud DI PIETRO, 2017, p. 110).

Ressalta-se que a existência dessa “moral paralela” descrita pelo autor é um problema intemporal, pois está relacionada justamente com a falta de comprometimento de todos

¹² Tradução do termo em inglês *Grease the Wheels Theory* (MÁRIO, 2017).

¹³ Cf. REYES, Sebastian. Greasing the wheels: the secret benefits of corruption. *Harvard Political Review*, Dec. 8, 2015. Disponível em: <http://harvardpolitics.com/world/greasing-wheels-secret-benefits-corruption/>. Acesso em: 04 jan. 2019.

aqueles que exercem qualquer atividade sem dedicação, vocação ou responsabilidade, seja na função pública ou privada, justamente por isentar qualquer sanção aos atos que, embora legais, atentam contra o senso de honestidade e justiça. Em contraposição a essa problemática, os princípios da Administração inseridos na Constituição Federal de 1988 buscam impedir qualquer desvio moral e manter a legalidade dos atos praticados pela Administração, proporcionando a segurança jurídica do Estado Democrático de Direito, pois, sem tal obediência, o próprio Estado se tornaria frágil (DI PIETRO, 2017).

Na obra *Ética e vergonha na cara!*, a temática da corrupção segue nessa mesma toada. Ela é vista como uma exclusão sistemática e permanente de diversos segmentos da sociedade em função de outros, e que, por isso, não estaria atrelada necessariamente a um ato de ilegalidade estrita (MARK WARREN apud CORTELLA; BARROS FILHO, 2014). Na obra, essa ideia é exposta a partir de situações que sofrem a influência direta do *lobby*¹⁴ nas casas legislativas, tomando para si uma aparência de perfeita legalidade (CORTELLA; BARROS FILHO, 2014).

Apesar de possuir adeptos em “prol do desenvolvimento econômico” postulado em teorias pouco usuais, a corrupção é tratada como crime em grande parte dos países. Anualmente, é lançado o *Corruption perceptions index*, um índice global que traz dados sobre o tema em 176 países, e possui uma escala que varia de 0 (altamente corrupto) a 100 (muito limpo). No último índice, divulgado referente ao ano de 2017, nenhum país alcançou a marca dos 100 pontos. A Nova Zelândia está em 1º lugar no ranking com 89 pontos, seguida pela Dinamarca com 88 pontos, Finlândia, Noruega e Suíça todas com 85 pontos. Infelizmente, o Brasil ocupa o 93º lugar e está no mesmo patamar da Colômbia, Indonésia, Panamá, Peru, Tailândia e Zâmbia, todos com 37 pontos; algo que é extremamente negativo, visto que a média global é de 43 pontos.¹⁵

No Brasil, a corrupção é tipificada como crime nos artigos 317¹⁶ e 333¹⁷ do Código Penal.¹⁸ As elementares do tipo trazem a mesma situação, a partir de dois polos diferentes:

¹⁴ *Lobbying* é definido como o processo pelo qual os grupos de pressão buscam participar de tomada de decisões do Estado, interferindo na elaboração das políticas públicas de um país (OLIVEIRA, 2005).

¹⁵ Os dados podem ser acessados no site da organização não governamental *Transparency International*. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017. Acesso em: 04 jan. 2019.

¹⁶ 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. § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa (BRASIL, 1940).

¹⁷ Corrupção ativa: Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional (BRASIL, 1940).

¹⁸ Cf. Decreto-Lei nº 2.848/1940.

a primeira modalidade é corrupção passiva que se refere ao agente público que recebe ou solicita vantagem indevida do particular em razão do exercício da função para praticar ou deixar de praticar algum ato de dever. Já a segunda trata da corrupção ativa, enquadra o particular que oferece a vantagem ao agente público para que este omita, pratique ou retarde um ato de dever. O bem jurídico tutelado por ambos é o funcionamento normal da Administração Pública, no que se refere aos princípios de probidade e moralidade no exercício da função. “[...] Por um lado, compromete a eficiência do serviço público e, por outro lado, põe em perigo o prestígio da administração e a autoridade do poder público” (MIRABETE; FABBRINI, 2014, p. 302). Resumidamente, de qualquer forma que se manifeste, a corrupção é sempre um dos grandes males que corroem a estrutura estatal.

Outro tipo penal que também vai de encontro à ideia da graxa que lubrifica o sistema está previsto no artigo 315¹⁹ do mesmo diploma repressivo, tratando do emprego irregular de rendas ou verbas públicas com finalidade diversa daquela estabelecida em lei. O artigo contempla um crime próprio, uma vez que o sujeito ativo é necessariamente um agente público que tenha poder de gestão e intenção de aplicar verbas ou rendas públicas dentro do próprio plano da Administração, mas o faz de forma contrária à lei. Entretanto, como exceção da aplicação desse dispositivo, é observada em legislação especial a existência de crimes específicos para os agentes políticos que ocupam os cargos de prefeitos, previstos pelo Decreto-Lei nº 201/1967, que dispõe sobre a responsabilidade dos Chefes do Executivo em âmbito municipal (MASSON, 2014). O referido diploma trata também de outros atos vinculados à função executiva, como deixar de prestar contas anuais; empregar subvenções, auxílios ou recursos de qualquer natureza em desacordo com os programas a que se destinam; realizar despesas não autorizadas, entre outros.

Com efeito, não se pode deixar de destacar que o agente público também está sujeito à responsabilização pelos atos de improbidade administrativa, previstos pela Lei nº 8.429/1992. Tais atos também se enquadram em um conceito mais amplo de corrupção, devido à ideia de tríplice responsabilidade (cível, penal e administrativa) explorada pelo Direito brasileiro.²⁰ O referido diploma legal abarca como atos de improbidade: o enriquecimento ilícito e auferimento de qualquer tipo de vantagem indevida em razão do cargo, função, mandato (etc.);²¹ dano ao erário;²² qualquer ação ou omissão que conceda, aplique ou mantenha benefício financeiro ou tributário indevidamente;²³ e também a violação dos princípios administrativos, como já tratado anteriormente. As sanções variam conforme o

¹⁹ Emprego irregular de verbas ou rendas públicas: Art. 315. Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa (BRASIL, 1940).

²⁰ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: [...] (BRASIL, 1992).

²¹ Cf. Artigo 9º da Lei nº 8.429/1992.

²² Cf. Artigo 10 da Lei nº 8.429/1992.

²³ Cf. Artigo 10-A da Lei nº 8.429/1992.

tipo de ato ímprobo e podem acarretar a suspensão de direitos políticos, ressarcimento integral do dano, perda de bens e valores, multa civil, perda da função pública, proibição de contratar junto ao Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. A aplicação da sanção pelo magistrado deve considerar a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente.²⁴

Bem, partindo da premissa que “o corruptor detém algo que o corrupto almeja” (CORTELLA; BARROS FILHO, 2014, p. 78), é possível ainda analisar a corrupção sob três importantes aspectos: como um fato individual; como fenômeno social e como um vício. Do ponto de vista ético, em nada se difere as pequenas corrupções do dia a dia dos escândalos envolvendo o desvio de grandes montantes de capital no setor público ou privado. O fato é que a relação estabelecida entre o corrupto e o corruptor é de conveniência, pois, de um lado, há aquele que tem interesses importantes e recursos compatíveis e, de outro, alguém que pode oferecer o que o primeiro deseja. A situação fica ainda mais escabrosa quando os mais variados tipos de capitais tornam-se objeto de negociação nas mãos dos corruptos, deixando esse sistema cada vez mais complexo e sofisticado (CORTELLA; BARROS FILHO, 2014).

Ao ser analisada sob o prisma individual, a corrupção apresenta a necessidade da participação de ao menos dois sujeitos para a composição de uma relação orquestrada, que tenha a finalidade de romper algo que é alheio à conexão estabelecida entre os corruptos ou corruptores, ou seja, o que é deteriorado é, na realidade, um terceiro elemento que não está relacionado diretamente aos polos da relação, mas sim aos laços sociais provindos da relação entre os agentes que participam da pactuação com o resto da sociedade (BARROS FILHO; PRAÇA, 2014). Notadamente, as mais diversas relações são corrompidas diariamente e, muitas das vezes, o benefício que será obtido é considerado ínfimo para as relações sociais, como é o caso da cola em uma prova ou “furar” uma fila em um banco.

A partir dessa perspectiva, surge o entendimento da corrupção como um fenômeno social, visto que o fundamento para a prática de um determinado ato é a máxima: “todos fazem”. Assim, aquilo que deveria ser considerado algo reprovável torna-se comum, por ter uma espécie de consentimento social. Nesse sentido, é interessante apontar um conceito bem conhecido de fato social: “É um fato social toda a maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coação exterior”, ou ainda, “que é geral no conjunto de uma dada sociedade tendo, ao mesmo tempo, uma existência própria, independente das suas manifestações individuais”. (DURKHEIM, 1983, p. 92-93).

Por aqui, algumas práticas irregulares são quase que consagradas e adquiriram a chancela do intitulado “jeitinho brasileiro”. Esse fenômeno social nada mais é do que um mecanismo social marcante da cultura brasileira que utiliza uma forma alternativa e simplificada de solucionar imprevistos, burlando regras, leis e padrões (DUARTE, 2006 apud FLACH, 2012). Outrossim, a prática reiterada de alguns atos conduz o ser humano ao sentido oposto ao da vida boa, levando-o à vida miserável, viciada.

²⁴ Cf. Artigo 12 da Lei nº 8.429/1992.

Assim, a corrupção pode ser analisada como um vício que afasta o homem da vida virtuosa e, por conseguinte, da própria ética. Para Aristóteles, assim como as virtudes, os vícios advêm das ações habituais, uma vez que consistem na falta ou excesso entre os extremos da vida, ou seja, é a falta de moderação nas ações. Dentre as virtudes, a corrupção fere a justiça que estabelece os preceitos de igualdade, bem comum, dá sentido e ordem à vida pública e na relação entre os particulares. Essa virtude possui um único extremo, a injustiça, e é entendida como uma virtude completa, pois quem a possui é capaz de usá-la para si e para os outros (CHAUÍ, 2002).

Por estar enraizada em todas as classes sociais e principalmente dentre aqueles que exercem os mais diversos tipos de poder, o combate à corrupção tornou-se uma questão de ordem pública e interesse social. A obrigatoriedade de dar transparência e publicidade a todos os atos praticados pelos agentes públicos é uma das formas de prevenção a essas condutas delituosas. Para tanto, a Lei nº 12.527/2011 surgiu como um instrumento facilitador ao acesso de documentos e informações públicas de forma célere no prazo de até 20 dias. Outro diploma legal que visa à publicidade dos atos é a Lei Complementar 131/2009, conhecida como Lei da Transparência, que obriga todos os Poderes Executivos, desde a União aos Municípios, a divulgar suas contas em tempo real para o conhecimento e acompanhamento da sociedade.

Em caráter repressivo, foi promulgada em 2013 a chamada “Lei Anticorrupção” (Lei nº 12.846/2013), que aplica sanções civis e administrativas às pessoas jurídicas pela prática de atos que atentam contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, não excluindo qualquer responsabilidade individual dos agentes envolvidos. A título de exemplo, a lei considera como atos lesivos a corrupção ativa, a subvenção de atos ilícitos, a dissimulação de interesses por meio de pessoas físicas ou jurídicas e outros artifícios arditos em matéria de contratos e licitações, como fraude, benefícios indevidos garantidos por meio de modificação ou prorrogação dos contratos; manipulação do equilíbrio econômico-financeiro, entre outros.

Destaca-se, por fim, a criação de órgãos especializados nas instituições do Poder Público, voltados ao combate à corrupção e a improbidade administrativa. O pioneiro a implementar essa medida foi o Estado da Bahia, no qual o Ministério Público criou o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção à Moralidade Administrativa (CAOPAM), que tem como finalidade estimular, orientar e promover o intercâmbio entre as demais promotorias de justiça que atuam na defesa do patrimônio público. Um dos projetos adotados pelo grupo foi a implementação do “Mapa da Improbidade”, que traz dados processuais das ações propostas pelo Ministério Público em todos os municípios baianos, envolvendo ações penais, de improbidade ou de ressarcimento ao Erário, para manter o cidadão informado de suas atividades e, por consequência, cumprir a Lei de Acesso à Informação, bem como facilitar o acompanhamento e controle das atividades jurisdicionais e ministeriais de forma dinâmica (BRASIL, 2019).

De fato, a corrupção deteriora e entrega a sociedade aos piores vícios da natureza humana. As mazelas sociais estão longe de chegar ao fim, mas é possível constatar que hoje, devido à publicidade, à transparência, à divulgação da mídia e também ao interesse da população, a corrupção está sendo combatida com mais eficiência pelo Poder Público.

CONCLUSÃO

Dilemas éticos e morais sempre estiveram presentes em toda a história da humanidade. Todavia, a adoção de determinados parâmetros de comportamentos é imprescindível para a convivência em sociedade e, sobretudo, para que exista a ciência do Direito. A ética, por sua vez, relaciona-se com questões profundas ligadas ao comportamento moral dos indivíduos, sob a ótica da excelência da racionalidade humana, considerando a conduta dos sujeitos individualmente, em que suas escolhas podem levá-lo a uma vida boa e virtuosa ou à sua decadência viciosa.

No entanto, o Estado, como soberano e único detentor do *jus puniendi*, se materializa por meio de suas instituições, tem o papel de afastar o homem de suas paixões para mantê-lo longe do seu estado de natureza, e, conseqüentemente, estabelecer a ordem pública e a paz social, para atingir o tão almejado bem comum. Para tanto, é imprescindível que os agentes públicos sigam os parâmetros morais e éticos consagrados pela sociedade e, funcionalmente, atuem em obediência aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, como forma de preservar a supremacia do interesse público. Mesmo dispondo de todos os mecanismos legislativos até aqui expostos, observa-se que, constantemente, esses princípios continuam sendo violados reiteradamente, não só pela corrupção, mas também pelas práticas tidas como comuns, de nepotismos, clientelismos e favoritismos, que fazem com que o Estado se torne refém de seus agentes, os quais assumem a faceta de malfeitores que se julgam “donos do poder” e ditam as “regras do jogo” a seu bel-prazer, interferindo diretamente na vida em sociedade e privando os cidadãos de seus direitos e garantias fundamentais.

Portanto, conclui-se que a “Teoria da Graxa sobre Rodas” é incompatível e, por conseguinte, inaplicável no ordenamento jurídico brasileiro, essencialmente por ferir de plano os preceitos éticos e morais indispensáveis à preservação do Estado Democrático de Direito. Apesar de ser considerada, supostamente, como a “facilitadora” do desenvolvimento econômico e a “libertação” do funcionamento burocrático do Poder Público, não é e não pode ser admitido nenhum tipo de previsão legal que aceite um grau de corrupção, mesmo que ínfimo, porquanto qualquer dispositivo nessa tortuosa e obscura direção afigura-se contrário ao alicerce principiológico regente de todo o sistema constitucional brasileiro, sobretudo, os princípios fundamentais republicanos da dignidade da pessoa humana e da cidadania, além do próprio princípio específico indeclinável da moralidade administrativa.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015.

BAHIA. Ministério Público do Estado. *CAOPAM - Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção à Moralidade administrativa*. 2019. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/area/caopam/apresentacao>. Acesso em: 04 jan. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROS FILHO, Clóvis de; PRAÇA, Sérgio. *Corrupção: parceria degenerativa*. Campinas: Papyrus 7 Mares, 2014.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Procedimento de Controle Administrativo nº 1.00410/2017-51*. Relator: Conselheiro Valter Shuenquener de Araújo. Requerente: Sigiloso. Requerido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Brasília, 1º de junho de 2017. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/liminar_concurso_mp_mg.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. *Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009*. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal;

altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

BOBBIO, Norberto. *O filósofo e a política*: antologia. Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia*: dos pré-socráticos a Aristóteles. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. v. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*: direito, moral e religião no mundo moderno. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

CORTELLA, Mario Sérgio; BARROS FILHO, Clóvis de. *Ética e vergonha na cara!* Campinas: Papyrus 7 Mares, 2014.

CORTELLA, Mario Sérgio et al. *Verdades e mentiras*: ética e democracia no Brasil. Campinas: Papyrus 7 Mares, 2016.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. 3. ed. Leme: CL Edijur, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico. In: DURKHEIM, Émile. *Durkheim*. Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura et al. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores).

FLACH, Leonardo. O jeitinho brasileiro: analisando suas características e influências nas práticas organizacionais. *Revista Gestão e Planejamento*, Salvador, v. 12, n. 3, p. 499-514, set./dez. 2012. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/rgb/article/viewFile/1197/1852>. Acesso em: 01 jan. 2019.

JUSTIFICANDO. *Questão em concurso do Ministério Público de Minas Gerais sobre “Teoria da Graxa” causa polêmica*. 3 abr. 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/03/questao-em-concurso-do-ministerio-publico-de-minas-gerais-sobre-teoria-da-graxa-causa-polemica/>. Acesso em: 04 jan. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. [*Professor, me ajude!!*]. Porto Alegre, 3 abr. 2017. Facebook: Aury Lopes Júnior. Disponível em: <https://www.facebook.com/photo.php?fbid=1281426738610980&set=a.110411275712538.24681.100002309996379&type=3&theater>. Acesso em: 04 jan. 2019.

MÁRIO, Francisco. [“*Teoria da graxa sobre rodas*”]. Pernambuco, 4 abr. 2017. Facebook: Francisco Mário @proffmario. Disponível em: <https://www.facebook.com/proffmario/photos/a.215419008813854.1073741828.214327788922976/405933713095715/?type=3&theater>. Acesso em: 04 jan. 2019.

MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado. *LV Concurso para Promotor da Justiça Substituto*. 2017. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/aceso-a-informacao/concursos/membros/lv-concurso-de-promotor-de-justica-substituto/lv-concurso-de-promotor-de-justica-substituto.htm>. Acesso em: 04 jan. 2019.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 3.

OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. Breve histórico sobre o desenvolvimento do *lobbying* no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano. 42, n. 168, p. 29-43, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/928>. Acesso em: 03 jan. 2019.

RAMPAZZO, Lino. *Antropologia: religiões e valores cristãos*. São Paulo: Paulus, 2014.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REYES, Sebastian. Greasing the wheels: the secret benefits of corruption. *Harvard Political Review*, Dec. 8, 2015. Disponível em: <http://harvardpolitics.com/world/greasing-wheels-secret-benefits-corruption/>. Acesso em: 04 jan. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. A concursocracia, a Teoria da Graxa e os testículos despedaçados. *Revista Consultor Jurídico*, 6 abr. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-abr-06/senso-incomum-concursocracia-teoria-graxa-testiculos-despedacados>. Acesso em: 04 jan. 2019.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2017*. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017. Acesso em: 04 jan. 2019.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Tradução de João Dell'Anna. 23. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

XAVIER, Carlos Joel Carvalho de Formiga. *A corrupção e o caixa 2 de campanha no Brasil*. 2010. 117 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. DOI: 10.11606/D.8.2011.tde-26092011-135010. Acesso em: 02 jan. 2019.

A PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O LEGÍTIMO PODER GERAL DE CAUTELA*

THE PROHIBITION OF CONTRACTING WITH THE PUBLIC ENTITY IN THE LAW OF ADMINISTRATIVE MISCONDUCT: THE GENERAL POWER OF PROVISIONAL REMEDIES

PAULO AFONSO CAVICHIOLI CARMONA

Doutor em Direito Urbanístico pela PUC/SP. Professor do Mestrado/
Doutorado do Centro Universitário de Brasília - UNICEUB. Professor dos
Cursos de Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério
Público do Distrito Federal e Territórios - FESMPDFT. Juiz de Direito/
TJDFT. Endereço eletrônico: paulo.carmona@ceub.edu.br.

FÁBIO BRAGANÇA ZAGO

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de
Brasília - Uniceub. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público
- FESMPDFT. Especialista em Direito Civil e Processual Civil - ESMA/
DF. Bacharel em Direito pelo Uniceub e Bacharel em Administração
pela UnB. Analista Judiciário - Área Judiciária - no Superior Tribunal
de Justiça - STJ. Endereço eletrônico: zago96@gmail.com.

SUMÁRIO: Introdução - 1. A suspensão de contratação com o Poder Público: 1.1. A aplicação jurisprudencial para a Lei nº 8.666/93; 1.2 A aplicação para a Lei nº 8.429/92 - 2. A (im)possibilidade de cominar a sanção liminarmente e a fase processual cabível - Conclusão - Referências.

RESUMO: Este estudo versa sobre a sanção legal de proibição de contratar com o Poder Público, sob o enfoque da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA). Pretende-se descrever os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais atinentes ao

* Data de recebimento do artigo: 13.02.2019.
Datas de pareceres de aprovação: 01.04.2019 e 13.04.2019.
Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 14.05.2019.

tema, sob uma metodologia dogmática, bibliográfica e dedutiva, coletada por acessibilidade. Primeiramente, foi traçado um breve panorama constitucional sobre a LIA para, ainda no primeiro capítulo, discorrer sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o alcance da referida sanção no âmbito da Lei nº 8.666/93, a Lei de Licitações, e da Lei nº 8.429/92. No capítulo posterior, discutiu-se a possibilidade de a aludida sanção ser aplicada liminarmente, por força do poder geral de cautela reforçado pelo novo Código de Processo Civil brasileiro, ou se deve aguardar a fase decisória, ou, ainda, somente após o trânsito em julgado. Conclui-se que, em sede de improbidade administrativa, em prestígio à supremacia do interesse público, fundamentada e excepcionalmente, é possível aplicar à pessoa jurídica a sanção legal de proibição de contratar com a Administração Pública já no momento de recebimento da petição inicial, liminarmente, sem incorrer em indevida antecipação de pena nem ofensa ao princípio da legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: contratação; Poder Público; suspensão liminar; improbidade administrativa.

ABSTRACT: This study is about the legal punishment of prohibition to hire with public entities, based on Act nº 8.429/92 (Law of Administrative Misconduct). It aims to describe the doctrinal and jurisprudential points about the theme, under a dogmatical, bibliographic e deductive methodology, collected by accessibility. Firstly, there was presented a brief constitutional overview about IAL to, still in the first chapter, analyze the Superior Justice Court jurisprudence over Act nº 8.666/93, Bid's Law, and Act nº 8.429/92. In the next chapter, it was discussed the possibility of the mentioned sanction be applied in a preliminary decision, because of the general power of provisional remedies reinforced by the new Brazilian Code of Civil Procedure, or in the decision phase, or just after became *res judicata*. It is concluded that, in the matter of improbity administrative, in favor of public interest supremacy, exceptionally and reasonably, it's possible to apply to the legal entity punished the legal restriction to hire with public administration by the moment of the preliminary decision the receives the complaint, without incurring in undue punishment anticipation nor offense to the principle of legality.

KEYWORDS: hiring; public entity; preliminary suspension; administrative improbity.

INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo versa sobre a imposição legal de proibição de contratar com o Poder Público para os condenados em infrações de improbidade administrativa, independentemente da modalidade incorrida; tendo em mira a possibilidade de se aplicar essa punição liminarmente. Assim, precisamente, o problema de pesquisa a ser respondido é se a vedação ao pacto com a Administração, estipulada no art. 12 da Lei nº 8.429/92, pode ser aplicada em fases anteriores à sentença, por força do poder geral de cautela do Estado-Juiz, autorizado pelo art. 297 do novo Código de Processo Civil.

Em seguida, os objetivos são: pesquisar sobre a previsão legal de suspensão contratual com a Administração Pública na Lei de Licitações e na LIA; e discorrer acerca da referida punição para aferir a primeira fase processual cabível.

Sob a perspectiva teórica, a presente pesquisa contribui para o conjunto de produções acadêmicas referentes ao tema, dada a persistente controvérsia sobre a amplitude da sanção em estudo na Lei de Licitações¹ e na LIA,² com o destaque para a inovadora discussão acerca do (im)possível afastamento liminar de uma empresa nos certames públicos. No âmbito prático, extrai-se, com base em informações públicas divulgadas pelo “Portal da Transparência”,³ que, de todas as 13.264 sanções vigentes e aplicadas às pessoas incluídas no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), portanto restringidas de licitar ou contratar com a Administração Pública,⁴ a metade delas refere-se à sanção estipulada na LIA e 12% pautam-se na suspensão prevista na Lei de Licitações. Assim, concretamente, a sanção em comento é bastante aplicada pelo Poder Público e impacta um relevante contingente de pessoas, razão pela qual se complementa a justificativa à presente pesquisa.

O marco teórico do presente estudo é a doutrina atinente ao tema, escolhida por acessibilidade do pesquisador. A pesquisa é dogmática e a técnica de pesquisa bibliográfica, por intermédio de método dedutivo. Desse modo, serão pesquisados, conforme a bibliografia apresentada ao final, livros, artigos científicos, leis e os julgados do Superior Tribunal de Justiça, filtrados em observância ao tema proposto, almejando aos diversos posicionamentos jurídicos sobre o assunto.

O primeiro capítulo versará sobre o cotejo entre as Leis nºs 8.666/93 e 8.429/92 no que tange à aplicação da sanção de suspensão/proibição de contratar com o Poder Público. O capítulo seguinte discutirá a possibilidade de se cominar a aludida penalidade antes da fase decisória, em sede de liminar; a partir do poder geral de cautela conferido ao Magistrado pelo novo Código de Processo Civil. Por último, será elaborada a conclusão do trabalho, oportunidade em que serão sintetizadas as ideias apresentadas, de modo a definir, se possível, as circunstâncias que poderiam autorizar a antecipação da sanção em tela; com vistas ao devido processo legal, razoabilidade, moralidade pública e segurança jurídica.

¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

² TEIXEIRA, João Pedro Accioly. Os contornos objetivos da proibição de contratar com o poder público por improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 54, p. 185-216, set. 2016.

³ Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes/ceis?paginacaoSimples=false&tamanhoPagina=&offset=&direcaoOrdenacao=asc&colunasSelecionadas= linkDetalhamento%2CcpfCnpj%2Cnome%2CufSancionado%2Corgao%2CtipoSancao%2CdataPublicacao&ordenarPor=nome&direcao=asc#visualizacao-grafica>.

⁴ Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/pagina-interna/603245-ceis>.

1. A SUSPENSÃO DE CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO

Em primeiro lugar, segundo a Constituição Federal, os atos de improbidade administrativa estão sujeitos às sanções estipuladas no art. 37, § 4º, *in verbis*: “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”.

Nesse rumo, uma rápida leitura indica que a punição em testilha não contém, diretamente, fulcro constitucional. Mesmo assim, trata-se de uma cominação legal, autorizada pela Lei Maior,⁵ e, portanto, aplicável às pessoas jurídicas e físicas. Com efeito, a Lei nº 8.429/92, em seu artigo 12, também acrescentou a multa civil para além das punições delineadas no texto constitucional.

Paralelamente, o art. 87 da Lei nº 8.666/93 arrola como sanção, no inciso III, a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, no mesmo sentido da punição vista no parágrafo anterior. Assim, cumpre aprofundar sobre a abrangência dessa sanção, no próximo subtópico, para, no subtópico posterior, avançar para a punição estipulada na LIA; resguardando o capítulo seguinte para a polêmica aplicação antecipada desta proibição, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.

1.1. A aplicação jurisprudencial para a Lei nº 8.666/93

De acordo com a lei em comento, a sanção administrativa em estudo obsta a licitação/contratação com a Administração, a qual é definida, nos termos do art. 6º, XII, da referida lei, como “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”; ao passo que a Administração Pública, no inciso XI, é conceituada como “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”.

Nesse panorama, emerge a polêmica do alcance da aludida punição, ou seja, se restrita ao ente sancionador ou se abrange todo o Poder Público.

Por um lado, com supedâneo em uma literal interpretação da lei de licitações, a sanção fixada no art. 87, III, refere-se exclusivamente ao órgão/entidade contratante da Administração (diferenciando-se de Administração Pública), em prestígio ao princípio da legalidade. Em reforço, nota-se que a punição do art. 87, IV, menciona expressamente Administração Pública, corroborando a citada distinção por força da razoabilidade e gradação das sanções, razão pela qual a prevista no art. 87, III, seria restrita ao órgão sancionador.⁶

Ademais, em visão talvez mais restritiva, aponta-se a opinião doutrinária no sentido de que a penalidade do art. 87, III, poderia, considerando o caso concreto, ser limitada

⁵ FERREIRA, Hélio Rios. Sanções da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 10, n. 111, p. 84-97, mar. 2015.

⁶ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

a uma licitação ou contrato do ente específico.⁷ Outrossim, há quem sustente a restrição ao órgão sancionador nas penalidades do art. 87, incisos III e IV, por vislumbrar ofensa à personalidade dos contratos, à legalidade e ao federalismo brasileiro.⁸

Em sede pretoriana, o Tribunal de Contas da União (TCU) sempre⁹ entendeu por restringir o alcance da sanção em apreço ao órgão/ente da Administração que a aplicou, com base na ordem gradativa das penalidades arroladas e na restritiva interpretação a ser conferida em sede de direito administrativo sancionador. Ilustrativo dessa jurisprudência é o Acórdão nº 2962/2015, julgado em 18.11.2015, no qual se enunciou: “A penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 incide somente em relação ao órgão ou à entidade contratante”.

Em contrapartida, reforçando a importância do presente estudo, em prol do ditame constitucional da indisponibilidade do interesse público, afasta-se a imprópria distinção entre os termos citados.¹⁰ Por certo, a proteção ao interesse público justifica a extensão da penalidade imposta para todos os Poderes e em todos os níveis, sem prejuízo do pacto federativo ou da competitividade licitatória.¹¹

Com acerto, esse é único entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), desde a primeira vez que se dedicou ao tema¹² em 2002 (RMS nº 9.707/PR), por julgar que a Administração Pública é uma e em todas as licitações se exige a idoneidade, que fica afastada pela sanção imposta por qualquer ente/órgão. Esse entendimento ressoa até os dias atuais no Tribunal da Cidadania, consoante o exemplificativo AgInt no REsp 1382362/PR, DJe 31.03.2017, Rel. Min. Gurgel de Faria.

Por fim, oportuno apontar que a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/02) e a Lei do Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/11 - Lei do RDC) também possuem punição similar, alcançando todos os entes federados. Por seu turno, a recente Lei nº 13.303/16, alcunhada Estatuto das Estatais, estabeleceu uma sanção parecida, porém expressamente limitada à entidade sancionadora (art. 83, inciso III).

1.2. A aplicação para a Lei nº 8.429/92

Em sede de improbidade administrativa, a lei de regência estabelece, dentre outras, a proibição de contratar com o Poder Público, em prazo variável de acordo com a infração cometida, para pessoas jurídicas e físicas (REsp 1043842/RS, DJe 12.11.2010). Pontue-se

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

⁸ PESTANA, Márcio. *Licitações públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2013.

⁹ CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; AZEVEDO, Euro Sabino de. Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração: abrangência nacional da penalidade. *Revista Juris Plenum Direito Administrativo*, Caxias do Sul: Plenum, v. 5, n. 17, p. 167-190, mar. 2018.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹¹ OLIVEIRA, op. cit.

¹² CARMONA; AZEVEDO, op. cit.

que, antes da Lei nº 12.120/09, as punições do art. 12 eram aplicadas cumulativamente, porém essa lei expressamente conferiu a possibilidade de serem aplicadas isolada ou cumulativamente. Fixe-se, desde já, que a aludida vedação também contempla o envolvimento em licitação, porquanto, por lógica prejudicialidade, não se deve homologar um licitante inábil de celebrar o contrato.¹³

Nesse panorama, por uma necessária interpretação restritiva, inerente ao Direito sancionador, e em prol dos princípios da preservação da empresa e da proporcionalidade,¹⁴ sustenta-se que a ausência de indicação expressa sobre o alcance dessa pena conduz à compreensão de que a sua abrangência permanece “restrita ao ente da federação no qual foi verificado o ato de improbidade administrativa”.¹⁵

Na esfera jurisprudencial, consta na jurisprudência do STJ, a quem incumbe a pacificação de entendimentos de matéria infraconstitucional (art. 105, CF), o seguinte julgado de dez anos atrás, ratificado em 2017; confirmam-se ambos:

[...] 2. Insta observar que não se trata de sanção por ato de *improbidade de agente público prevista no art. 12 da Lei 8.429/1992, tema em que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência limitando a proibição de contratar com a Administração na esfera municipal*, de acordo com a extensão do dano provocado. [...]. (REsp 520.553/RJ, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03.11.2009).

[...] 7. No caso, a imposição à construtora da pena de proibição de contratar com a Administração Pública em todas as suas esferas pelo prazo de 5 (cinco) anos afigura-se extremamente gravosa, de modo a *autorizar a modulação da sanção, restringindo-a à esfera municipal do local do dano*. Precedentes. 8. Agravos internos desprovidos. (AgInt no REsp 1589661/SP, Relator: Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 24.03.2017). (grifo nosso).

Dessa feita, vislumbra-se uma tendência jurisprudencial destoante do entendimento consolidado em alusão à Lei nº 8.666/93, estudado no tópico anterior, embora sejam sanções similares,¹⁶ sem uma justificável *ratio iuris* aparentemente. Ademais, no primeiro julgado acima, o Relator, na mesma decisão, consigna o restrito alcance da punição em

¹³ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

¹⁴ TEIXEIRA, op. cit.

¹⁵ CASTRO, José Nilo de. Proibição de contratar com o Poder público. Extensão da pena do art. 12, III, da Lei de Improbidade Administrativa: necessidade de interpretação estrita: interpretação ampla da doutrina e jurisprudência: necessidade de declaração de nulidade dos contratos firmados após o trânsito em julgado da sentença condenatória: declaração de nulidade, via administrativa ou judicialmente. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, Belo Horizonte, v. 9, n. 29, jul. 2008.

¹⁶ MARQUES, Sílvio Antônio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

tela para os atos de improbidade administrativa, ao passo em que expande seus efeitos para todo o país, para os atos licitatórios. Outrossim, no mesmo ano, o mesmo relator decidiu em um sentido para a Lei nº 8.666/93, visto no tópico anterior, e em outro sentido para a Lei nº 8.429/92, como supracitado. E ambas as decisões carecem do esclarecedor *distinguishing*, porquanto, repita-se, a proteção ao erário e ao interesse público, bem como a escoreita exegese das referidas leis, impõem o alcance nacional para a sanção em apreço, independentemente de origem ímproba ou licitatória. Enfim, não há razão jurídica para, diante da mesma sanção, impor tratamento mais severo na esfera licitatória e mais brando na improbidade administrativa.

Nesse panorama, há poucos meses, a Primeira Turma do STJ, em sede de tutela provisória (TP), permitiu a uma empresa celebrar contratos com a Administração Pública e participar de certames licitatórios com o fundamento de “haver julgados desta Corte Superior afirmando que, a depender da gravidade do caso concreto, a vedação [proibição de contratar com o Poder Público pelo art. 12 da LIA] deve ficar restrita à esfera da pessoa de direito público lesionada pelo ato” (AgInt no TP 1.492/RJ, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, *julgado em 27.11.2018*).

Todavia, com razão, a grande¹⁷ e prevacente¹⁸ parcela da doutrina perfilha entendimento alinhado com o visto no subtópico acima, ampliando a punição apresentada para toda a Administração Pública, em prol do princípio constitucional da moralidade administrativa. Acertadamente, a expressão “Poder Público” contida na LIA, assim como as expressões “Administração” e “Administração Pública” na Lei de Licitações, apontam, de fato, para o alcance nacional da sanção em comento;¹⁹ preponderando, com louvor, a moralidade e a supremacia do interesse público sobre a livre iniciativa e a competitividade licitatória.

Portanto, extrai-se que a mesma *ratio decidendi* que nacionaliza a suspensão de licitação/contratação na Lei de Licitações autoriza expandir o conceito de “Poder Público” na LIA para todas as esferas administrativas,²⁰ as quais ficam proibidas de contratar com o agente ímprobo.

2. A (IM)POSSIBILIDADE DE COMINAR A SANÇÃO LIMINARMENTE E A FASE PROCESSUAL CABÍVEL

Diante das conclusões verificadas no capítulo passado, vale adentrar no momento processual adequado para a aplicação da sanção em tela, confrontando o poder geral de cautela do juiz, em liminar, com a odiosa antecipação de sanção antes do trânsito em julgado.

¹⁷ TEIXEIRA, op. cit.

¹⁸ CASTRO, op. cit.

¹⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁰ FERRARESI, Eurico. *Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992 comentada*. São Paulo: Método, 2011.

Primeiramente, esclareça-se que a Lei nº 13.105/15 (novo CPC) manteve o poder geral de cautela ao Magistrado, consagrado²¹ no art. 297 da lei processual civil adjetiva. Isso é ratificado no Enunciado 31 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), *in verbis*: “O poder geral de cautela está mantido no CPC”.

Nesse cenário, cumpre discorrer sobre o momento processual oportuno para a sua aplicação, tendo em mira a preservação da moralidade pública, o devido processo legal, a presunção de inocência, a razoabilidade, e a liberdade de concorrência. Assim, por seu nítido caráter punitivo e restritivo de direitos, essa sanção apenas poderia ser efetivada com o trânsito em julgado,²² porquanto, muitas vezes, ela acarreta intensos prejuízos à empresa, podendo levá-la à falência.²³

Sob outra perspectiva, a LIA é rígida, subsidiariamente, pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), conforme recente julgado do STJ, no ponto: “Reconhecimento, pelo STJ, da existência do microsistema legal de proteção aos interesses ou direitos coletivos. Aplicação da Lei nº 7.437/82 subsidiariamente à Lei nº 8.429/92” (REsp 1447774/SP, DJe: 27.08.2018). Além disso, nesse julgado, afastou-se o efeito suspensivo automático à apelação (art. 1.012, CPC/15), aplicando-se a regra do art. 14 da LACP. Nesse sentido, consoante o ordenamento jurídico pátrio, é plausível a punição em testilha após a sentença condenatória,²⁴ imediatamente,²⁵ fortalecendo-se o combate à corrupção, a ética nas relações públicas e a tutela da moralidade administrativa.

Destarte, o cerne da controvérsia reside na possibilidade de se aplicar a sanção sob estudo antes da sentença, no curso do processo, liminarmente, considerando o poder geral de cautela. O intuito é extirpar as pessoas ímprobas das relações públicas. Em defesa dessas legítimas pretensões, repousa polêmica na possibilidade de se antecipar a grave sanção de proibição de contratar com o poder público, a qual, como visto, possui devastadores efeitos em uma empresa. Para a vertente denegatória, haveria uma falácia ao atrelar o rigor maior dessa punição com maior proteção do erário, já que causa enormes prejuízos à empresa, bem como frustra a concorrência e a vantajosidade dos certames licitatórios.²⁶

Nesse ambiente, cotejando os diversos valores envolvidos, aponta-se pela possibilidade, de acordo com o caso concreto, de, excepcionalmente, antecipar-se a proibição

²¹ DONIZETTI, Elpidio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

²² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

²³ TEIXEIRA, João Pedro Accioly. Aspectos processuais da proibição de contratar com o Poder Público em decorrência de ato ímprobo. *Revista Brasileira de Direito Tributário*, Porto Alegre, v. 11, n. 62, p. 81-112, maio/jun. 2017.

²⁴ MARQUES, op. cit.

²⁵ AVELAR, Maria Carla de. O trânsito em julgado e o cumprimento de decisão judicial que comina a sanção de proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios prevista no art. 12 da Lei nº 8.429/92. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 12, n. 134, abr. 2012.

²⁶ TEIXEIRA, Os contornos objetivos da proibição de contratar com o poder público por improbidade administrativa..., op. cit.

de contratar com o Poder Público, segundo o grau de risco apurado na fase investigativa e corroborado pelo recebimento da petição inicial. Esse posicionamento, coerente com a vertente confirmatória, reverbera na escorreita doutrina,²⁷ com vistas a permitir a antecipação desse efeito de eventual condenação fundada em ilícito reputado como improbidade administrativa, que não se confunde com o ilícito penal nem está sujeito às amarras desse regime. Em acréscimo, ressalta-se que o art. 20 da LIA apenas condicionou ao trânsito em julgado as punições de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

Desse modo, em sede de improbidade administrativa, em mira de coibir novos atos de improbidade administrativa, é possível a imposição de medidas liminares aos réus, tanto as medidas típicas (arroladas no art. 301 do CPC/15) quanto atípicas (art. 297 do CPC/15), decorrentes do poder geral de cautela.²⁸ Isso em sintonia com o ditame constitucional da inafastabilidade de jurisdição e concretizado pela tutela provisória de urgência (art. 300 do CPC/15), por meio de decisão fundamentada que demonstre a urgência da medida hábil a resguardar os cofres públicos e os elementos fáticos que apontam pela potencial reincidência em ilícitos.²⁹

Com efeito, portanto, as medidas cautelares na LIA são insuficientes e reclamam a aplicação suplementar do CPC para a sua aplicação.³⁰ Nesse rumo, *mutatis mutandis*, colhe-se julgado do STJ alinhado com a posição aqui defendida:

[...]. 5. *Ressalvadas as medidas de natureza exclusivamente sancionatória - por exemplo, a multa civil, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos - pode o magistrado, a qualquer tempo, adotar a tutela necessária para fazer cessar ou extirpar a atividade nociva, consoante disciplinam os arts. 461, § 5º, e 804 do CPC, 11 da Lei 7.347/85 e 21 da mesma lei combinado com os arts. 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor, que admitem a adoção de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos interesses que a Ação Civil Pública busca proteger. [...]. Nesse contexto, a liminar concedida pelo juízo de primeiro grau para proibir a demandada de receber novas verbas do Poder Público e com ele contratar ou receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios guarda relação de pertinência e sintonia com o ilícito praticado pela ré, sendo evidente o propósito*

²⁷ ASSIS, Araken de. Medidas de urgência na ação por improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbell (coord.). *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

²⁸ MAZZEI, Rodrigo; MARQUES, Bruno Pereira. Primeiras linhas sobre a responsabilidade pelos danos decorrentes da efetivação de tutelas de urgência em caso de “insucesso final” da ação de improbidade administrativa. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 62, n. 440, p. 09-44, jun. 2014.

²⁹ TEIXEIRA, Aspectos processuais da proibição de contratar com o Poder Público em decorrência de ato ímprobo..., op. cit.

³⁰ BELMONTE, Rodrigo de Andrade. O novo Código de Processo civil, as cautelares e a Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 12, n. 135, p. 332-334, mar. 2017.

assecuratório de fazer cessar o desvio de recursos públicos, nos termos do que autorizado pelos preceitos legais anteriormente citados. 7. Recurso Especial não provido. (REsp 1385582/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 01.10.2013, DJe 15.08.2014). (grifo nosso).

Dessa maneira, revela-se uma acertada inclinação da jurisprudência do STJ em se admitir a imposição liminar aos réus de proibição de contratar com o Poder Público, em sede de processo referente a ilícitos de improbidade administrativa. Essa escorreita postura jurisprudencial fomenta simultaneamente o direito fundamental à moralidade administrativa;³¹ e o combate à corrupção, essa histórica mácula do Brasil, deturpadora da fruição dos direitos previstos na Carta de Outubro.³²

Não obstante, naturalmente, dada a característica ínsita da reversibilidade, caso futuramente revogada/cassada a liminar sancionadora, assegura-se ao particular a indenização por eventuais danos morais e patrimoniais sofridos.³³ Outrossim, caso futuramente confirmada a liminar pelo trânsito em julgado da decisão condenatória, o particular faz *jus* à detração³⁴ do período.

CONCLUSÃO

O presente artigo visou discorrer sobre a sanção administrativa³⁵ de proibição de contratar com o Poder Público, especificamente sobre sua abrangência, mediante cotejo da Lei nº 8.429/92 e Lei nº 8.666/93, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Em ambas, o alcance dessa sanção é reiteradamente³⁶ discutido na doutrina. Também analisou o momento processual adequado para a sua imposição, balizando diversos princípios envolvidos, tais como a livre iniciativa, moralidade administrativa e devido processo legal. Destaca-se que a proibição de contratar com o Poder Público é medida de consequências severas, que tende a conduzir as empresas sancionadas a graves crises financeiras e falimentares.³⁷

³¹ SANTOS, Roberto Lima. Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 50, out. 2012.

³² MAGALHÃES, Cândida Alzira Bentes de; SENHORAS, Elói Martins. Lei de Improbidade Administrativa: 25 anos de combate à corrupção. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 141, p. 26-32, set. 2017.

³³ MAZZEI; MARQUES, op. cit.

³⁴ TEIXEIRA, Aspectos processuais da proibição de contratar com o Poder Público em decorrência de ato ímprobo..., op. cit.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

³⁶ PESTANA, op. cit.

³⁷ TEIXEIRA, Os contornos objetivos da proibição de contratar com o poder público por improbidade administrativa..., op. cit.

Nesse panorama, abordou-se, no primeiro capítulo, a aludida sanção nos termos da Lei de Licitações, no primeiro tópico, e da Lei de Improbidade, no tópico subsequente. Verificou-se uma aparente incongruência na jurisprudência do STJ, na medida em que, acertadamente, expande a sanção do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 para o âmbito nacional, porém refuta essa ampliação na sanção da LIA, a qual expressamente faz menção ao “Poder Público” e, segundo a correta majoritária doutrina, também deve ser cominada em âmbito nacional. No capítulo seguinte, mostrou-se a celeuma referente à fase processual oportuna para a aplicação da punição em foco, concluindo-se pela possibilidade de, liminarmente, afastar a empresa das licitações e contratações com o ente público, sem dano ao federalismo nem à legalidade, em prol da moralidade pública, proteção ao erário, segurança jurídica e combate, instrumentalizado também pela LIA, à corrupção, mácula histórica do Brasil em prejuízo dos direitos assegurados pela Carta de Outubro.³⁸

Por fim, ressalta-se que os objetivos foram cumpridos, segundo a metodologia indicada, apurando-se os resultados apresentados, os quais corroboram a relevância do presente artigo, notadamente diante dos dados listados na introdução. Por derradeiro, uma limitação é a falta do Direito comparado, que muito contribuiria para as discussões sobre o impactante tema da improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Medidas de urgência na ação por improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbell (coord.). *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AVELAR, Maria Carla de. O trânsito em julgado e o cumprimento de decisão judicial que comina a sanção de proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios prevista no art. 12 da Lei nº 8.429/92. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 12, n. 134, abr. 2012.

BELMONTE, Rodrigo de Andrade. O novo Código de Processo Civil, as cautelares e a Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 12, n. 135, p. 322-334, mar. 2017.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; AZEVEDO, Euro Sabino de. Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração: abrangência nacional da penalidade. *Revista Juris Plenum Direito Administrativo*, Caxias do Sul: Plenum, v. 5, n. 17, p. 167-190, mar. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CASTRO, José Nilo de. Proibição de contratar com o Poder público: extensão da pena do art. 12, III, da Lei de Improbidade Administrativa: necessidade de interpretação estrita: interpretação ampla da doutrina e jurisprudência: necessidade de declaração de nulidade dos contratos firmados após

³⁸ MAGALHÃES; SENHORAS, op. cit.

o trânsito em julgado da sentença condenatória: declaração de nulidade, via administrativa ou judicialmente. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, Belo Horizonte, v. 9, n. 29, jul. 2008.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRARESI, Eurico. *Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992 comentada*. São Paulo: Método, 2011.

FERREIRA, Hélio Rios. Sanções da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 10, n. 111, p. 84-97, mar. 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MAGALHÃES, Cândida Alzira Bentes de; SENHORAS, Elói Martins. Lei de improbidade administrativa: 25 anos de combate à corrupção. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 141, p. 26-32, set. 2017.

MARQUES, Silvio Antônio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZEI, Rodrigo; MARQUES, Bruno Pereira. Primeiras linhas sobre a responsabilidade pelos danos decorrentes da efetivação de tutelas de urgência em caso de “insucesso final” da ação de improbidade administrativa. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 62, n. 440, p. 09-44, jun. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PESTANA, Márcio. *Licitações públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Roberto Lima. Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 50, out. 2012.

TEIXEIRA, João Pedro Accioly. Aspectos processuais da proibição de contratar com o Poder Público em decorrência de ato ímprobo. *Revista Brasileira de Direito Tributário*, Porto Alegre, v. 11, n. 62, p. 81-112, maio/jun. 2017.

TEIXEIRA, João Pedro Accioly. Os contornos objetivos da proibição de contratar com o poder público por improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 54, p. 185-216, set. 2016.

**A EXIGÊNCIA DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE
E INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES
PÚBLICAS: O PIONEIRISMO DO ESTADO DO
RIO DE JANEIRO E DO DISTRITO FEDERAL ***

**THE REQUIREMENT OF COMPLIANCE AND
INTEGRITY PROGRAMS IN PUBLIC CONTRACTS:
THE PIONEERING OF THE STATE OF RIO DE
JANEIRO AND THE FEDERAL DISTRICT**

RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA

Pós-Doutor pela *Fordham University School of Law-New York*. Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor de Direito Administrativo da EMERJ e do curso FORUM. Ex-Defensor Público Federal. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Sócio-fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. Árbitro e consultor jurídico. Endereço eletrônico: rafaelpgm@yahoo.com.br.

JÉSSICA ACOCELLA

Mestre em Direito Público pela UERJ. Advogada e coordenadora no Departamento de Licitações do BNDES.

SUMÁRIO: Introdução - 1. A utilização da licitação como instrumento de fomento e regulação de mercado - 2. A indução de práticas socialmente desejáveis e o incentivo a atividades e setores econômicos estratégicos - 3. A exigência, pelo Estado do Rio de Janeiro e pelo Distrito Federal, de programa de integridade para as empresas contratadas

* Data de recebimento do artigo: 12.02.2019.

Datas de pareceres de aprovação: 22.03.2019 e 31.03.2019.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 11.04.2019.

pela Administração Pública: 3.1. Breves notas sobre *compliance* e integridade; 3.2. A Lei 7.753/2017 do Estado do Rio de Janeiro; 3.3. A Lei 6.112/2018 do Distrito Federal - 4. O difícil balanceamento entre o papel regulatório e de incentivo das licitações públicas e a desejável obtenção da proposta economicamente mais vantajosa pela Administração - Conclusão - Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo estudar a utilização do instituto licitatório como instrumento de regulação de mercado e fomento às atividades social e economicamente estratégicas para o desenvolvimento nacional. Serão analisadas, assim, as principais mudanças já introduzidas na ordem jurídica pátria na direção da utilização da licitação com função extraeconômica, com destaque para as recentes inovações estabelecidas pelo Estado do Rio de Janeiro e pelo Distrito Federal por meio das respectivas Leis 7.753/2017 e 6.112/2018, que estabelecem a exigência de programa de integridade às empresas contratadas pela Administração Pública. Como resultado do estudo, será proposta uma solução que permita o balanceamento entre a novel função das licitações públicas e a desejável obtenção da contratação mais eficiente e economicamente mais vantajosa para a Administração.

PALAVRAS-CHAVE: licitação; função extraeconômica; regulação de mercado; fomento; Lei 7.753/2017 do Estado do Rio de Janeiro; Lei 6.112/2018 do Distrito Federal; *compliance*; programa de integridade; eficiência e economicidade; solução de balanceamento.

ABSTRACT: This article aims to study the use of the public bidding as a regulatory and development instrument. Therefore, the main changes introduced in the national legal order that promoted the extra-economic function of the public bidding will be analyzed, highlighting the recent innovations established by the State of Rio de Janeiro and the Federal District through the respective Laws 7.753/2017 and 6.112/2018. Both established the requirement of a compliance program for companies contracted by the Public Administration. Thus, as a result of the present study, it will be proposed a solution that allows a balance between the novel function of public tenders and the desirable efficient and most economic public contract.

KEYWORDS: public bidding; extra-economic function; market regulation; development; Law 7.753/2017 of Rio de Janeiro State; Law 6.112/2018 of the federal district; compliance program; efficiency and economic; balancing solution.

INTRODUÇÃO

A ingerência estatal sobre a atuação dos agentes econômicos privados é, tradicionalmente, justificada pelas ideias de poder de polícia, de império e da primazia, *a priori*, dos interesses da coletividade sobre os direitos meramente individuais, em benefício “dos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente,

defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade”.¹ Entretanto, essas concepções clássicas que, durante muito tempo, justificaram as mais variadas e drásticas ingerências estatais sobre o particular vêm sendo paulatinamente superadas e substituídas por outras modernas noções voltadas à solidariedade, à cooperação e a uma relação mais horizontalizada entre Estado e sociedade, sem a imposição de instrumentos jurídicos repressivos ou coercitivos.²

Nesse sentido, apesar de a intervenção pública - notadamente por meio do sistema normativo - invocar até hoje um papel crucial no desempenho de atividades privadas e econômicas, em razão, por exemplo, da demanda por bem-estar social e por políticas distributivas,³ as transformações no modelo de Estado passaram a demandar um novo fundamento de legitimidade que possa embasar a previsão sobre onde, quando e em que intensidade a interferência estatal vai (e poderá) ocorrer.

Assim, se, de um lado, mudanças estruturais significativas no modo de governança coincidiram com a limitação do papel do Estado intervencionista, de outro, as mesmas transformações resultaram no aumento do poder normativo e, com isso, na ascensão de um novo modelo de Estado regulador, que veio a demandar a adaptação de “estruturas tradicionais a novas estratégias regulatórias”, tendo em vista o surgimento de novos atores e arranjos institucionais, diferentes estilos de formulação de políticas públicas e de normas e padrões de legitimidade da atuação estatal, bem como métodos de responsabilização mais complexos.⁴

No entanto, tem-se observado, com certa frequência, uma distorção do processo de implementação da regulação em determinadas atividades e setores, que demonstra ser (total ou parcialmente) incompatível com os defeitos e falhas de mercado que se quer, por meio das medidas implementadas, sanar. E isso acaba por resultar, sobretudo pela ausência de racionalidade da política regulatória, na impossibilidade de alcance dos objetivos a princípio pretendidos e, conseqüentemente, na crise de legitimidade dos programas regulatórios e da confiança sobre eles depositados pelos agentes privados afetados.

Há, com isso, a necessidade de definir de que forma cada setor e atividade econômica são mais eficientemente regulados - isto é, em qual extensão e com qual intensidade -, bem como os programas adequados para tornar seus objetivos efetivos, de acordo com o contexto envolvido.⁵ Observa-se que, em determinadas atividades, o modelo de regulação

¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 108.

² REICH, N. *Mercado y derecho*. Traducción A. Font. Barcelona: Ariel, 1985.

³ SUNSTEIN, C. *After the rights revolution: reconceiving the Regulatory State*. Harvard: Harvard University Press, 1990. p. 408.

⁴ MAJONE, G. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências da mudança no modo de governança. In: MATTOS, P. T. L. (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.

⁵ Nessa linha, vale destacar a relevante observação feita por Reich: “o que pode estar correto para um tipo de regulação pode não estar correto para outro tipo”. Isso porque, segundo ele, a análise econômica da regulação deve ser “cuidadosamente feita na avaliação de mercados específicos, das falhas de mercado

que, em vez de impor determinados padrões, procura induzir o comportamento dos agentes envolvidos em direção a práticas socialmente desejáveis, lançando mão de mecanismos de coordenação estratégica de interesses, pode mostrar-se mais adequado para o alcance dos objetivos formulados. Em resumo, um modelo de indução, em substituição a um modelo rígido e coercitivo, ao incentivar o estabelecimento de um sistema de cooperação voluntária, pode melhor atender aos objetivos de eficiência e racionalidade da atividade estatal. Afinal, confere-se maior legitimidade ao processo regulatório resultante de uma relação consensual entre ente público e particular, voltado à orientação estatal - e não à imposição - das escolhas privadas e dos resultados daí decorrentes.

E justamente nesse cenário de ascensão de um novo modelo regulatório e de incentivo insere-se a utilização da licitação como instrumento de fomento a determinadas atividades, bem como de indução a práticas e resultados social e economicamente desejáveis. Isso porque, em vez do mero arranjo convencional marcado pela imposição de deveres e obrigações aos agentes privados que interagem com a Administração, a licitação vem sendo progressivamente incluída em um sistema mais complexo de coordenação entre a racionalidade individual (voltada, em regra, para a satisfação de meros interesses individuais) e metas coletivas mais amplas.

1. A UTILIZAÇÃO DA LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO E REGULAÇÃO DE MERCADO

Partindo-se da premissa de que a norma jurídica incide, ao menos de modo indireto, nas escolhas estratégicas formuladas pelos agentes privados (que adotarão, em geral, aquelas que lhes forem economicamente mais vantajosas), cumpre verificar em que medida o sistema jurídico atual incentiva os indivíduos a reagirem conforme as preferências estatais.

No âmbito específico da atividade licitatória, tal esforço de adequação das racionalidades individuais dos agentes de mercado tem crescentemente conduzido à adoção dos processos de compra da administração pública com a finalidade de serem promovidos objetivos especialmente tutelados pela ordem jurídica, que vão além da seleção da proposta economicamente mais vantajosa.

Aproveitando-se, assim, de seu grande potencial de mobilização de diversos setores da economia - no Brasil, estima-se que as licitações públicas movimentem o montante de cerca de 10% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional⁶ -, os entes e entidades públicos têm crescentemente inserido em seus editais de licitação requisitos de participação e exigências voltados à qualidade do objeto licitado, com o objetivo principal de fomentar determinados setores, atividades ou práticas de mercado. Com isso, critérios outros, além

originais que levaram à ação regulatória e das disfunções adicionais que a própria regulação gerou". (REICH, op. cit., p. 21).

⁶ Dado constante do relatório Econômico OCDE - Brasil - fevereiro 2018. Disponível em: <https://epge.fgv.br/conferencias/apresentacao-do-relatorio-da-ocde-2018/files/relatorios-economicos-ocde-brasil-2018.pdf>.

do menor preço, vêm sendo cada vez mais incorporados aos processos licitatórios para fins de seleção do parceiro privado, tais como o atendimento a critérios de eficiência, respeito ao meio ambiente, aos direitos humanos, sociais e trabalhistas.

Isso porque esse grande poder de influência que as compras públicas, em razão de seu volume, exercem sobre a economia acaba indiretamente impondo ao mercado afetado sua conformação às novas exigências balizadoras dos processos seletivos da Administração, gerando, como resultado, repercussão significativa sobre a atuação da iniciativa privada e importantes transformações em cadeia, que podem ir desde a produção da matéria-prima até o recebimento do produto final pelo consumidor. Caso contrário, a não adequação dos agentes envolvidos às novas diretrizes licitatórias terá, como consequência inevitável, sua exclusão do profícuo mercado representado pelo Estado-consumidor.

2. A INDUÇÃO DE PRÁTICAS SOCIALMENTE DESEJÁVEIS E O INCENTIVO A ATIVIDADES E SETORES ECONÔMICOS ESTRATÉGICOS

Foi principalmente a partir da edição da Lei 12.349, de 15 de dezembro de 2010, que ficou consolidada a possibilidade de utilização das licitações públicas como relevante mecanismo de desenvolvimento nacional sustentável.⁷ Até o advento dessa lei, a seleção da

⁷ Não se pode deixar de mencionar, porém, que, antes mesmo da Lei 12.349/2010, a função regulatória da licitação já havia sido inserida no ordenamento por meio de outras normas tratando de temas específicos: já em 1991, a Lei 8.248 - conhecida como a lei nacional de informática - estabeleceu preferência, nas aquisições de bens e serviço de informática e automação por órgãos e entidades da Administração Pública Federal, para bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país, bem como produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo (art. 3º). Por sua vez, a Lei Complementar 123/2006 determinou, como critério de desempate nas licitações públicas, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte (art. 44). Na mesma linha foi editada, ainda, pouco antes da Lei 12.349/2010, a Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010, que instituiu a Política Nacional dos Resíduos Sólidos e estabeleceu, entre seus objetivos, que haja prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para produtos reciclados e recicláveis; bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis; integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos; e estímulo à implementação da avaliação do ciclo de vida do produto; incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, incluídos a recuperação e o aproveitamento energético; e estímulo à rotulagem ambiental e ao consumo sustentável (art. 7º, XI). Pioneiro em mencionar a possibilidade de a licitação desempenhar funções para além da garantia da melhor proposta em termos financeiros, o saudoso professor Marcos Juruena Villela Souto, antes mesmo da edição de todas as referidas leis, já se posicionava no sentido de “ter a licitação uma função regulatória que admite que, sem que seja violada a isonomia, sejam estabelecidas restrições à participação de licitantes que sem encontrem em posição dominante no mercado. É que, como processo administrativo, deve buscar a verdade real; nesse passo, jamais a seleção da proposta vencedora resultará de um processo licitatório se o mercado está previamente dominado. Caberá ao edital, então, o papel de fomentar ou recriar o mercado no qual a seleção deverá ocorrer, ainda que a função de promover a licitação e formatar o contrato não seja exercida por uma agência reguladora. Há que se cuidar do equilíbrio do mercado”. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 202-203).

proposta mais vantajosa para a Administração Pública limitava-se, em regra, a uma avaliação de aspectos meramente econômicos, voltados à redução de custos. Todavia, o sentido da Lei 8.666/1993 adquiriu novos e ampliados contornos com a inclusão expressa, pela referida lei, da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos da licitação. Conseqüentemente, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública deixaria de ser aquela que demonstrasse ter a melhor relação direta “custo-benefício” pelo aspecto estritamente financeiro, passando a ser a que também possa propiciar, mesmo que a longo prazo, benefícios sociais, ambientais e econômicos duradouros para o país.

Assim, na instauração dos processos de contratação pública, cabe ao gestor público sempre avaliar a possibilidade de adoção de critérios social, ambiental e economicamente sustentáveis, reflexão fundamental quando se considera a escala das aquisições governamentais, o poder de compra do poder público e o efeito cascata que uma licitação produz sobre o mercado envolvido, multiplicando investimentos e criando um ambiente socialmente favorável na direção desejada.

A função de incentivo das licitações pode manifestar-se, ainda, por meio do fomento indireto a determinadas atividades e setores econômicos considerados estratégicos para o desenvolvimento do país. Esse objetivo tem sido promovido, principalmente, por meio de mecanismos que estabelecem tratamento mais benéfico, no procedimento licitatório, para sociedades que se enquadrem em determinadas categorias ou que estão voltadas para atividades específicas.

Nessa mesma linha, e a fim de incentivar a indústria nacional, de modo a gerar mais empregos e renda, estimular a inovação tecnológica e aumentar a arrecadação de tributos, entre outros objetivos, o artigo 3º, § 5º, da Lei 8.666/1993, incluído pela Lei 12.349/2010, previu a possibilidade de se estabelecerem, nos procedimentos licitatórios, margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. Também foi prevista, no § 7º do mesmo dispositivo, a possibilidade de se estabelecer margem de preferência adicional para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país.⁸

⁸ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável* e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

[...]

§ 5º Nos processos de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para: I - produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; e II - bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

[...]

§ 7º Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no § 5º.

Todo esse programa normativo integra uma política nacional que crescentemente tem priorizado as compras públicas como ferramenta de incentivo ao investimento em inovação e avanço tecnológico no país, bem como ao fomento de categorias empresariais que ocupam posição mais “vulnerável” no mercado, mas fundamentais para o desenvolvimento socioeconômico do país, sobretudo no que diz respeito à geração de emprego e renda. Logo, é possível concluir que os procedimentos licitatórios no âmbito da administração pública representam um terreno fértil, e ainda não integralmente explorado, para novas vertentes regulatórias, as quais, ao integrarem considerações ambientais e sociais em todos os estágios da contratação administrativa,⁹ visam à cooperação voluntária dos agentes econômicos envolvidos, relegando-se à coerção papel secundário.

3. A EXIGÊNCIA, PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E PELO DISTRITO FEDERAL, DE PROGRAMA DE INTEGRIDADE PARA AS EMPRESAS CONTRATADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nesse cenário de crescente atribuição de função extraeconômica aos processos de contratação da administração pública, recentemente, dois entes, de forma pioneira e polêmica, trouxeram para o cenário jurídico mais uma novidade: o Estado do Rio de Janeiro e o Distrito Federal, por meio das respectivas Leis 7.753/2017 e 6.112/2018, passaram não apenas a incentivar, mas a exigir às empresas que celebrem contrato administrativo, consórcio, convênio, contrato de concessão ou parceria público-privada com a respectiva administração pública direta ou indireta, a adoção de programa de *compliance* ou integridade.¹⁰

A novidade enseja uma série de indagações e reflexões, notadamente no que diz respeito à razoabilidade e adequação da utilização do instituto contratual enquanto instrumento indutor da atividade de *compliance* no setor privado. É o que passaremos a analisar em seguida.

3.1. Breves notas sobre *compliance* e integridade

Para começar, importante entendermos o significado da expressão *compliance*, cada vez mais popularizada no repertório de juristas, administradores, empresários, das organizações e da administração pública, mas que ainda contempla variadas indefinições e incertezas.

⁹ É possível dar como exemplo, ainda, exigências quanto ao emprego, em obras e serviços de engenharia, de produtos e subprodutos de madeiras exóticas, em substituição à utilização de madeiras nativas (conforme previsto no Decreto, do Estado de São Paulo, nº 49.674/2005), e quanto ao descarte adequado de resíduos sólidos de determinados produtos.

¹⁰ Em grande parte do texto adotaremos as expressões *compliance* e integridade como sinônimas, apesar de haver uma distinção tênue entre elas, conforme será referido a seguir.

Oriunda do verbo em inglês *to comply*, significa, em sentido amplo, “um ‘estado de estar de acordo’ com diretrizes estabelecidas, especificações ou legislação”. A criação de uma política corporativa de *compliance* vai além, porém, da mera conformidade com as normas legais, envolvendo notadamente a implementação de uma cultura organizacional que preza pela ética e pelo compromisso com as normas, sejam elas legais ou as políticas internas de uma companhia, com base em padrões de conduta estabelecidos.

Conforme documento elaborado pela Associação Brasileira dos Bancos Internacionais (ABBI) e pela Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN),¹¹ a função de *compliance* tem como escopo, entre outros, (i) assegurar quanto: às leis, aderência e cumprimento; aos princípios éticos e normas de conduta, existência e observância; à segregação de funções, adequada implementação a fim de evitar o conflito de interesses; e às políticas internas, prevenção de problemas ligados a não conformidade com leis e regulamentações; (ii) fomentar desenvolvimento de cultura de: prevenção à lavagem de dinheiro por meio de treinamentos específicos; e controle na busca incessante da conformidade; e (iii) certificar-se que, nas relações: com órgãos reguladores e fiscalizadores, todos os itens requeridos sejam atendidos; com auditores externos e internos, todos os itens de auditoria relacionados a não conformidade sejam prontamente atendidos e corrigidos pelas várias áreas.¹²

Por sua vez, apesar de muitas vezes utilizada como sinônimo de *compliance*, podemos definir integridade - expressão também cada vez mais comum na linguagem jurídica e corporativa - como o valor fundamental que não só orienta o programa de *compliance*, mas constitui sua razão de ser, enquanto o primeiro pode ser considerado como a peça-chave do sistema de integridade. Nesse sentido, uma organização íntegra “é aquela que consegue manter, em cada uma das suas decisões, atividades ou ações uma coerência com a sua identidade, nunca perdendo de vista os valores que a inspiram e os objetivos que ela deve perseguir, transformando-os em ação concreta”.¹³

De fato, nunca se exigiu tanto das organizações uma conduta ética, transparente e responsável como na atualidade e é cada vez mais amplamente aceito que a falta de integridade tornou-se um problema mundial com a quantidade de escândalos, noticiada nos últimos anos, de corrupção, fraude e desvios de conduta envolvendo grandes corporações.¹⁴

Nesse contexto, no Brasil, a edição da Lei Federal 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, revelou o esforço,

¹¹ Disponível em: http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf. Acesso em: 24 jan. 2019.

¹² A missão da função de *compliance* pode, assim, ser definida como: “Assegurar em conjunto com as demais áreas, a adequação, o fortalecimento e o funcionamento do sistema de controles internos da instituição, procurando mitigar os riscos de acordo com a complexidade de seus negócios, bem como, disseminar a cultura de controles para assegurar o cumprimento de leis e regulamentos existentes”. Disponível em: http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf. Acesso em: 24 jan. 2019.

¹³ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (org.). *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 9.

¹⁴ *Ibid.* p. xi.

com sinal positivo, para a ambiência de uma nova era de negócios e de relacionamento do Poder Público com o setor privado, em que a reputação de uma organização passa a ter valor econômico e no qual propina, suborno e congêneres deixam de ser “custo” operacional de negócios para se tornarem infração prevista em lei.

Com o objetivo de responsabilizar, de forma objetiva, as pessoas jurídicas consideradas responsáveis por atos lesivos que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (art. 5º), a lei estabelece as sanções aplicáveis, em cuja dosimetria devem ser levadas em consideração, entre outros critérios, “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” (art. 7º, VIII).

A esse respeito, o Decreto Federal 8.420, de 18 de março de 2015, que regulamenta a referida Lei, define, como programa de integridade, o “conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira” (art. 41).

O Decreto estabelece, ainda, que o denominado programa de integridade - a ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica -, na hipótese de instauração de Processo Administrativo de Responsabilização,¹⁵ será avaliado caso a sociedade investigada apresente em sua defesa informações e documentos referentes à sua existência e funcionamento (art. 5º, § 4º). Tal avaliação deve se dar com base nos seguintes parâmetros, entre outros: (i) comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; (ii) padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores; (iii) padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; (iv) treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; e (v) análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade.

Atualmente, o mercado financeiro é o que se encontra mais avançado no tema, no qual a implementação de programas de integridade já se transformou em exigência regulatória por meio da Resolução 4.595, de 28 de agosto de 2017, do Bacen, nos seguintes termos:

Art. 2º As instituições mencionadas no art. 1º devem implementar e manter política de conformidade compatível com a natureza, o porte,

¹⁵ “Art. 2º A apuração da responsabilidade administrativa de pessoa jurídica que possa resultar na aplicação das sanções previstas no art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013 será efetuada por meio de Processo Administrativo de Responsabilização - PAR.” (Decreto Federal 8.420/2015).

a complexidade, a estrutura, o perfil de risco e o modelo de negócio da instituição, de forma a assegurar o efetivo gerenciamento do seu risco de conformidade.

Este movimento vem, porém, se expandindo para outros setores e diversas inovações normativas vêm sendo propostas num esforço legislativo de incentivar amplamente as instituições privadas à adoção de medidas de *compliance* e integridade, independentemente do porte e da atividade, e sejam elas entidades do terceiro setor, sejam empresas de capital aberto ou fechado. Tramitam, hoje, perante o Senado e a Câmara dos Deputados, alguns projetos de lei, a exemplo do PLS nº 60, de 2017, que propõe a alteração da Lei nº 9.096/1995, para aplicar aos partidos políticos as normas legais sobre responsabilidade objetiva e *compliance* e estimular no plano interno código de conduta e programa de integridade e auditoria.

Já o PL 7149, também de 2017, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, propõe a alteração da Lei nº 12.846/2013 para estabelecer diretrizes a serem observadas nos programas de *compliance* implantados pelas empresas que contratam com a administração pública. Conforme disposto nas justificativas do PL, o objetivo da alteração proposta é obrigar as empresas que celebram contrato com a Administração Pública a implantarem programas de *compliance* visando o combate à corrupção, nos seguintes termos:

Art. 4º-A As pessoas jurídicas que celebrarem contrato com a administração pública deverão desenvolver programas de *compliance* a serem observados na definição de todas as estratégias da empresa.
Art. 4º-B Os programas de *compliance* deverão observar as seguintes diretrizes: [...].

Nesse contexto, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) - uma das principais redes de articulação para o arranjo e discussões em conjunto com uma diversidade de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como do Ministério Público de diferentes esferas, e para a formulação de políticas públicas voltadas ao combate dos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro -, em uma de suas ações, propôs a criação de mecanismos que incentivem a adoção de programas de integridade em contratações públicas, com o objetivo de prevenir e fortalecer os instrumentos de governança, de integridade e de controle na Administração Pública.¹⁶

Na linha dessas mudanças, o Estado do Rio de Janeiro e o Distrito Federal assumiram a dianteira e editaram as respectivas normas que não apenas incentivam, mas exigem que as empresas contratadas pela respectiva administração pública direta, indireta e fundacional apresentem política interna de integridade. A medida é ousada e merece um estudo cuidadoso, sempre tendo em vista a finalidade primordial de qualquer processo de

¹⁶ A respeito da ENCCLA, cf. <http://enccla.camara.leg.br/quem-somos>. Acesso em: 28 jan. 2019.

contratação da administração pública: sua vantajosidade e a obtenção eficiente do objeto pretendido.¹⁷

3.2. A Lei 7.753/2017 do Estado do Rio de Janeiro

Em outubro de 2017, o Governador do Estado do Rio de Janeiro sancionou a Lei nº 7.753 para estabelecer a exigência de Programa de Integridade às empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado com o Estado e cujo prazo de vigência seja igual ou superior a 180 dias.

Conforme disposto no próprio normativo, tal exigência tem como finalidade proteger a administração pública estadual dos atos lesivos que resultem em prejuízos financeiros causados por irregularidades, desvios de ética e de conduta e fraudes contratuais; garantir a execução dos contratos em conformidade com as normas aplicáveis; reduzir os riscos inerentes aos contratos, provendo maior segurança e transparência na sua consecução; e obter melhores desempenhos e garantir a qualidade nas relações contratuais (art. 2º).

Podemos debater, no entanto, se a exigência em questão efetivamente atende ao objetivo proposto, isto é, se se trata de instrumento adequado, razoável e necessário para resguardar a lisura nas contratações públicas.

Em primeiro lugar, podemos examinar a abrangência da exigência legal, que sujeita todas as contratações cujos limites em valor sejam superiores ao da modalidade de licitação por concorrência, sendo R\$ 1.500.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico. Por outro lado, conforme relatam Moreno, Avelar e Bortolini, no âmbito das reuniões da ENCCLA decidiu-se priorizar o incentivo à alteração legislativa para tornar obrigatória a adoção de Programas de Integridade em contratações públicas de valor superior a R\$ 30 milhões.¹⁸

Portanto, seguindo direção bem mais restritiva, a lei fluminense, ao estender a exigência às contratações de menor vulto, tende a onerar excessivamente o contratado e asoberbar em demasia a já complexa - e tendente a falhas - fiscalização contratual, comprometendo os resultados pretendidos, seja no que diz respeito à execução do objeto anteriormente licitado, seja quanto à prevenção contra fraudes e irregularidades.

¹⁷ “Em regra, a vantagem relaciona-se com a questão econômica. O Estado dispõe de recursos escassos para custeio de suas atividades e realização de investimento. Portanto, e sem qualquer exceção, a vantagem para o Estado se relaciona com a maior otimização na gestão de seus recursos econômico-financeiros. O Estado tem o dever de realizar a melhor contratação sob o ponto de vista da economicidade. Isso significa que a contratação comporta avaliação como modalidade de relação custo-benefício. A economicidade é o resultado da comparação entre encargos assumidos pelo Estado e direitos a ele atribuídos, em virtude da contratação administrativa. Quanto mais desproporcional em favor do Estado o resultado dessa relação, tanto melhor atendido estará o princípio da economicidade. A economicidade exige que o Estado desembolse o mínimo e obtenha o máximo e o melhor.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 64).

¹⁸ MORENO, Mais; AVELAR, Mariana Magalhães; BORTOLINI, Rodrigo. O programa de integridade no Rio de Janeiro: a nova Lei 7.753, de 17 de outubro de 2017. *Migalhas*, 24 out. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI267591,21048-O+Programa+de+Integridade+no+Rio+de+Janeiro+a+nova+lei+7753+de+17+de>. Acesso em: 28 jan. 2019.

Some-se a isso, na fixação dos referidos valores (R\$ 1.500.000,00 e R\$ 650.000,00), utilizou-se, como referência, os montantes previstos no art. 23 da Lei 8.666/93 para a adoção da modalidade concorrência, os quais, contudo, foram posteriormente atualizados pelo Decreto 9.412/2018, passando para os valores, respectivamente, de R\$ 3.300.000,00 e R\$ 1.430.000,00. Em que pese não se cogitar que o regulamento - editado posteriormente - atinja automaticamente a lei fluminense, certamente os valores adotados pela lei estadual já estão defasados.¹⁹

Nesse ponto, aliás, também é questionável a atribuição conferida ao gestor ou ao fiscal do Contrato (art. 11) para fiscalizar a existência e implantação do Programa de Integridade por parte de cada empresa contratada pela Administração estadual. O gestor de contrato, figura essencial da etapa de execução contratual, tem como função principal acompanhar o cumprimento, de forma proativa e preventiva, das regras e especificações técnicas estabelecidas no ajuste, assegurando a eficiência da contratação.

Ou seja, dentre uma gama de outras atividades, cabe ao gestor do Contrato: controlar os prazos contratuais; verificar a entrega de materiais, execução de obras ou a prestação de serviços; controlar todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados; atestar as notas fiscais emitidas pelo contratado; e acompanhar o cumprimento do cronograma físico-financeiro.

Assim, além da amplitude de funções técnicas, administrativas e operacionais que já cabe ao gestor contratual, a lei lhe atribui, adicionalmente, nos 16 incisos do art. 4º, uma infinidade de atividades relacionadas ao acompanhamento da execução do programa de integridade das empresas contratadas, que vão desde a avaliação do comprometimento da alta direção da pessoa jurídica até a análise dos registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica, passando pela avaliação de ações comprovadas de promoção da cultura ética e de integridade por meio de palestras, seminários, *workshops*, debates e eventos da mesma natureza.

Difícil, portanto, crer ser razoável um único agente administrativo ser apto a acompanhar e fiscalizar todas essas atividades sem comprometer sua missão primordial de assegurar a adequada e eficiente execução contratual.

Outro questionamento que a lei fluminense pode suscitar diz respeito ao prazo previsto para implantação do programa de integridade: 180 dias corridos a partir da data de celebração do contrato (art. 5º).

A norma nos leva, assim, à interpretação no sentido de que as normas de *compliance* deverão ser estruturadas tendo em vista o vínculo contratual firmado com o ente estatal, o que é corroborado pelo disposto no art. 3º da lei, que define programa de integridade como "o conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo

¹⁹ Sobre o tema, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Concorrência, tomada de preços e convite: os novos valores do Decreto 9.412/2018 e seus reflexos sistêmicos. *Solução em Licitações e Contratos*, n. 6, p. 25-32, set 2018.

à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública do Estado do Rio de Janeiro”.

No entanto, para que seja possível a implementação do *compliance*, existem inúmeros desafios da realidade corporativa que precisam ser superados, tais como: a avaliação ética e dos valores institucionais; a cultura individual e organizacional; a burocratização dos processos, o contexto regulatório abrangente; os custos da implementação do programa e a realidade concorrencial. Conforme esclarecem Coimbra e Manzi, para a implementação de uma política de integridade, a instituição deverá elaborar, primeiramente, um programa fundamentado na sua realidade, cultura, atividade, área de atuação e local de operação, sobretudo mediante o implemento de políticas, elaboração de um Código de Ética, criação de comitê exclusivo, treinamento permanente e disseminação da cultura, monitoramento do risco de *compliance*, revisão periódica, incentivos, assim como a criação de canal confidencial para recebimento de denúncias.²⁰

Ou seja, estruturar e efetivamente executar uma política de integridade não é tarefa simples e não nasce do dia pra noite, envolvendo uma demorada etapa de maturação da identidade da corporação para, então, convertê-la em um programa e criar uma infraestrutura e um ambiente de *compliance* com o compromisso da administração e dos colaboradores de respeito às normas. Como mais uma vez lecionam Coimbra e Manzi, “cada indivíduo da organização deve incorporar o espírito do *compliance*, de adesão voluntária aos padrões de integridade, de fazer julgamentos de conformidade e tomar decisões observando as normas do programa. Afinal, o ‘estado de *compliance*’ não é alcançado com comando, controle e sanções”.²¹ Soa no mínimo estranho, portanto, a implementação de programa voltado especificamente para determinada contratação com um ente público específico.

Na verdade, os objetivos de uma política de *compliance* podem ser múltiplos: pode voltar-se à observância de regras ambientais, financeiras, societárias, das relações de trabalho, perante o consumidor, das relações com a administração pública, nos contratos internacionais, e por aí vai, apenas para referir alguns. O alcance, assim, de determinadas práticas deve passar pela adoção de códigos de ética e de conduta, políticas, treinamento de pessoal e criação de departamentos próprios para cuidar do assunto.

Portanto, apesar de não haver dúvidas sobre a importância do *compliance* para a boa governança das organizações, sua eficácia depende de um processo a ser estruturado de forma rigorosa e minuciosa, o que pode demandar períodos mais prolongados. Mais do que a criação de um programa, sem a disseminação de uma cultura de *compliance*, a política pretendida dificilmente obterá êxito.

E, em linha muito semelhante à lei fluminense, dispõe também a Lei nº 6.112/2018, do Distrito Federal, com alguns pontos polêmicos adicionais.

²⁰ COIMBRA; MANZI, op. cit., p. 20.

²¹ Ibid. p. xiii.

3.3. A Lei 6.112/2018 do Distrito Federal

Apesar de, em grande parte, repetir o tratamento conferido pela lei do Estado do Rio de Janeiro à matéria, a lei do DF, editada um ano depois, apresenta outras questões polêmicas.

Estabelece, por exemplo, que, na avaliação dos parâmetros que a Contratada deve atender em seu programa de integridade, devem ser considerados o porte e as especificidades da empresa, tais como a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores, a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias e setores e as regiões em que atua, direta ou indiretamente (art. 6º, § 1º).

Ou seja, a lei distrital impõe um ônus ainda maior ao gestor do contrato, a quem caberá não apenas fiscalizar a implementação do programa de integridade, mas, ainda, avaliar se este é compatível com as especificidades da pessoa jurídica, ao lado, claro, de suas demais funções ordinárias. Para tanto, pode, por exemplo, realizar entrevistas e solicitar novos documentos a fim de que seja demonstrado que o programa é eficaz para mitigar o risco de ocorrência de atos lesivos à Administração (art. 7º).

Mais uma vez, além da subjetividade que essa avaliação envolve, como não questionarmos as reais condições - tanto em termos de preparo dos recursos humanos como de disponibilidade de tempo - que tem a administração contratante para realizar tal grau de fiscalização. Quem quer que conheça a realidade dos órgãos administrativos e a rotina dos agentes responsáveis pela fiscalização contratual (seja a figura do gestor, seja do fiscal) facilmente conclui que a norma tende a virar ficção.

A CGU, com o objetivo de fomentar a adoção voluntária de medidas de integridade pelas empresas privadas, criou o selo pró-ética, que confere reconhecimento público às organizações que, independentemente do porte e do ramo de atuação, mostram-se comprometidas em implementar medidas voltadas para a prevenção, detecção e remediação de atos de corrupção e fraude.²² Assim, no âmbito das licitações públicas, uma possível solução para a exigência de programa de *compliance* às empresas contratadas poderia consistir na atribuição de pontuação técnica adicional ou de facilidades na contratação às empresas detentoras do certificado. Apesar, assim, do custo adicional envolvido, as empresas certificadas apresentariam uma vantagem competitiva perante as concorrentes do mercado. No entanto, qualquer previsão nesse sentido demandaria alteração prévia da legislação de licitações vigente.²³

²² O selo é concedido de acordo com vários critérios, entre os quais: a existência de código de ética, normas de responsabilidade social, sistema para recebimento de denúncias, e comissão interna para julgar eventuais desvios praticados. Para maiores informações a respeito do selo pro-ética, cf. <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso em: 25 jan. 2019.

²³ “Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: I - habilitação jurídica; II - qualificação técnica; III - qualificação econômico-financeira; IV - regularidade fiscal e trabalhista; V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”

Outra inovação polêmica da lei diz respeito à sua abrangência: nos termos do art. 2º, II, a nova exigência incide inclusive aos contratos já em vigor com prazo de duração superior a 12 meses. Ou seja, a empresas já contratadas passaram a ter de estruturar e implementar programa de *compliance*, obrigação contratual não prevista originalmente. Trata-se, pois, de hipótese de alteração contratual em razão da configuração de fato do príncipe, isto é, de álea econômica extraordinária e extracontratual, ensejando a incidência do art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/93.²⁴ Como se sabe, a imposição de nova obrigação contratual tende a gerar novos custos à Contratada e, conseqüentemente, a quebra do equilíbrio econômico-financeiro inicial do pacto celebrado.²⁵ Nessa hipótese, portanto, far-se-á necessário calcular as novas despesas e o montante atualizado da *justa remuneração* devida ao contratado.²⁶

Todas as questões acima nos levam, portanto, a indagar se a contratação administrativa revela-se como ferramenta de incentivo adequada para o objetivo pretendido pelas leis em tela, na medida em que pode comprometer a adequada execução contratual, bem como onerar injustificadamente a administração pública. Nesse sentido, seria possível compatibilizar a exigência de programa de *compliance* com o papel primordial das licitações públicas?

²⁴ “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo das partes: [...] d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, *objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato*, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou *fato do príncipe*, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

²⁵ A respeito das hipóteses cuja configuração demanda o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o TCU expõe que “Segundo a Lei 8.666/1993, estariam aptos a desequilibrar a balança econômico-financeira estabelecida na assinatura do contrato *todos os fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis, desde que retardadores ou impeditivos da execução do ajustado*. A aludida lei segue ao especificar algumas das hipóteses, como força maior, caso fortuito e fato do príncipe. [...]: b) *fato do príncipe: toda a determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevisível ou imprevisível que onera substancialmente a execução do contrato. Caracteriza-se por um ato geral do Poder Público, como a proibição de importar determinado produto e a indenização do expropriado por utilidade pública*. 34. Em todos os casos, a teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevisíveis e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputados, refletindo sobre a economia ou na execução do contrato, autorizam sua revisão para ajustá-lo à sua situação superveniente”. (Acórdão nº 1431/2017 - Plenário. Relator Min. Vital do Rêgo).

²⁶ Mensurar o custo do programa de *compliance* não é tarefa fácil e demanda a consideração de diversos fatores, tais como: a necessidade de infraestrutura tecnológica; as competências técnicas dos profissionais de *compliance*, a educação corporativa abrangente; a integração do *compliance* com as áreas de negócio da corporação; harmonização dos *stakeholders*, administração e exigências regulatórias; e custos de manutenção e governança. (COIMBRA; MANZI, op. cit., p. 103).

4. O DIFÍCIL BALANCEAMENTO ENTRE O PAPEL REGULATÓRIO E DE INCENTIVO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E A DESEJÁVEL OBTENÇÃO DA PROPOSTA ECONOMICAMENTE MAIS VANTAJOSA PELA ADMINISTRAÇÃO

Em que pese a aparente boa intenção das leis do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal como instrumentos de indução de práticas desejáveis de mercado, se, de um lado, o processo de criação do Direito deve voltar-se para uma atuação estratégica, capaz de afetar as escolhas individuais e canalizá-las na direção de critérios socioeconômicos relevantes, não se deve esquecer, de outro, as peculiaridades do entorno com que a política regulatória vai, em cada caso, interagir.²⁷

A esse respeito, Salomão Filho esclarece que o aparecimento ou não da cooperação é função direta da existência de condições (e instituições) que permitam seu desenvolvimento. Acrescenta, ainda, que as instituições requeridas pela cooperação devem ser as estritamente necessárias para criar as condições de seu aparecimento. E, uma vez criadas tais condições, o cumprimento das decisões públicas ocorrerá de forma natural, e não coercitiva.²⁸

Importa verificar, transpondo-se, assim, esse raciocínio para a atividade licitatória, em que medida sua utilização como instrumento público de fomento ou de regulação pode acabar prejudicando o alcance de sua principal finalidade: a obtenção da proposta de preços mais vantajosa para a Administração, assegurada, sobretudo, pela mais ampla participação dos agentes econômicos interessados.

Isso porque, em primeiro lugar, o estabelecimento de determinados requisitos extraeconômicos que restringem a participação no certame licitatório tende a comprometer a competitividade e, conseqüentemente, a disputa entre os participantes por meio da redução dos respectivos preços ofertados à Administração. Ademais, quaisquer exigências e obrigações impostas ao contratado oneram a execução do objeto licitado, custos que, inevitavelmente, acabam sendo repassados para o órgão ou a entidade licitante.

Antes de ser proposta qualquer solução para esse conflito entre a economicidade da licitação e a promoção da medida de incentivo, o primeiro passo inevitável consiste em verificar o preciso conteúdo do dever que se impõe à Administração na busca da proposta mais vantajosa, nos termos do que dispõe o artigo 3º da Lei 8.666/93. Lógico é que a valoração da vantagem da proposta envolverá sempre uma avaliação econômica voltada para a busca do menor preço. No entanto, a mera vantagem financeira pode não se revelar suficiente ao alcance da finalidade almejada em concreto pela Administração, de forma que o critério de julgamento do menor preço não significa vedação ao estabelecimento de certas exigências também quanto à qualidade do objeto. Até porque a contratação de um serviço e a aquisição de um bem a preços reduzidos, mas com qualidade questionável, podem, no futuro, trazer prejuízos ainda maiores para a Administração, haja vista a probabilidade de

²⁷ CALSAMIGLIA, Xavier. *Racionalidad individual y colectiva: mecanismos económicos y jurídicos de articulación*. Alicante, 2001. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141856.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2019.

²⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

que o contrato venha a ser executado de forma deficiente, não atendendo suficientemente aos objetivos pretendidos. Por conseguinte, terá a Administração de se socorrer de um novo processo de contratação, que sempre envolverá o dispêndio de recursos, onerando ainda mais a máquina administrativa.

A vantagem caracteriza-se como a adequada satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados: um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro se vincula à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício.

Confira-se, ainda, o entendimento do Tribunal de Contas da União a esse respeito:

14. Assim, proposta mais vantajosa não significa apenas preço mais baixo. Há que se considerar a tutela de outros valores jurídicos além do menor preço, como, por exemplo, o atendimento ao princípio da eficiência. Nada obstante, devo destacar que tal condição não abre caminho para contratação por qualquer patamar, como já ressaltado por essa Corte. O administrador continua a justificar os preços a que se propõe ajustar, e a demonstrá-los compatíveis também com as especificações dos serviços que serão prestados e com os profissionais que irão executá-los.²⁹

Portanto, a análise sobre o quão vantajosa é a proposta deve levar em consideração, além do preço, outros fatores de igual relevo, como a eficiência e o aprimoramento técnico da contratação. Partindo-se, assim, da premissa de que proposta mais vantajosa não equivale necessariamente àquela com menor preço, pode-se concluir que a atribuição de função regulatória ou de fomento à licitação não afronta o escopo da licitação, mas, ao contrário, pode vir a incrementar a desejável qualidade das aquisições públicas. Entretanto, levando-se esse novo paradigma a um extremo, o objetivo econômico-financeiro da licitação pode acabar amplamente comprometido, atribuindo-se exagerada primazia a critérios extraeconômicos.³⁰

Isso significa, portanto, a realização de uma análise de custo-benefício da medida de incentivo, isto é, uma análise comparativa entre os benefícios econômico-sociais que se quer por ela alcançar e os prejuízos que pode acabar impondo aos cofres públicos por meio de contratações mais onerosas. Ou seja, a fixação de fatores de escolha do fornecedor

²⁹ Acórdão 290/2006 - Plenário. Relator Min. Augusto Nardes.

³⁰ A partir da concepção da “função regulatória da licitação”, o instituto na licitação não se presta, tão somente, para que a Administração realize a contratação de bens e serviços a um menor custo; o referido instituto tem espectro mais abrangente, servindo como instrumento para o atendimento de finalidades públicas outras, consagradas constitucionalmente. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 7. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 195).

contratado que vão além da escolha do menor preço deve se limitar a critérios diferenciadores razoáveis, passíveis de justificarem o tratamento desigual entre os interessados. E isso implicará a incidência do postulado da “vedação do excesso”, a fim de que sejam adotadas tão somente as medidas estritamente necessárias ao alcance da finalidade pública pretendida.

Há que se atentar, ainda, para a necessidade e razoabilidade das exigências a serem impostas ao contratado. Isto é, havendo mecanismos igualmente adequados ao alcance do objetivo pretendido e menos onerosos, deve a Administração privilegiá-los.

Atualmente, já existem, por exemplo, instrumentos legais para acompanhamento da idoneidade das empresas contratadas pela Administração, como o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), disponibilizado pela CGU mediante consulta ao Portal da Transparência,³¹ contendo informações referentes às sanções administrativas impostas a pessoas físicas ou jurídicas que impliquem restrição ao direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a administração pública de qualquer esfera federativa.³²

No âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mantém, ainda, o Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade, instrumento utilizado no combate à corrupção, contendo informações sobre processos já julgados, que identificam entidades jurídicas ou pessoas físicas que tenham sido condenadas por improbidade, nos termos da Lei 8.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa.³³

Esses instrumentos podem, assim, ser utilizados em qualquer processo de contratação da administração pública a fim de que a integridade do parceiro privado seja tanto verificada no processo licitatório como fiscalizada no decorrer da execução contratual, sem a imposição de um ônus excessivo que comprometa o objeto pretendido. Essa é, inclusive, a orientação do TCU, que recomendou, no Acórdão 1.793/2011, a verificação:

Durante a fase de habilitação das empresas, em atenção ao art. 97, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, além da habitual pesquisa já realizada no módulo Sicafe do sistema Siasg, a existência de registros impeditivos da contratação: 9.5.1.5.1. no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas/CGU, disponível no Portal da Transparência (<http://www.portaltransparencia.gov.br>); 9.5.1.5.2. por improbidade administrativa no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa disponível no Portal do CNJ.

Não se pode deixar de ter em mente, ainda, que o Estado deve intervir - seja diretamente, seja por meio da atividade regulatória ou de fomento -, basicamente, quando houver

³¹ Consulta disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/>. Acesso em: 28 jan. 2019.

³² Art. 43, Decreto 8.420/2015.

³³ Consulta disponível em: https://www.cnj.jus.br/improbidade_adm/consultar_requerido.php. Acesso em: 28 jan. 2019.

falhas de mercado que se manifestem, entre outros fatores, por meio de competição insuficiente, externalidades negativas, assimetria de informações e altos custos de transação.³⁴

É possível perceber que as normas do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal exigem a institucionalização de *compliance* nas contratações de maior vulto econômico, o que parece razoável, uma vez que a aplicação da exigência nas contratações menos complexas e onerosas poderia acarretar o efeito perverso de afastar empresas potencialmente interessadas na contratação, em razão da elevação dos custos de transação.

Ademais, a existência de mecanismos de *compliance* não seria uma condição para participação na licitação, que seria conferida na etapa de habilitação, mas uma obrigação contratual. Nesse ponto, a ampliação eventual dos requisitos de habilitação poderia ensejar discussão quanto à juridicidade das normas estadual e distrital, tendo em vista a inexistência da exigência de *compliance* no rol dos arts. 27 e seguintes da Lei 8.666/1993.

CONCLUSÃO

Após aproximadamente uma década no Brasil, a disseminação da cultura de *compliance* ainda apresenta inúmeros desafios. Os custos financeiros decorrentes de sua implementação e a suposta dificuldade em se mensurar os seus benefícios e o valor que esta função agrega, bem como a complexidade do seu processo de estruturação influenciam, até hoje, na opção corporativa por se investir ou não em um programa de integridade.

Nesse sentido, revela-se essencial um ambiente regulatório que incentive o comprometimento do mercado na direção da conformidade. Diversas iniciativas governamentais e legislativas já vêm sendo adotadas nesse sentido, como relatado no estudo em tela. A eficiência de cada uma delas, porém, ficará condicionada à sua adequação e proporcionalidade aos objetivos pretendidos.

Como demonstrado, no caso específico da licitação como um instrumento de regulação em ascensão, sua adoção pode possibilitar ao poder público a indução de práticas social, ambiental e economicamente desejáveis, na medida em que: (i) consiste em uma importante compradora, usuária e consumidora de recursos; (ii) cria demanda, viabilizando a produção em larga escala e um efeito cascata sobre os fornecedores, multiplicando investimentos privados na direção desejada; e (iii) detém um significativo poder multiplicador, em razão da visibilidade de suas ações.

As normas analisadas *supra*, do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, revelam, assim, um dos esforços de indução das organizações à adoção de sistemas de integridade. Porém, há que se ter cautela na sua adoção indiscriminada em todos e quaisquer processos de contratação da administração pública, na medida em que possa

³⁴ Por outro lado, há autores que atribuem ao Estado funções mais diretas na organização do mercado e condução da economia, a exemplo do professor Fabio Comparato, para quem a regulação do mercado tem no princípio da justiça social o seu fundamento de validade, e restrições à liberdade econômica estão vinculadas a três princípios constitucionais: legalidade, igualdade e proporcionalidade. Satisfeitas essas condições, o Estado teria uma margem de atuação ampla, incluindo a instituição de regimes regulatórios mais bruscos. (COMPARATO, Fábio Konder. Regime constitucional do controle de preços. *Revista de Direito Público*, São Paulo; Rio de Janeiro, n. 9, p. 24-28, jan./mar. 1991).

comprometer os objetivos primordiais do instituto licitatório: a vantajosidade e economicidade em prol dos cofres públicos, e a eficiente execução contratual.

Ao lado da necessidade de previsão legal, a exigência de programas de *compliance* das empresas que pretendem contratar com o Poder Público deve ser aplicada, preferencialmente, às contratações de maior vulto econômico, de modo a evitar que nas demais contratações a boa intenção de proteger a integridade da contratação pública funcione como mecanismo de diminuição da competitividade, com a oneração excessiva das empresas, e incremento dos custos dos contratos públicos.

REFERÊNCIAS

- CALSAMIGLIA, Xavier. *Racionalidad individual y colectiva: mecanismos económicos y jurídicos de articulación*. Alicante, 2001.
- COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (org.). *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. Regime constitucional do controle de preços. *Revista de Direito Público*, São Paulo; Rio de Janeiro, n. 9, p. 24-28, jan./mar. 1991. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.
- MAJONE, G. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. In: MATTOS, p. T. L. (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.
- MORENO, Maís; AVELAR, Mariana Magalhães; BORTOLINI, Rodrigo. O programa de integridade no Rio de Janeiro: a nova Lei 7.753, de 17 de outubro de 2017. *Migalhas*, 24 out. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI267591,21048-O+Programa+de+Integridade+no+Rio+de+Janeiro+a+nova+lei+7753+de+17+de>. Acesso em: 28 jan. 2019.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Concorrência, tomada de preços e convite: os novos valores do Decreto 9.412/2018 e seus reflexos sistêmicos. *Solução em Licitações e Contratos*, n. 6, set. 2018.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 7. ed. São Paulo: Método, 2018.
- REICH, N. *Mercado y derecho*. Traducción A. Font. Barcelona: Ariel, 1985.
- SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SUNSTEIN, C. *After the rights revolution: reconceiving the Regulatory State*. Harvard: Harvard University Press, 1990.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA NO SÉCULO XXI: ABORDAGEM SOBRE A ESTRUTURA ORGANIZACIONAL E DE PESSOAL * 1

BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION ON THE 21ST CENTURY: AN OVERVIEW ABOUT ORGANIZATIONAL AND HUMAN RESOURCES STRUCTURE

ALEX CAVALCANTE ALVES

Servidor Público Federal no Brasil. Analista Administrativo da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Especialista em Direito Público. Bacharel em Direito e em Comunicação Social pelo Centro Universitário de Brasília, com aperfeiçoamento em “*Management in the Public Sector*” pela “*École Nationale d’Administration*” (ENA), em Paris, na França, e em “*Negotiation and Leadership*” pelo “*Program on Negotiation at Harvard Law School*”, em Cambridge/MA, nos Estados Unidos. Professor de Administração Pública no Instituto Brasiliense de Direito Público. Endereço eletrônico: alex.cavalcante@gmail.com.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Histórico político desde a Constituição Federal de 1988 sob a ótica do serviço público - 2. Reforma do aparelho do Estado da década de 1990 - 3. Participação social, governança e *accountability* - 4. Política de valorização e avaliação dos servidores públicos federais de meados de 1990 aos dias atuais - 5. As inovações no desenho da Administração Pública a partir de 2016 - Conclusões: os desafios pendentes - Referências.

RESUMO: O trabalho busca, em abordagem exploratória, por meio de pesquisa legislativa e revisão da bibliografia sobre a Administração Pública Brasileira, apresentar os avanços alcançados na estrutura organizacional e de pessoal do serviço público federal brasileiro, desde a Constituição Federal de 1988 até os dias atuais. Para tanto, o trabalho

* Data de recebimento do artigo: 22.05.2019.

Datas de pareceres de aprovação: 24.06.2019 e 29.06.2019.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 04.07.2019.

¹ Artigo parcialmente baseado nos trabalhos “A profissionalização do serviço público federal brasileiro no regime democrático”, apresentado no XX Congresso Internacional do Centro Latino-americano de Administração para o Desenvolvimento - CLAD, em Lima, no Peru (2015) e “Profissionalização burocrática e participação social na Administração Pública brasileira pós-1988”, publicado na *Revista de Direito Público Contemporâneo* (v. 1, 2017), ambos deste autor.

menciona os resultados da reforma gerencial adotada durante a década de 1990, bem como a institucionalização dos canais de governança, *accountability* e participação cidadã no processo de tomada de decisão do setor público, e a sequência desses avanços em termos institucionais e do funcionalismo ao longo das décadas seguintes. A análise destaca que, apesar das diferentes orientações governamentais ao longo das últimas décadas, o Brasil evoluiu no sentido da profissionalização de sua máquina pública e de participação social, sem que deixassem de restar inúmeros desafios a serem enfrentados pela agenda de gestão pública dos próximos anos. Dentre esses desafios, destaca-se a necessidade de estender os cursos de formação a todas as carreiras da Administração Pública e de se debater com seriedade o instituto da estabilidade, hoje praticamente irrestrita, dos servidores públicos brasileiros, para que ela deixe de ser um convite à mediocridade e um impeditivo para uma gestão mais eficiente em prol dos usuários dos serviços públicos. Também são explicitados os ajustes administrativos trazidos pela novíssima Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019, que trouxe os contornos a serem observados em termos de Administração Pública durante o mandato do presidente Jair Bolsonaro.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; burocracia; servidores públicos; Brasil.

ABSTRACT: The work aims, with an exploratory approach, through legislative research and with literature revision about the Brazilian Public Administration, present the advances achieved in the organizational structure and personnel structure of the Brazilian federal public service, from the Federal Constitution of 1988 to the present days. The paper mentions the results of the management reform adopted during the 1990s, as well as the institutionalization of the channels of governance, accountability and citizen participation in the decision-making process of the public sector, and the sequence of these advances on the institutional framework and human resources development over the following decades. The analysis emphasizes that, despite of the different governmental orientations over the last decades, Brazil has evolved towards the professionalization of its public apparatus and social participation, but still has a lot of remaining challenges to be faced by the public management agenda of the upcoming years. Among these challenges, can be mentioned the need to extend training courses to all public administration careers and to seriously debate the institute of stability, nowadays practically unrestricted, of Brazilian public servants, since this can be no longer an invitation to mediocrity and an impediment to a more efficient management in favor of public services users. The paper also address the administrative adjustments brought by the new Provisional Measure nº 870, of January 1, 2019, which brought the contours to be observed in terms of Public Administration during the term of President Jair Bolsonaro.

KEYWORDS: Public Administration; bureaucracy; public servants; Brazil.

INTRODUÇÃO

O trabalho busca apresentar os avanços alcançados na profissionalização do serviço público federal brasileiro, em ótica lançada sobre seu quadro burocrático, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, resultado não apenas do texto constitucional,

mas de ações administrativas e legislativas adotadas ao longo das décadas seguintes, desde a edição do texto até a consolidação do período democrático hoje vivido pelo País.

Nesse sentido, pretende-se, por meio de revisão bibliográfica e pesquisa legislativa, demonstrar o cenário da profissionalização burocrática brasileira no período pós-Constituição; os resultados da reforma gerencial adotada em meados da década de 1990, que implicaram em alteração constitucional para positivar a eficiência como valor a ser alcançado pelo serviço público brasileiro, bem como na institucionalização dos primeiros canais de ampliação da participação cidadã no processo de tomada de decisão do setor público; e os avanços que se seguiram até os dias atuais.

Em abordagem exploratória, e em recorte delimitado à esfera federal, parte-se da Constituição Federal de 1988 e do impacto da redemocratização no serviço público, que viveu diferentes movimentos quanto ao tamanho e aplicação da máquina burocrática nos anos seguintes à sua promulgação. Em seguida, aborda-se a profissionalização ocorrida a partir da segunda metade da década de 1990 até os dias atuais, tratando da legislação e das políticas que foram utilizadas como instrumentos para o desenvolvimento da máquina pública, mencionando casos e interações exitosas. Por fim, abordam-se os desafios que ainda precisam ser enfrentados na continuidade dessa construção.

Com a posse do novo Presidente da República, Jair Bolsonaro, repercutiu com grande intensidade nos meios de comunicação os ajustes administrativos trazidos pela Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019. Em síntese, a estrutura da Esplanada dos Ministérios foi reduzida para 16 ministérios, acrescidas aos seus titulares seis outras autoridades com *status* de ministro. Essa nova configuração, com suas inovações no marco legal e organizacional da Administração Pública, e seus principais impactos, também são objeto deste trabalho nas seções a seguir.

1. HISTÓRICO POLÍTICO DESDE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SOB A ÓTICA DO SERVIÇO PÚBLICO

A Constituição Federal de 1988, na parte específica dedicada aos servidores públicos, instituiu o Regime Jurídico Único e os planos de carreira para os servidores públicos, assegura direitos trabalhistas aos servidores públicos, prevê as hipóteses de remuneração por subsídio, bem como o regime de previdência do funcionalismo (BRASIL, 1988).

Verificou-se, portanto, num primeiro momento, a efetivação de servidores e o estabelecimento de um regime jurídico específico na esfera Federal. Houve grande preocupação dos constituintes em assegurar garantias ao funcionalismo, o que é natural depois de período tão longo de repressão, mas tal preocupação não foi acompanhada das menções à eficiência e à busca por resultados.

Com a primeira eleição presidencial do período democrático, realizada em 1989, o candidato Fernando Collor de Mello adotou, em seu discurso político, a figura da “caça aos marajás”, por meio da qual prometeu acabar com desvios de conduta e altos salários no funcionalismo público. Eleito, lançou, em 1990, o Programa Nacional de Desestatização

(PND), com as primeiras privatizações. O governo Collor é tido tradicionalmente pela doutrina como o que inseriu as bases para a reforma gerencial que ocorreria na metade da década de 1990. Estimulou programas de demissão voluntária e fundiu Ministérios, mas tais ações não se mostraram exitosas para a profissionalização da máquina pública, pois foram acompanhadas de grande instabilidade na economia.

De qualquer modo, estava iniciado o segundo movimento após a Constituição Federal: a desmobilização e tentativa de enxugamento da máquina pública. Após o impedimento do Presidente Collor, assumiu o governo o Vice-Presidente Itamar Franco, que lançou as bases para a estabilidade econômica, culminando com o lançamento, em 1994, do Plano Real, o qual foi capitaneado pelo seu Ministro da Fazenda, Fernando Henrique Cardoso, que viria a ganhar as eleições presidenciais daquele ano e assumir o governo no ano seguinte.

A necessidade de rever a orientação da máquina pública levou ao lançamento, em 1995, pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, sob a coordenação do Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira, do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que apresentou como plataformas o ajuste fiscal e a orientação da economia para o mercado, bem como a reforma do aparelho do Estado, com vistas a aumentar sua capacidade de implementação de políticas públicas.

A reforma buscou conciliar a estabilidade econômica alcançada no período com a implementação de novos modelos de gestão. Desde então, foram criadas agências reguladoras em diversos setores; foram instituídas figuras de cooperação entre entes públicos e agentes privados, sob ótica de menor concentração de atividades nas mãos do Estado; foram traçadas diretrizes de responsabilização de gestores públicos e foi estimulada a participação da sociedade civil em instâncias de diálogo com o governo.

Com a eleição, em 2002, do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e, em 2010, da Presidente Dilma Rousseff, houve reassimilação de funções pelo Estado, com realização expressiva de concursos públicos para admissão de servidores e criação de órgãos públicos, mantendo-se, no entanto, as linhas gerais de estabilidade macroeconômica construídas a partir da segunda metade da década de 1990. Foi ampliado o foco de investimentos públicos em programas sociais, de infraestrutura (a exemplo do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC), políticas distributivas e tornada mais perceptível a interferência do Estado na esfera econômica, mas foram mantidas as principais estruturas construídas pela reforma gerencial.

A partir de setembro de 2016, com a posse dos Presidentes Michel Temer (2016-2018) e Jair Bolsonaro (2019-), houve movimento no sentido do enxugamento e redução de gastos da máquina pública, tendo sido mantidos os instrumentos de participação social existentes.

Em meio a movimentos pendulares em temas como tamanho da máquina pública e incrementais em temas como responsabilidade fiscal e participação cidadã, foi sendo consolidada a profissionalização da burocracia brasileira, acompanhada de mecanismos de participação social, conforme se detalha a seguir.

2. REFORMA DO APARELHO DO ESTADO DA DÉCADA DE 1990

A Constituição Federal de 1988 é tida, em seu texto original, como depositária de princípios da Administração burocrática. Há traços de organização burocrática em estruturas administrativas milenares, como as de civilizações antigas, da Igreja, da diplomacia e das forças militares. Mas, como afirma Luiz Carlos Bresser-Pereira, o modelo burocrático que se conhece hoje surgiu para substituir o modelo patrimonial de administração, que se revelou “incompatível com o capitalismo industrial e as democracias parlamentares” que despontaram a partir do século XIX na Europa (BRESSER-PEREIRA, 1996, p. 4).

A constatação das imperfeições do modelo burocrático pavimentou os caminhos para a adoção do modelo gerencial em todo o mundo, e no Brasil não foi diferente. A segunda metade da década de 1990 foi o momento em que a Administração Pública brasileira deu passos firmes para a adoção do modelo. De acordo com o texto do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, a reconstrução do aparelho do Estado em bases gerenciais deveria considerar “a necessidade de equacionar as assimetrias decorrentes da persistência de aspectos patrimonialistas na administração contemporânea, bem como dos excessos formais e anacronismos do modelo burocrático tradicional” (BRASIL, 1995, p. 17).

Ainda de acordo com o texto do Plano Diretor, a administração pública gerencial está lastreada pelo modelo anterior (burocrático), do qual conserva alguns dos princípios básicos, como a admissão por mérito, a estruturação de carreiras, a avaliação de desempenho e o treinamento continuado (BRASIL, 1995).

Nesse cenário, a doutrina da Administração Pública passou a defender a ideia de privatização dos serviços que o Estado não conseguia mais prover adequadamente, reservando-lhe apenas as atividades cujo exercício lhe é exclusivo, como polícia, diplomacia, definição do orçamento público, arrecadação. Esse modelo inicial, chamado gerencial puro, foi sofrendo ponderações ao longo do tempo, passando a contemplar, a depender do estudo, um Estado menos ou mais robusto, provedor ou regulador, mas sempre conservando uma perspectiva de responsável direto pela política nacional de bem-estar.

Segundo Luiz Carlos Bresser-Pereira, as características da administração pública gerencial podem ser resumidas em descentralização política, descentralização administrativa, redução de níveis hierárquicos, pressuposto da “confiança limitada”, em lugar da “desconfiança total” no gestor público, controle por resultados dos processos administrativos e administração com foco no atendimento às necessidades do cidadão (BRESSER-PEREIRA, 1996, p. 6).

A execução direta foi dando lugar à privatização de parte do setor produtivo estatal e foram criadas agências reguladoras, com autonomia, para assegurar a qualidade da prestação, nesse novo cenário, dos serviços de telecomunicações, energia elétrica, petróleo e combustíveis, transportes, vigilância sanitária, saúde suplementar, recursos hídricos e cinema.

Essa mudança de paradigma tinha um valor como norte: a busca da eficiência. No entanto, como já pude salientar em estudos anteriores, esse valor só foi acrescentado aos dispositivos constitucionais sobre serviço público com o advento da Emenda Constitucional

nº 19, de 4 de junho de 1998, que, dentre as modificações de princípios e normas referentes à Administração Pública, deu a seguinte redação ao *caput* do art. 37:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]. (BRASIL, 1998).

A emenda também fez com que o texto constitucional, em seu art. 41, dedicado aos servidores públicos, passasse a prever a perda de cargo decorrente de avaliação de desempenho e a avaliação especial de desempenho para aquisição de estabilidade no serviço público. A perda de cargo após avaliação de desempenho ainda está pendente de regulamentação, como se verá a seguir.

3. PARTICIPAÇÃO SOCIAL, GOVERNANÇA E ACCOUNTABILITY

A Reforma do Estado também inseriu no plano administrativo o estímulo à participação dos cidadãos na gestão e fiscalização de temas conduzidos pela Administração Pública, como nas figuras dos conselhos, audiências e consultas públicas e do orçamento participativo.

Mencione-se, a título de exemplo, a previsão de audiência pública no art. 21 do Anexo I ao Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997, que constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL:

Art. 21. O processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, será precedido de audiência pública com os objetivos de:

I - recolher subsídios e informações para o processo decisório da ANEEL;

II - propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões;

III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública;

IV - dar publicidade à ação regulatória da ANEEL.

Parágrafo único. No caso de anteprojeto de lei, a audiência pública ocorrerá após prévia consulta à Casa Civil da Presidência da República. (BRASIL, 1997).

O orçamento participativo, que ganhou destaque como iniciativa experimental na cidade de Porto Alegre, capital do Estado do Rio Grande do Sul, e foi difundido como boa prática nas administrações municipais pelo Brasil ao longo da década de 1990, ganhou previsão na legislação federal, ainda que com enfoque local, com a edição da Lei de

Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), e do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001).

Já no final da primeira e no início da segunda década de 2000, são marcantes a edição do Decreto nº 6.932, de 11 de agosto de 2009, que institui a Carta de Serviços ao Cidadão, e da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação.

A Lei de Acesso à Informação, por sua vez, regulamenta o direito assegurado pela Constituição Federal de 1988 a qualquer pessoa de solicitar e receber dos órgãos e entidades públicas informações públicas que sejam de sua responsabilidade. Em sua operacionalização, a legislação prevê o rito processual de solicitação de acesso, inclusive por meios eletrônicos, e a responsabilização dos agentes públicos que obstarem ou procrastinarem o acesso a esse direito, o que tornou mais próxima da realidade a possibilidade de obtenção de dados das repartições públicas pelos cidadãos.

Acompanhando a ampliação da transparência e da participação cidadão, a responsabilização dos agentes públicos avançou de forma expressiva de meados da década de 1990 até os dias atuais. Frise-se a relevância da edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, no ano 2000, que estabeleceu limites para gastos de pessoal, regras para endividamento e estimulou a responsabilidade e a transparência na gestão fiscal realizada pelos gestores públicos das esferas federal, estadual e municipal.

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção, inovou ao prever de forma clara a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, passando a prever o acordo de leniência, facultada sua celebração à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, que poderá firmá-lo com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos tipificados pela Lei que colaborem com o deslinde das investigações e do processo administrativo, desde que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e maior celeridade na obtenção de informações para comprovar o ilícito (BRASIL, 2013c).

Cabe mencionar, ainda, a criação do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização - GESPÚBLICA, por meio do Decreto nº 5.378, de 23 de fevereiro de 2005, que teve a finalidade de contribuir para a melhoria da qualidade dos serviços públicos prestados aos cidadãos e para o aumento da competitividade do País, contemplando a implementação de medidas de transformação da gestão, a consolidação da administração pública profissional voltada aos interesses dos cidadãos, com vistas a:

Art. 2º [...]

I - eliminar o déficit institucional, visando ao integral atendimento das competências constitucionais do Poder Executivo Federal;

II - promover a governança, aumentando a capacidade de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas;

III - promover a eficiência, por meio de melhor aproveitamento dos recursos, relativamente aos resultados da ação pública;

IV - assegurar a eficácia e efetividade da ação governamental, promovendo a adequação entre meios, ações, impactos e resultados; e
V - promover a gestão democrática, participativa, transparente e ética. (BRASIL, 2005).

Entre as contribuições do Programa, estiveram a realização de benchmarking de boas práticas entre as instituições públicas, o desenvolvimento do modelo de Autoavaliação da Gestão Pública, a disseminação das Cartas de Serviços ao Cidadão e a elaboração de manuais sobre simplificação administrativa e gestão de processos na Administração Pública. No entanto, o Decreto instituidor do Programa foi revogado pelo Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017.

Pode-se afirmar que, além do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, órgão responsável pelo GESPÚBLICA, funcionaram como agentes expressivos da propagação da agenda de governança e qualidade da gestão, nos últimos anos, o Tribunal de Contas da União - TCU e as Agências Reguladoras.

O Referencial Básico de Governança, elaborado pelo TCU em 2013 e posteriormente atualizado, é um guia baseado em publicações nacionais e internacionais de referência sobre o assunto, notadamente de entidades associativas de órgãos de controle como a *International Organization of Supreme Audit Institutions* - INTOSAI, e de estudos econômicos e gestão como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE. O trabalho aponta os princípios básicos da governança no setor público, diretrizes e práticas para a boa governança (BRASIL, 2013d), servindo para consulta pelos diversos órgãos da Administração Pública.

As Agências Reguladoras, instituídas durante a Reforma do Aparelho do Estado brasileiro, que possuem uma carreira nova e com boas perspectivas de crescimento, têm se destacado na adoção de boas práticas, notadamente a Análise de Impacto Regulatório - AIR, sob estímulo do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação da Casa Civil da Presidência da República - PRO-REG. Dentre as experiências das Agências, destacam-se a da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, pioneira na consolidação da cultura de AIR, e da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, que regulamentou a elaboração das AIR por meio da Resolução Normativa nº 540, de 12 de março de 2013. O art. 2º da Resolução Normativa assinala:

Art. 2º A AIR é o procedimento por meio do qual são providas informações sobre a necessidade e as consequências da regulação que está sendo proposta e é verificado se os benefícios potenciais da medida excedem os custos estimados, bem como se, entre todas as alternativas avaliadas para alcançar o objetivo da regulação proposta, a ação é a mais benéfica para a sociedade. (BRASIL, 2013a).

Em anexo à Resolução Normativa, existe formulário, a ser preenchido pelas unidades organizacionais da ANEEL responsáveis pela elaboração do regulamento, do qual devem constar, necessariamente, a identificação do problema, as justificativas para a intervenção da Agência no assunto, os objetivos almejados com a intervenção e a

análise dos impactos das opções elencadas, bem como as formas de acompanhamento dos resultados.

Essa documentação é submetida a audiência pública, servindo para contribuir com o nível de informação disponível para participação pública no âmbito do ente regulador. Com a aprovação da Resolução Normativa nº 798, de 12 de dezembro de 2017, que passou a vigorar em julho de 2018 em substituição à Resolução Normativa nº 540/2013, os dispositivos da norma foram aprimorados, prevendo agora a disponibilização de AIR em audiência pública anteriormente à disponibilização da minuta de ato normativo, bem como a avaliação de resultado regulatório, que prevê a avaliação de resultados dos normativos adotados ou alterados no tocante ao alcance de seus objetivos e ao impacto de sua implementação junto ao mercado e à sociedade.

4. POLÍTICA DE VALORIZAÇÃO E AVALIAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS DE MEADOS DE 1990 AOS DIAS ATUAIS

O governo Fernando Henrique Cardoso, com a Reforma do Aparelho do Estado, buscou melhorar a remuneração e tornar mais atraentes as carreiras típicas de Estado com exigência de formação universitária. Acerca da valorização inicial, José Matias-Pereira afirmou:

A partir de 1995, sem perder de vista os imperativos do ajuste fiscal, o governo buscou elevar o padrão de remuneração do setor público, tendo como parâmetro o setor privado. Passou a praticar uma política de reajustes diferenciados, tendo revisado substancialmente a remuneração de cerca de 40 carreiras estruturadas. Assim, diversas categorias do serviço público, sobretudo em áreas essenciais da atividade do Estado, tiveram seus salários revistos com base nas remunerações pagas no setor privado, gerando reajustes que chegaram em alguns casos a mais de 200%. Por meio dos reajustes diferenciados, o Governo Federal buscou reter seus quadros mais qualificados, e atrair novos servidores para as carreiras de Estado - para as quais foram organizados concursos anuais de ingresso. (MATIAS-PEREIRA, s/d, p. 14).

Em recorte desse período histórico, Aleksandra Pereira dos Santos e Ana Luiza Machado de Codes assinalaram o aprimoramento da profissionalização conduzido pela Escola Nacional de Administração Pública e as iniciativas do hoje extinto Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado para o fortalecimento de carreiras estratégicas:

[...] durante o primeiro mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, a ENAP passou a formular e difundir as propostas da nova administração pública entre os servidores federais, sob a direção do então Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (Mare), que também reativou concursos para as carreiras

de EPPGG² e de Analista de Planejamento e Orçamento (APO). (SANTOS; CODES, 2014, p. 1).

Como verificado, a política de valorização nos dois mandatos do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-1998; 1999-2002) se deu de forma a priorizar as carreiras de nível superior integrantes do núcleo estratégico do Estado. Corrobora essa análise o estudo da Comissão Econômica para a América Latina e Caribe - CEPAL, que apontou como boas práticas o caso da profissionalização do serviço público brasileiro no período que se seguiu à Reforma do Aparelho do Estado:

Concretamente se instauró una nueva política de recursos humanos, un Servicio Civil y una política de concursos públicos (1997) que considera:

- La planificación anual de apertura de cupos en la administración federal.
- El dimensionamiento de cupos considerando la dotación necesaria en cada órgano y entidad, la vacante prevista de cargos y la corrección de emergencia de eventuales fallas verificadas;
- El aprovechamiento total de los candidatos seleccionados, sin lista de esperas y con el cierre del concurso y consecuente contratación de los seleccionados;
- La renovación gradual, pero constante, de los cuadros, con énfasis en la asimilación cuidadosa de los nuevos servidores, por los órganos o entidades receptoras.
- La priorización para la contratación de cargos de nivel superior y de las carreras del núcleo estratégico. (CEPAL, 2014, p. 68).

Os impactos dessa política se deram com o fortalecimento da alta burocracia em carreiras econômicas, fiscais e de gestão, em detrimento dos quadros de burocratas do nível de rua, geralmente com exigência de formação de nível médio. Os concursos para este último segmento foram reduzidos e não havia sensação de serem prestigiados pelo Estado, cogitando-se até mesmo a descontinuidade do recrutamento, flexibilização de regime jurídico ou mesmo terceirização de atividades de menor especialização.

Em tempos de enxugamento da máquina pública, houve a edição da Medida Provisória nº 2.174-28, de 24 de agosto de 2001, ainda em vigor, que instituiu o Programa de Desligamento Voluntário - PDV, a redução da jornada de trabalho com redução da remuneração e a licença sem remuneração incentivada no âmbito do Poder Executivo Federal (BRASIL, 2001). Com a norma, foi estimulada a dedicação parcial dos funcionários, com consequente redução do gasto público. A exceção se deu com relação às carreiras estratégicas, que tinham possibilidades limitadas de demissão voluntária e vedação à redução de jornada.

² Carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, também conhecida popularmente como carreira de “Gestor”.

Residem na priorização das carreiras estratégicas de nível superior e na flexibilização da dedicação ao serviço público as diferenças mais marcantes entre a política de valorização do governo Fernando Henrique Cardoso e a promovida pelo governo Lula (2003-2006; 2007-2010), com continuidade no governo de Dilma Rousseff (2011-2014, reeleita para mandato de 2015 a 2018, mas retirada do poder mediante processo de impedimento em 2016).³

A partir de 2003, a política de valorização passou a prever maior protagonismo dos servidores em negociações salariais e continuidade de valorização das carreiras de nível superior, mas acompanhada de paulatina recomposição salarial e reposição da força de trabalho em carreiras de base, o que contribuiu para aumentar a atratividade do serviço público com relação aos quadros de formação elevada do País.

Esse movimento de profissionalização não se deu apenas no aumento da qualidade dos quadros recrutados e na realização de concursos públicos com maior frequência, mas também alcançou a qualificação profissional do servidor ingresso e, posteriormente, a cobrança por resultados. Segundo Marizaura Reis de Souza Camões e Diogo Ribeiro da Fonseca:

Seguindo essa tendência internacional, a Administração Pública Brasileira também iniciou um movimento no sentido de modernizar e profissionalizar o serviço público tornando a gestão de pessoas uma ferramenta estratégica. A iniciativa de adotar o modelo de gestão por competências ocorreu nos primeiros anos do governo Luiz Inácio Lula da Silva pela edição do Decreto nº 5.707/2006, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal - PNPD para os órgãos do Poder Executivo. A premissa dessa política é a profissionalização dos servidores públicos sob os pressupostos do modelo de gestão por competências aplicado à capacitação. (CAMÕES; FONSECA, 2014, p. 1).

Mais recentemente, foi editada a Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, conhecida como Lei de Conflito de Interesses, tratando do conflito de interesses no âmbito federal. A Lei define como conflito de interesses “a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública” (BRASIL, 2013b). A norma trouxe em seu texto diversas restrições aos gestores públicos, inclusive elencando casos em que devem ser observados períodos de quarentena quando do seu desligamento do serviço público, dificultando o seu trânsito entre funções no serviço público e na iniciativa privada, em sentido oposto ao da Medida Provisória nº 2.174-28/2001.

No governo de Michel Temer, foi editada a Medida Provisória nº 792, de 26 de julho de 2017, que instituiu, no âmbito do Poder Executivo federal, o Programa de Desligamento

³ O governo Michel Temer, iniciado no 2º semestre de 2016, manteve os acordos de reajustes do funcionalismo pactuados por sua antecessora, mas sinalizando enxugamento da máquina pública. Posteriormente, editou MP postergando a concessão de parcelas desses aumentos. A eficácia dessa MP foi suspensa pelo STF.

Voluntário, a jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional e a licença sem remuneração com pagamento de incentivo em pecúnia aos servidores. Tal Medida Provisória revogava a MP nº 2.174-28/2001, com que se parecia em grande medida. A MP nº 792/2017, todavia, não prosperou, tendo registrado baixos índices de adesão do funcionalismo e tendo perdido sua eficácia, não chegando a concluir sua deliberação no Congresso Nacional. Dessa forma, continua em vigor a Medida Provisória de 2001.

Quanto à ocupação de cargos comissionados, foi realizada, já no governo de Jair Bolsonaro, por meio do art. 74 da Medida Provisória 870/2019, alteração na Lei nº 13.346, de 10 de outubro de 2016, que trata das Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE, destinadas exclusivamente a servidores de carreira, em lugar dos cargos de livre provimento. A lei passa a prever a possibilidade de criação de FCPE de níveis 5 e 6 (escalões mais altos) por meio de substituição de cargos de Direção e Assessoramento Superior - DAS (de livre provimento) de mesmo nível, sem aumento de despesa, na proporção de um para um.

Com a alteração promovida pela Medida Provisória, a lei que trata desse tema também passa a deixar claro que, para os ocupantes de FCPE de nível 4 ou superior, o valor mensal do auxílio-moradia previsto na Lei nº 8.112/1990 será calculado tomando por base a remuneração do cargo em comissão DAS de mesmo nível, de modo a não prejudicar quem usufrui desse benefício, que é calculado por meio de um percentual do cargo em comissão.

No que diz respeito à avaliação de desempenho, a Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008, instituiu a sistemática para avaliação de desempenho dos servidores da administração pública federal, estabelecida com o objetivo de promover a melhoria da qualificação dos serviços públicos e subsidiar a política de gestão de pessoas do setor público. A avaliação se dá tanto no aspecto individual quanto no institucional, que deve refletir a contribuição da equipe de trabalho para o alcance das metas e para os resultados da instituição.

Os procedimentos operacionais de avaliação de desempenho foram definidos no Decreto nº 7.133, de 19 de março de 2010, que descreve as gratificações em cada uma das diversas carreiras do Poder Executivo que utilizam, na composição da remuneração dos seus servidores, a soma de vencimento básico e gratificação de desempenho pelo exercício da atividade específica.⁴ As metas e os resultados objeto da Lei devem ser amplamente divulgados pelas instituições públicas.

Atualmente existem dois processos com tramitação em curso no Congresso Nacional acerca da avaliação de desempenho dos servidores públicos, passando a prever a exoneração em caso de avaliações negativas: o Projeto de Lei Complementar do Senado Federal 116/2017, de autoria da Senadora Maria do Carmo Alves, e o Projeto de Lei Complementar da Câmara dos Deputados 539/2018, de autoria do Deputado Giuseppe Vecci.

Acerca desses projetos de lei, podem-se apontar alguns problemas: salvo melhor juízo, o vício de iniciativa, acarretando inconstitucionalidade, uma vez que o art. 61, § 1º,

⁴ As carreiras estratégicas, ou "típicas de Estado", são remuneradas, em sua maioria, por subsídio, não possuindo parcela remuneratória variável por desempenho.

II, c, da Constituição Federal, assinala que são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; a mitigação do contraditório e da ampla defesa dos servidores exonerados mediante avaliação; o estabelecimento de um rito diferenciado para carreiras típicas de Estado, o que pode abrir brechas para exceções demasiadas; e o número de avaliações negativas para ensejar a exoneração, ponto que precisa ser melhor debatido.

Falta em ambos os projetos a perspectiva da avaliação pelo usuário do serviço público; bem como a noção de que o problema sempre é mais de gestão e cultura do que de legislação. Todavia, iniciativas como essa são bem-vindas, uma vez que a estabilidade não deve servir para dar guarida ao mau servidor que se apegue tão somente ao regulamento, fazendo o “mínimo necessário” para não ser exonerado; e desde que signifiquem a desburocratização e consolidação dos ritos já existentes para avaliação de desempenho no serviço público. Uma alternativa é regulamentar melhor o rito da demissão por desídia, previsto no Regime Jurídico dos servidores públicos federais.

5. AS INOVAÇÕES NO DESENHO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PARTIR DE 2016

No âmbito da gestão Michel Temer (2016-2018), os aspectos mais evidentes no tocante à organização da máquina pública foram a quase estagnação do recrutamento, mesmo para as carreiras típicas de Estado, fruto do ajuste fiscal que consta da pauta política vigente, cujo marco constitucional se deu com a promulgação da Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, que altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal.

A partir da promulgação da emenda, ficou praticamente congelado o nível de gasto público pelo período de 20 anos, como salienta o recém-acrescido art. 106 do ADCT, que conta com a seguinte redação:

Art. 106. Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 107 a 114 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (BRASIL, 2016).

Ainda pode-se mencionar o estímulo à terceirização de atividades e a tentativa de implementar a reforma previdenciária, com grande impacto direto sobre os servidores públicos, cujo projeto segue em tramitação no Congresso Nacional e que dependerá, para ser aprovada, de apoio em larga escala da classe política.

Cabe mencionar, ainda, a edição da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, que criou o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização, possuindo entre seus objetivos fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação.

Tal autonomia, apesar de prevista no modelo e em certos normativos, ainda carece de implementação, uma vez que a autonomia administrativa e financeira das Agências, a aplicação de mandatos alternados em suas diretorias, e a previsão de um diretor substituto para os períodos em que houver vacância ainda não são realidade em boa parte desses órgãos. Um projeto de lei que visa disciplinar essas e outras questões afetas às Agências Reguladoras segue em tramitação, já há vários anos, no Congresso Nacional, e também prevê a existência de um Ouvidor no âmbito dos entes reguladores.

Pode-se se salientar ainda, como um marco do período, a regulamentação da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a chamada “Nova Lei das Estatais”. Tal regulamentação, que se deu por meio do Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016, trouxe diversas exigências quanto à capacidade e requisitos para o exercício de cargos de direção nas estatais, de modo a fortalecer o *compliance* e assegurar que os dirigentes possuam as habilidades técnicas necessárias ao exercício dessas funções.

No campo da participação social, os mecanismos existentes anteriormente permaneceram válidos, e notou-se fortalecimento da atuação das Ouvidorias Públicas por meio dos procedimentos previstos na Lei nº 13.460/2017 e no Decreto nº 9.094/2017 e da valorização da cultura de Análise de Impacto Regulatório, a qual sempre deve ser submetida a audiência pública.

Logo no início da gestão do presidente Jair Bolsonaro (2019-), foi estabelecido ajuste na máquina pública, no sentido de sua redução e otimização. O instrumento legislativo para tanto foi a Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019. O enxugamento administrativo foi detalhado nos arts. 57 e 58 da Medida Provisória. O art. 57 explicita a transformação:

- a) do Ministério da Fazenda, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e do Ministério do Trabalho no Ministério da Economia;
- b) do Ministério do Desenvolvimento Social, do Ministério da Cultura e do Ministério do Esporte no Ministério da Cidadania;
- c) do Ministério dos Direitos Humanos no Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos;
- d) do Ministério da Integração Nacional e do Ministério das Cidades no Ministério do Desenvolvimento Regional;
- e) do Ministério da Justiça e do Ministério da Segurança Pública no Ministério da Justiça e Segurança Pública;
- f) do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil no Ministério da Infraestrutura;
- g) do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União na Controladoria-Geral da União (BRASIL, 2019).

O referido artigo também apresenta a migração, para a Casa Civil, da Subchefia de Assuntos Parlamentares, anteriormente vinculada à Secretaria de Governo; a mudança, para a Secretaria de Governo, da Secretaria Especial de Comunicação Social e da

Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos, antigamente vinculadas à Secretaria-Geral; a atribuição do *status* de Secretaria Especial à Receita Federal e a natural atualização de sua localização, do então Ministério da Fazenda para o novo Ministério da Economia. Por fim, o Conselho das Cidades foi transformado em Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano.

Já o art. 58 apresenta a extinção da Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário da Casa Civil; da Secretaria Especial da Aquicultura e da Pesca da Secretaria-Geral da Presidência da República; e da Secretaria Especial da Micro e Pequena Empresa do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços.

O art. 59, por sua vez, apresenta as novas estruturas especiais criadas no âmbito da Presidência da República e dos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; da Cidadania e da Economia.

O “espólio” do Ministério do Trabalho foi tratado no art. 83 da MP, que estabeleceu a transferência de suas competências, até a entrada em vigor das novas estruturas regimentais, para o Ministério da Justiça e Segurança Pública: da Coordenação-Geral de Imigração, da Coordenação-Geral de Registro Sindical e do Conselho Nacional de Imigração; para o Ministério da Cidadania: da Subsecretaria e do Conselho Nacional de Economia Solidária; e, para o Ministério da Economia, das demais unidades administrativas e órgãos colegiados vinculados ao antigo MT.

Quanto às Escolas de Governo, responsáveis pela formação inicial e capacitação continuada de servidores públicos, o art. 65 da MP assinala que a estrutura da Escola de Administração Fazendária - ESAF, que era vinculada ao Ministério da Fazenda, foi incorporada pela Escola Nacional de Administração Pública - Enap, que era vinculada ao Ministério do Planejamento, e sai robustecida nesse processo.

Da leitura do texto da Medida Provisória é possível se extrair também o fortalecimento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que antes era responsável pelo aconselhamento jurídico das matérias do Ministério da Fazenda, e agora incorpora todas as temáticas assumidas pelo novo Ministério da Economia.

Também se destaca a consolidação da nomenclatura Controladoria-Geral da União, em lugar do outrora criado Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. A manutenção da nomenclatura original é pleito antigo dos servidores. O *status* de ministério, entretanto, foi mantido, o que deixa de atender os que advogam que a CGU deveria estar numa estrutura especial na Presidência da República, como funcionava originalmente.

CONCLUSÕES: OS DESAFIOS PENDENTES

A profissionalização da burocracia no País ainda tem grandes desafios para sua implementação em larga escala, que vão desde a forma de recrutamento e ingresso até a efetiva entrega dos serviços públicos.

Não há dúvidas que o ingresso no serviço público, por meio de concursos públicos, foi um grande avanço para a profissionalização da burocracia no País. No entanto, a população ainda reclama da qualidade do serviço público prestado e da dificuldade de acesso

aos serviços públicos em geral. O processo seletivo, por si só, é um avanço, mas não tem se mostrado suficiente. Faltam exames psicotécnicos, entrevistas, testes vocacionais e de aptidão para o exercício da função.

Falta ainda a ampliação do alcance da formação de ingresso nas carreiras, utilizando o curso de formação para a valorização e adequado treinamento inicial dos servidores públicos quando do seu ingresso. Note-se que as duas carreiras ministram seus cursos de formação inicial em renomadas escolas de governo federais.

Outra questão afeta à profissionalização da burocracia, no tocante à avaliação de desempenho, é o estágio probatório, que não tem servido adequadamente à função de exonerar o servidor que apresente rendimento abaixo do esperado pela Administração. Há uma tendência de que os gestores se sintam constrangidos de aplicar corretamente o instituto e tendam a avaliar positivamente os integrantes de suas equipes.

Na mesma linha, é necessário examinar a melhor utilização do instituto da estabilidade. E não se defende sua extinção completa, por entendê-la ferramenta de grande valia para a prevalência da técnica quando em conflito com a política. A estabilidade permite, pois, que o servidor de carreira se negue a executar ato que entenda ilegal, sem que isso lhe gere sanções como a demissão, à qual estaria sujeito empregado em situação de insurgência contra ordem abusiva de superior na iniciativa privada.

No entanto, os gestores públicos pouco têm utilizado as ferramentas que a própria lei prevê para que a estabilidade seja desconsiderada, em caso de desídia ou desempenho insatisfatório do servidor no cumprimento de suas funções. A lei não confere ao servidor descompromissado qualquer benefício de estabilidade, no entanto, a prática tem permitido o convívio entre desídia e estabilidade.

Todavia, em nome da eficiência e do respeito ao contribuinte, a estabilidade dos servidores públicos pode vir a ser mitigada, diante do cenário de insatisfação com os serviços públicos e da constatação, mesmo por parcela expressiva do funcionalismo, de que a estabilidade quase irrestrita, prevista pela Constituição Federal num contexto pós-regime autoritário, era perfeitamente compreensível para a época, mas gerou um passivo em termos de gestão que dificulta enormemente a cobrança por resultados no setor público e talvez não se justifique sua manutenção - nos moldes atuais - nos dias em que vivemos.

Os caminhos tentados até então para mitigar a estabilidade, com o devido respeito, não são os mais adequados. Foram centrados esforços em projetos de lei oriundos do Poder Legislativo, que estabelecem critérios para exoneração após avaliações de desempenho negativas, e que sugerem inclusive uma mitigação do devido processo administrativo que culminará na exoneração.

Apesar de meritórias as iniciativas dos parlamentares no sentido de buscar melhorar a gestão do Estado, a iniciativa de um projeto de lei que mitigue estabilidade é atribuição do Poder Executivo, por força constitucional.

Também é difícil imaginar a melhoria do processo de avaliação de desempenho por meio de lei, sendo que geralmente a baixa efetividade das avaliações não decorre de um problema de legislação, e sim de gestão. Ou seja, o problema não está na lei, e sim na benevolência dos chefes no momento da avaliação. Caso seja aprovado um projeto

de lei nos termos atuais, saber que um colega servidor pode inclusive ser exonerado com a nota que lhe for atribuída pela chefia não tende a contribuir para que essas avaliações venham a refletir melhor a realidade do serviço prestado. Também não se pode ter a ilusão de que preferências pessoais ou políticas jamais influenciarão na avaliação das chefias sobre os seus subordinados.

Dessa forma, a título de sugestão, propõe-se que a mitigação da estabilidade, com exoneração, além de ser tratada em projeto de lei de iniciativa do Presidente da República, venha a ser precedida da abertura do processo administrativo por desídia, assegurada ampla defesa - esse ponto é pouco explorado e tem aceção muito ampla, mas é o instrumento legal hoje já existente para situações de entregas insuficientes por parte dos servidores.

Na regulamentação da demissão por desídia, poderia se estabelecer a abertura do processo após um número razoável de avaliações de desempenho negativas, efetuado por diferentes gestores. Deve-se assegurar também que o servidor tenha garantido o pedido de exame de uma autoridade externa caso alegue perseguição de natureza pessoal ou política, e que seja assegurada ainda sua nova lotação e a garantia de estabilidade por prazo determinado nesses casos. Isso porque, se não é tolerável aceitar que o Estado abrigue servidores que não honram a sua função, também não é tolerável que o Estado venha a tolher a liberdade técnica de seus servidores ou compactue com perseguições de qualquer tipo.

Quanto ao acesso à informação, apesar dos avanços conquistados ao longo das décadas da redemocratização, o Brasil ainda se ressentido da falta de um banco consolidado e atualizado com avaliações e resultados das políticas públicas em nível nacional, bem como de informações sobre gastos orçamentários explicitadas em linguagem mais acessível ao cidadão comum.

O desconhecimento das normas aplicáveis aos inúmeros casos do cotidiano, com a incessante produção de normas e regulamentos por todas as esferas de Poder, acaba por dificultar o amplo exercício dos direitos e confundir os cidadãos. O desconhecimento das normas acaba por dificultar a argumentação do cidadão contra a autoridade do Poder Público. É necessário consolidar regulamentos administrativos por setor e tema, retirar a vigência dos que não mais se aplicam, enfim, realizar revisão e agrupamento de normativos, com vistas à simplificação de procedimentos administrativos e à desburocratização. Ao eliminar procedimentos desnecessários e tornar a vida do contribuinte mais simples, o governo passa a proporcionar ambiente favorável à livre iniciativa e ao protagonismo cidadão.

Ademais, numa leitura do cenário político vigente em 2019, militares de alta patente e servidores civis de carreiras estratégicas, com extensos currículos técnicos, foram designados para diversos postos-chave, de Ministros e Secretários: dessa forma, se enxerga um cenário de “re-dignificação” da função pública, especialmente das carreiras do nível estratégico do Estado, nesse ponto específico lembrando os moldes da política de pessoal desenhada durante a Reforma do Aparelho do Estado do Governo Fernando Henrique Cardoso. Em que pese a provável adoção de medidas antipáticas com relação ao funcionalismo, tende-se a prestigiar a função pública por meio desses técnicos de alto escalão.

Com a edição da MP 870/2019, emerge também o debate sobre a fusão de carreiras. Fará sentido manter diversas carreiras distintas, mas com atribuições similares, sob o abrigo de um mesmo Ministério, com idêntica remuneração, a exemplo das diversas carreiras que estarão no guarda-chuva do novo Ministério da Economia, como a de Gestor Governamental e a de Auditor Federal de Finanças e Controle?

É meritório o espírito de simplificação da máquina pública e racionalização do gasto administrativo trazido pela MP 870/2019, primeira parte da Reforma Administrativa. Todavia, pontos que emergem dessas mudanças, como a necessidade de redução do número de carreiras, implicando na integração de diversas delas, e medidas que reiterem a necessidade de melhor aferir o desempenho dos servidores públicos, debatendo com seriedade a mitigação da estabilidade dos servidores públicos, para que esta deixe de ser um convite à mediocridade, ainda devem ser abordados nos momentos seguintes, com maior debate entre governo e sociedade civil.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alex Cavalcante. A profissionalização do serviço público federal brasileiro no regime democrático. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE A REFORMA DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 20., 2015, Lima. *Anais* [...]. Lima, Peru: Centro Latino-americano de Administração para o Desenvolvimento - CLAD, 2015.

ALVES, Alex Cavalcante. Profissionalização burocrática e participação social na Administração Pública brasileira pós-1988. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, v. 1, p. 65-94, 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, v. 47, n. 1, jan./abr. 1996. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2019.

CAMÕES, Marizaura Reis de Souza; FONSECA, Diogo Ribeiro da. Dimensões político-estruturais do desenvolvimento de servidores no governo federal brasileiro: avanços e desafios. *In*: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 19., 2014. Quito. *Anais* [...]. Quito, Ecuador, 11-14 nov. 2014.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE - CEPAL. *Panorama de la Gestión Pública en América Latina y el Caribe*. nov. 2014. Disponível em: <http://www.cepal.org>. Acesso em: 11 abr. 2015.

MATIAS-PEREIRA, José. *Administração Pública no Brasil: políticas de revalorização das carreiras típicas de Estado como fator de atração de novos talentos para o Serviço Público Federal*. Disponível em: <http://www.fonacate.org.br>. Acesso em 20 jun. 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE (2010). "Avaliação da Gestão de Recursos Humanos no Governo - Relatório da OCDE - BRASIL, 2010". Disponível em: <http://www.oecd.org>. Acesso em: 27 mai. 2015.

SANTOS, Aleksandra Pereira dos; CODES, Ana Luiza Machado de. A carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental: evolução e impacto no Estado brasileiro. *In*: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 19, 2014, Quito. *Anais* [...] Quito, Ecuador, 11-14 nov. 2014.

A TEORIA DA REGULAÇÃO APLICADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS IMPACTOS SOBRE O DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO*

THE REGULATION THEORY APPLIED IN PUBLIC ADMINISTRATION AND ITS IMPACTS ON BRAZILIAN DEVELOPMENT

GUSTAVO ASSED FERREIRA

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.
Professor Associado do Departamento de Direito Público da
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de
São Paulo. Endereço eletrônico: gustavo.assed@usp.br.

MARCELA LEMOS SILVA

Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca.

SUMÁRIO: Introdução - A regulação na história da economia mundial - A regulação econômica como intervenção estatal indireta - Escola neoclássica da regulação e escola do interesse público - A regulação na prática da administração pública - Instrumentos regulatórios e desenvolvimento econômico e social - Considerações finais - Referências.

RESUMO: Este artigo trata da regulação e seus impactos sobre as atividades da Administração Pública e do processo de desenvolvimento econômico social brasileiro. A história da regulação é descrita com o intuito de se abordar, posteriormente, as duas principais escolas que cuidam do tema, a saber, a Escola Neoclássica da Regulação e a Escola do Interesse Público. A Administração Pública cada vez mais vem se utilizando dos instrumentos regulatórios para conformar e organizar os ordenamentos setoriais no Brasil. Tal postura influi sobre a aceleração do processo de desenvolvimento nacional.

* Data de recebimento do artigo: 31.05.2019.
Datas de pareceres de aprovação: 28.06.2019 e 04.07.2019.
Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 16.07.2019.

PALAVRAS-CHAVE: regulação; administração pública; desenvolvimento nacional.

ABSTRACT: This article aims to analyze the regulation and its impacts on the activities of the Public Administration and the Brazilian social economic development process. The history of regulation is described in order to approach later the two main schools that take care of the theme, namely the Neoclassical School of Regulation and the School of the Public Interest. The Public Administration is increasingly using regulatory instruments to shape and organize sectoral regulations in Brazil. Such a position influences the acceleration of the national development process.

KEYWORDS: regulation; public administration; national development.

INTRODUÇÃO

Este artigo propõe iniciar uma reflexão sobre a Teoria da Regulação e as implicações da atividade estatal na economia do Brasil. Historicamente, a regulação surge da necessidade de reestruturação da economia mundial, com ênfase no desenvolvimento dos países após a Segunda Revolução Industrial. Ela pode ser entendida como um conjunto de ações estatais que trazem limites a certos atos e decisões de agentes econômicos, com o escopo de cumprir deveres e zelar pelo interesse público perante a sociedade.

A regulação, de maneira geral, se associa diretamente com a participação do Estado, de empresas privadas, de consumidores e fornecedores no mercado econômico, almejando sua estabilidade e o seu crescimento. O bom funcionamento da economia depende da regulação econômica que o Estado pratica, pois ela tem como objetivo diminuir as falhas de mercado, visando sempre o interesse público e o bem-estar social.

Por conseguinte, aprofundando-se na essência desse estudo, tratar-se-á sobre a intervenção estatal na economia do Brasil, que deve ser equilibrada, a fim de se evitar o excesso intervencionista, alternando-se entre restringir o mercado e promovê-lo, de acordo com o momento histórico e necessidades econômicas de cada sociedade. Além disso, o Estado deve agir com planejamento, seguindo os ditames e princípios contidos na Constituição Federal, como a legalidade e a eficiência.

Para auxiliar o Estado no papel regulatório no Brasil, foram criadas agências reguladoras, que são autarquias sob regime especial, com alto grau de especialização técnica e papel fundamental perante a economia e a sociedade brasileira. Por meio das agências reguladoras, é possível reproduzir condições favoráveis de mercado que não seriam produzidas naturalmente, fiscalizar as atividades de empresas e garantir o cumprimento de normas regulatórias estabelecidas.

Com o objetivo de se garantir uma análise sistematizada do tema, primeiramente se refletirá sobre o contexto histórico de desenvolvimento da regulação econômica no mundo. Em seguida, passa-se a estudar o conceito de regulação econômica, seu papel na intervenção estatal indireta e as diferentes escolas sobre o assunto. Por fim, tratar-se-á sobre a regulação estatal na prática da Administração Pública e sobre instrumentos regulatórios indispensáveis ao desenvolvimento econômico e social no Brasil.

A REGULAÇÃO NA HISTÓRIA DA ECONOMIA MUNDIAL

Após a cristalização da Segunda Revolução Industrial e com o advento do capitalismo financeiro monopolista, as atribuições do Estado aumentaram gradativamente, tendo em vista o incremento da complexidade das relações econômicas e sociais. As consequências trágicas da crise de 1929 e da Segunda Guerra Mundial provocaram a superação definitiva do Estado liberal, fruto da era das revoluções, das declarações de direitos e do constitucionalismo, e sua substituição pelo Estado de bem-estar social (*Welfare State*). Nas décadas de 50 e 60, especialmente, os Estados, seguindo a cartilha *keynesiana*,¹ intervieram diretamente no domínio econômico com o intuito de acelerar o processo de desenvolvimento que foi afetado por quase meio século de crises econômicas e conflitos armados. A intervenção direta, por meio da criação de parques estatais e da dinamização da prestação direta de serviços públicos, se fez sentir e representou um importante elemento no processo de crescimento econômico para os hoje denominados países emergentes e no processo de desenvolvimento dos Estados da Europa ocidental, dos EUA, do Canadá e do Japão.

A década de 70 representou o momento histórico de derrocada do modelo *welfarista*, o que, politicamente, resultou na eleição de governos comprometidos com a superação daquele modelo de Estado nos principais países do G7. Em 1979, Margaret Thatcher assume a chefia do governo britânico comprometida com a aplicação de uma cartilha econômica baseada nas lições de Hayek e da Escola de Chicago, liderada por Friedman. As consequências destas medidas no sistema jurídico dos Estados nacionais e nos modelos de intervenção no domínio econômico adotados pelos governos logo se fariam sentir. A eleição de Reagan no ano seguinte e a de Helmut Kohl, em 1982, cristalizaram tal tendência.²

Nesse sentido, as razões dessa tendência, que se pode denominar de desestatização, podem ser elencadas, como assevera Alexandre de Aragão, nos seguintes pontos, interdependentes entre si: (i) a valorização de emergentes setores técnico-especializados e a depreciação dos setores primários; (ii) a dita revolução da tecnologia da informação, que acabou com alguns monopólios naturais na área da comunicação; (iii) o incremento do comércio internacional e da internacionalização das empresas e dos capitais, beneficiados pela rápida evolução da informática; (iv) a própria formação da sociedade em rede, que cria uma verdadeira e atuante sociedade pluriclasse; (v) a erosão do conceito de soberania absoluta, substituído por um conceito de soberania que Celso Lafer denomina de soberania operacional;³ e por essa última razão, (vi) a diminuição da importância da política estatal em sentido restrito.⁴

¹ KEYNES, 1992, *passim*.

² ANDERSON, 1995, p. 14.

³ LAFER, 2006, *passim*.

⁴ ARAGÃO, 2006, p. 5.

Assim sendo, em especial medida nas últimas duas décadas, devido aos diversos fatores já apontados, bem como ao esgotamento do padrão de financiamento do setor público, houve um abrandamento da intervenção estatal direta na ordem econômica em favor de um alargamento da intervenção estatal indireta, ou seja, a regulação econômica.⁵

Tal processo histórico foi confundido por posições político-ideológicas mais radicais, dos dois extremos do espectro, como a ausência de intervenção do Estado no domínio econômico. Em verdade, os governos nacionais que criaram mecanismos eficientes de intervenção indireta (regulação estatal) foram os que obtiveram melhores resultados durante e depois da chamada crise do Estado-nação.⁶

Como assevera Floriano Azevedo Marques:

Trata-se, aqui, não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas de sua concreta atuação no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia. Enfim, cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia.⁷

Disso resulta uma mudança significativa da competência para normatizar a atividade econômica, do Legislativo para o Executivo, que nem sempre é bem percebida pelos agentes econômicos privados que, em última análise, sofrerão os impactos das regras advindas do Executivo.

Indo um passo além, pode-se perceber que mesmo o Executivo brasileiro, na medida em que participa ativamente de foros e organizações internacionais, como a Organização Mundial do Comércio (OMC), não mais é absolutamente soberano para normatizar livremente a atividade econômica dentro do território nacional, sofrendo restrições em sua capacidade de normatizá-la autonomamente. Também o chamado “mercado”, representado pelos atores principais do setor produtivo e, sobretudo, pelo setor financeiro interno e internacional, exigem do Estado uma postura regulatória coerente e pouco ou nada heterodoxa.

De outro lado, conhecidas as limitações ao poder de normatizar a atividade econômica, hoje incidentes sobre os poderes Executivo e Legislativo, retomem-se as questões relativas à regulação.

Em suma, a regulação estatal cresceu em importância nos últimos anos pelo mundo todo e é uma parte relevante das políticas de governo que são implementadas pelas Administrações Públicas. Ainda assim, a regulação é uma atividade em dinâmica evolução, seja por conta das diversas flutuações conjunturais que afetam os mais diferentes mercados, seja por conta das próprias transformações das estruturas econômicas, que obrigam a Administração a constantemente rever suas posturas nessa esfera.⁸ O Estado

⁵ MARQUES NETO, 2000, p. 73.

⁶ HABERMAS, 2001, *passim*.

⁷ MARQUES NETO, 2000, p. 74.

⁸ LAUBADÈRE, 1985, p. 107-108.

deve constantemente avançar em direção à regulação desejada, procurando sempre corrigir os erros no sistema, sejam esses causados pela própria ação do Estado ou pela evolução das relações econômicas.

Para Zippelius, deve haver:

Esforço constante de controlar as consequências de suas ações a fim de corrigi-las a tempo. Portanto, avançará apenas passo a passo e sempre comparará cuidadosamente os resultados perspectivados com os realmente alcançados, estando continuamente atento aos efeitos secundários indesejáveis.⁹

Nesse sentido, o próprio Direito Público encontra-se em rápida evolução, cujas principais transformações que afetam o tema aqui abordado são: (i) a pluralização dos sujeitos responsáveis pela criação das fontes normativas; (ii) a descentralização do aparato estatal por meio da criação de entes ou órgãos autônomos, responsáveis pelo incremento da atividade regulatória; e (iii) a relativização do modelo hierárquico clássico, com a emergência de mecanismos gerenciais e finalísticos de organização, mais apropriados ao incremento da complexidade da própria atividade administrativa.¹⁰

A REGULAÇÃO ECONÔMICA COMO INTERVENÇÃO ESTATAL INDIRETA

Analisando o vocábulo regulação, segundo Jeammaud, esse significa “um trabalho consistente em introduzir a regularidade em um objeto social, assegurar a sua estabilidade, sua perenidade, sem fixar-lhe todos os elementos nem o integral desenvolvimento, portanto, sem excluir mudanças”.¹¹ Tal conceito denota um caráter dúplice para a regulação, a ideia de regularidade e a possibilidade de mudança, já que a regulação consiste em uma atividade permanente e ordenada de normas e atos decisórios.¹²

Assim sendo, a regulação econômica pode ser definida como o conjunto de regras que limitam a liberdade de ação ou de escolha das empresas, dos profissionais liberais e dos consumidores, cuja aplicação é sustentada pelo poder de coerção que a sociedade concede ao Estado, por meio do instituto da soberania interna¹³ e que hoje se vê reforçada pelas pressões sofridas pelo próprio Estado em foros internacionais.

Nesse sentido, Aragão define a regulação estatal da economia:

O conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla,

⁹ ZIPPELIUS, 1997, 469.

¹⁰ ARAGÃO, 2006, p. 9.

¹¹ DI PIETRO, 2004, p. 20.

¹² JUSTEN FILHO, 2008, p. 533.

¹³ GRAU, 1996, p. 92 e ss.

ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.¹⁴

Para Azevedo Marques, a regulação consiste no conjunto de normas e procedimentos a que o Estado recorre para definir ou alterar os incentivos e as restrições com que operam os agentes econômicos, com o objetivo de dirimir as ineficiências geradas pelas falhas de mercado e sempre, ao menos de início e em tese, de acordo com o interesse público. A regulação deve necessariamente se mostrar eficiente, influenciando o comportamento dos agentes de forma positiva, gerando um aumento do bem-estar social. Ademais, não se deve perder de vista o fato de que a regulação sofre a influência marcante dos grupos de pressão que atuam junto aos tomadores de decisão nas três esferas do poder estatal, sendo que esse jogo de pressões, por vezes, acaba conduzindo a tomada de decisão para longe do próprio interesse público.¹⁵

Por seu turno, o objeto da regulação deve ser considerado em sentido amplo e em sentido restrito. Em sentido amplo, o objeto da regulação é a sociedade como um todo, como resultado do necessário atendimento ao interesse público. Todavia, mesmo a compreensão do conceito de interesse público evolui no tempo. Como assevera Floriano Azevedo Marques, “ao menos nos dias de hoje, interesses legítimos, mediatos ou imediatos de um particular não podem significar automaticamente um interesse contrário aos designios públicos”.¹⁶

Nesse sentido, o objeto da regulação em sentido restrito será a sociedade em seu conjunto ou determinadas instâncias da sociedade, ou, ainda, domínios de determinadas práticas sociais abarcados imediatamente por uma específica regulação. Ainda assim, aqui se pode encontrar o interesse público, que na sociedade pluralista pode ser considerado como a soma dos interesses públicos das comunidades pertencentes a uma sociedade.¹⁷

A atividade de regulação, como dito acima, consiste em adequar condutas a normas previamente estabelecidas. Nesse sentido, pode ser também compreendida como o conjunto de medidas legislativas e administrativas por meio das quais o Estado influencia o comportamento dos agentes econômicos, em favor da consecução dos interesses públicos (previamente definidos, na etapa normativa do processo). Tal contexto está inserido em um quadro maior, as possibilidades de regulação da economia em sentido amplo. Assim, a regulação pode ser: (i) estatal, feita pelas regras e condutas oriundas dos órgãos do próprio Estado, como acima exposto; (ii) pública não estatal, feita por organizações da própria sociedade por meio de delegação do poder público, com a possibilidade de incorporação dessa regulação ao ordenamento jurídico estatal; (iii) autorregulação, conduzida por organizações privadas, sem a necessidade de qualquer delegação por parte do poder público;

¹⁴ ARAGÃO, 2006, p. 37.

¹⁵ MARQUES NETO, 2002, p. 152.

¹⁶ MARQUES NETO, 2002, p. 152.

¹⁷ MARQUES NETO, 2002, p. 152-153.

e (iv) desregulação, em que os agentes ficam sujeitos apenas ao livre desenvolvimento do mercado, adotados pelas empresas por meio de suas relações negociais.¹⁸

De fato, a regulação “engloba todas as formas de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção por meio da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia”.¹⁹

No que tange à concessão de serviço público, inicialmente há que se ocupar com a própria definição de serviço público em sentido restrito. A doutrina especializada sobre o tema divide-se em dois campos bastante antagônicos, os convencionalistas-legalistas e os essencialistas.

Os essencialistas podem ser representados pela posição de Eros Grau:

É inteiramente equivocada a tentativa de conceituar serviço público como atividade sujeita a regime de serviço público. Ao afirmar-se tal - que serviço público é atividade desempenhada sob esse *regime* - além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia. Determinada atividade fica sujeita a regime jurídico de serviço público porque é serviço público.²⁰

Ainda quanto ao limite do conceito de serviço público, Ruy Cirne Lima concede ao conceito ora analisado um caráter “existencial” em relação à sociedade, historicamente estabelecido em seu âmbito.²¹ Nessa mesma linha de raciocínio, pode-se compreender o serviço público como determinada atividade que corresponde a uma obrigação estatal de suprir um interesse público específico, assim caracterizada em determinado espaço territorial a partir de um dado momento histórico.²²

Ainda nesse campo doutrinário, ao defender a busca pela essência de serviço público em cada atividade, Carmen Lúcia afirma que “existem atividades que não podem ser consideradas como serviços públicos, ainda que desejasse e nesse sentido atuasse o legislador”.²³

Nessa esfera, seguindo definição mais restrita e legalista, Maria Sylvania Zanella Di Pietro afirma que serviço público é:

Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.²⁴

¹⁸ ARAGÃO, 2006, p. 33.

¹⁹ SALOMÃO FILHO, 2001, p. 14-15.

²⁰ GRAU, 2002, p. 90.

²¹ LIMA, 2007, p. 82.

²² ROCHA, 1996, p. 20-23.

²³ ROCHA, 1996, p. 20-23.

²⁴ DI PIETRO, 2008, p. 94.

Essa última definição, bem como outras enquadradas no campo convencionalista-legalista, sem dúvida facilitam a compreensão da área de abrangência das concessões e permissões de serviços públicos, tendo em vista a possibilidade clara de se compreender quais são as atividades regidas pelo regime de privilégio na Constituição Federal (artigo 175).

Ainda no que tange às formas de regulação estatal, pode-se afirmar que o próprio exercício do poder de polícia evoluiu no tempo, alcançando, na esfera da regulação, uma importância sem parâmetros no período anterior à existência do Estado regulador. Como conceito de poder de polícia em sentido restrito, tem-se a lição de Celso Antônio, para quem poder de polícia abrange:

As intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais como as autorizações, as licenças, as injunções) do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar o desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais.²⁵

ESCOLA NEOCLÁSSICA DA REGULAÇÃO E ESCOLA DO INTERESSE PÚBLICO

Quanto à teoria da regulação, de maneira geral, são duas as principais escolas clássicas sobre o tema: (i) a escola neoclássica da regulação; e (ii) a escola do interesse público.²⁶

A primeira escola, a neoclássica, engloba dois pontos comuns entre as várias tendências aqui reunidas: (i) a negação de qualquer fundamento de interesse público na regulação e (ii) a afirmação do objetivo de substituição ou correção do mercado por meio da regulação.²⁷

O primeiro artigo a tratar diretamente do assunto foi publicado em 1962 por George Stigler e Claire Friedland, "*What can regulators regulate? The case of electricity*", e demonstra a ineficácia da regulação econômica especificamente no setor de energia elétrica, ou seja, em um monopólio natural.²⁸

Para H. Demsetz, por exemplo, a regulação serve para a proteção à indústria, e não para a proteção do interesse público. Nesse mesmo trabalho, o autor desenvolve o hoje notório *Demsetz Auction*, que a partir do ceticismo do autor para com a própria regulação propõe que o Estado regule por meio da realização de leilões para a prestação de serviços.²⁹ Essa proposta influenciou largamente o sistema de licitação para a concessão de serviço público.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 710.

²⁶ SALOMÃO FILHO, 2001, p. 17.

²⁷ SALOMÃO FILHO, 2001, p. 21.

²⁸ STIGLER; FRIEDLAND, 1962, p. 1-16.

²⁹ DEMSETZ, 1968, p. 55.

O mesmo Stigler, anteriormente citado, é o responsável pelo trabalho considerado como pedra angular da Teoria Neoclássica da Regulação, “*The theory of economic regulation*”, no qual a regulação da atividade industrial, e em especial a perseguição dos interesses privados da indústria por meio da regulação, são amplamente descritos e pesquisados.³⁰

Com base no trabalho acima citado, Richard Posner apresenta a Teoria da Captura, na qual a regulação, caso ocorresse de forma direta, devido ao seu marcante interesse público, acabaria sendo submetida aos interesses do setor regulado, em consequência da “captura” do regulador pelo regulado. Em outras palavras, os interesses privados, que podem não prevalecer desde o início da regulação, acabam por sobrepujar os interesses públicos, já que as agências acabam cedendo aos interesses dos regulados.³¹

Todavia, a partir desses trabalhos se desenvolve um princípio comum: por meio das agências regulatórias, é possível reproduzir as condições de mercado nos setores caracterizados por monopólios naturais, nos quais essas condições não podem ser produzidas manualmente.

Em pouco tempo, nota-se que a reprodução em laboratório das condições de mercado por meio das agências não funciona. Assim sendo, do próprio âmago da regulação liberal vem a solução, ou seja, a desregulação. Essa, por seu turno, vem acompanhada da noção de autorregulação, tão cara à Escola de Chicago. É a tentativa de se criar um ambiente semelhante à concorrência perfeita. A recriação das condições de mercado “em laboratório” muda de forma, mas não de conteúdo.³²

No que tange à segunda escola, a do interesse público, cujos adeptos estão em especial no Direito Administrativo, em posição contrária à acima descrita, há a noção de que a autorregulação dos processos econômicos, defendida pelos neoclássicos, não funciona na medida esperada. Tal situação ocorre porque se formam grandes e influentes grupos de pressão e de poder econômico, provocando um grave risco para uma harmonização equilibrada e justa dos interesses públicos e privados.³³

Aceitar a premissa da autorregulação seria como “derrogar” os Estados sociais e democráticos de direito constitucionalmente estabelecidos. Em contrário, os Estados deveriam tratar a regulação tendo em vista a promoção do bem-estar da coletividade, a defesa da livre iniciativa e da concorrência e a eficiência na prestação dos serviços públicos. A segunda escola defende que o objetivo da regulação é primordialmente a busca do bem público definido sob diversas formas. Essa escola identifica-se, em sua aplicação no caso brasileiro, com a Escola do Serviço Público.³⁴ Todavia, diferencia-se dessa última por não hipertrofiar a noção de serviço público.

³⁰ STIGLER, 1971, passim.

³¹ POSNER, 1974, p. 335.

³² SALOMÃO FILHO, 2001, p. 24.

³³ ZIPPELIUS, 1997, p. 466.

³⁴ Esta Escola surgiu na França e foi a responsável pelas primeiras noções sobre serviço público. Todavia, seus principais precursores, Léon Duguit e Gaston Gèze, hipertrofiaram o conceito, já que o primeiro atribuía

Na verdade, para a segunda escola, no sistema de Direito Administrativo atual, como citado acima, duas são as formas de regulação: a concessão de serviço público e o exercício do poder de polícia. Ambas, que possuem origens históricas distintas (segunda metade do séc. XIX e início do séc. XX), têm se mostrado insuficientes na sua aplicação prática. Assim sendo, acreditar que o particular exercerá o serviço público concedido em atendimento ao interesse público em sentido restrito, para a Escola do Interesse Público, é um equívoco.

No que tange à noção de interesse público inserida no contexto acima descrito, a própria transformação das atividades administrativas que conduzem o Estado de uma posição de garantidor e intérprete do interesse público para mediador de interesses públicos, proporciona uma atualização dos conceitos da Escola do Interesse Público, adaptando-os melhor aos novos tempos.

Segundo Odete Medauar:

A Administração passa a ter a atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre as várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.³⁵

Nesse sentido, é oportuna a posição adotada no Brasil por Floriano Azevedo Marques, para quem, acompanhando Norbert Reich, coexistem interesses públicos difusos e interesses públicos especiais. Os primeiros, que são a razão de ser do poder político, são aqueles pertencentes à sociedade como um todo ou, ao menos, pertencentes a grupos de difícil individualização. Nesses, a hipossuficiência da sua representação a partir de grupos de pressão perante o Estado faz com que o próprio Estado os proteja de maneira mais contundente por meio da regulação.

Por seu turno, os interesses públicos especiais são aqueles pertencentes a grupos sociais organizados e individualizáveis, cujos interesses, a partir do momento em que se revelem como transcendentais de seus interesses privados passam também a ser considerados como interesses públicos, aos quais o Estado é chamado a mediar.³⁶

Em suma, essa segunda escola entende que o regime das concessões tem, de um lado, originado a captura do poder concedente pelo concessionário, que, logo após a licitação, torna-se monopolista daquela atividade. De outro lado, tem-se mostrado ineficaz, pois, para cada controle erigido, o concessionário desenvolve duas ou três formas de contorná-lo.

todas as funções do Estado ao serviço público e o segundo afirmava que o serviço público seria o próprio Estado.

³⁵ MEDAUAR, 1992, p. 202.

³⁶ MARQUES NETO, 2002, p. 160-162.

Por fim, essas duas posições clássicas e suas variáveis na análise do tema da regulação aceitam que o dinamismo do domínio econômico não permite ao direito pretender qualquer perenidade no que tange ao ambiente institucional. A evolução estrutural e as flutuações conjunturais das relações econômicas exigem que as regras administrativas estejam em constante revisão, o que sempre enseja um acentuado grau de complexidade.

Portanto, diante desse dinamismo econômico e social, o Estado Democrático de Direito procura, por meio do Direito Administrativo Econômico, conduzir-se principalmente por princípios e objetivos gerais a serem alcançados. As normas jurídicas são relevantes instrumentos para que não se perca de vista a finalidade pública, tão cara à atividade da Administração Pública.

A REGULAÇÃO NA PRÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É perceptível que a extrema especialização dos setores e das normas que os regulam tem conduzido à construção de marcos normativos com forte presença de princípios, programas e objetivos a serem alcançados. Ao lado das clássicas regras dedutivas, as regras finalísticas deixam uma margem de interpretação que favorece a utilização de certa discricionariedade técnica na aplicação do conjunto normativo, o que, por seu turno, vem de encontro ao quadro de consensualidade e horizontalidade na regulação, conforme se expôs acima.³⁷

Assim sendo, a efetiva aplicação do Direito nos casos concretos, ou seja, nas situações específicas que ocorrem em cada setor, deve compatibilizar os objetivos normativos a elas subjacentes, procurando interpretar e integrar as eventuais colisões e antinomias entre normas em cada caso. Não seria possível aos instrumentos normativos que compõem o quadro regulatório prever antecipada e exaustivamente todas as possíveis situações advindas do dia a dia da atividade econômica.

Ademais, merece destaque o fato de que a Administração Pública na tarefa de mediar determinados conflitos efetivos de interesses por meio de processos administrativos que lhe são peculiares, deve levar em conta a necessária problematização do caso em análise, aplicando a própria tópica argumentativa, sob pena de se criar decisões e soluções de conflitos que possam “envenenar” as decisões seguintes em situações análogas.³⁸

Como afirma Alexandre de Aragão:

O grande risco da fluidez dos objetivos fixados na legislação é a possibilidade de, em razão da sua inevitável generalidade, serem instrumentalizados politicamente pelas forças políticas momentaneamente dominantes.³⁹

³⁷ ARAGÃO, 2006, p. 87.

³⁸ Para argumentação tópica, VIEHWEG, 2007, *passim*.

³⁹ ARAGÃO, 2006, p. 87.

É nesse contexto que surgem os entes ou órgãos especializados, dotados de autonomia e poder regulatório, relativamente alheios ao comando político, sem que isso signifique afastamento da tutela administrativa. Tais entes atuam com base nos princípios gerais que regem a Administração Pública, bem como nos princípios específicos do Regime Jurídico Administrativo que lhes atingem, além de objetivarem o atendimento das finalidades públicas fixadas por lei.

Segundo Cabral de Moncada:

O desenvolvimento qualitativo da Administração econômica faz-se, pois, à custa da perda de homogeneidade da orgânica administrativa. A nova organização pluralista ou mista, contando com a presença, cada vez mais acentuada, de órgãos técnicos de composição variada, que se veem assim associados ao desempenho de tarefas que se propõe a moderna Administração, ao mesmo tempo que lhe conferem legitimidade e a eficácia de seu saber especializado.⁴⁰

Todavia, é evidente que o incremento da intervenção indireta no domínio econômico e a própria “administrativização” da regulação impõem ao Estado a emergência e a adoção de novas formas de legitimação, sob pena de se atentar aos próprios postulados constitucionais do Estado Democrático de Direito. Tal legitimação exige a observância de imposições à atuação administrativa por três motivos principais. Em primeiro lugar porque a regulação estatal atende a objetivos e preceitos fixados pelo ordenamento jurídico e, por isso, além da devida observância ao princípio da legalidade e ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, há que se verificar o atendimento eficiente às finalidades públicas às quais a regulação atende.⁴¹

De outra face, o denominado “déficit democrático”, gerado pela maior presença da Administração Pública no processo regulatório em face do Legislativo, pode ser superado pela maior presença da sociedade na edição dos atos normativos e na devida motivação dos atos administrativos expedidos pela Administração Pública.

Nesse sentido, segundo Ackerman:

As constituições modernas precisam tomar passos construtivos para revelar as dimensões cruciais de julgamentos burocráticos normativos e para disciplinar seu exercício por um grande número de técnicas variando da participação pública até a vigilância judicial.⁴²

Por fim, já representa importante atendimento à necessária legitimação da Administração Pública na atividade de regulação a expressa observância dos princípios constitucionais elencados no *caput* do artigo 37 da CF/88. A observância do princípio da

⁴⁰ MONCADA, 1988, p. 62-63.

⁴¹ ARAGÃO, 2006, p. 104.

⁴² ACKERMAN, 2000, p. 638.

legalidade constitui pedra angular de todo o regime jurídico administrativo e sua inobservância eiva de vício qualquer atividade regulatória. O mesmo se aplica aos outros princípios, com especial atenção ao princípio da eficiência, cujo atendimento deve se constituir em um objetivo básico da Administração. Para tanto, é importante que a regulação abra um permanente espaço para o debate com o público, em especial com os setores que têm interesses públicos específicos em cada tema.

Fruto da complexidade crescente dos mercados e da atividade econômica em si, a regulação estatal passa por um contínuo processo de especialização setorial da própria atividade e dos entes ou órgãos incumbidos de desenvolvê-la. A Administração Pública vive o desafio de ordenar esta complexa tarefa que, cada vez mais, é multifacetada, pois as redes normativas que vão se formando devem cumprir com sua função tecnicista e específica sem deixar de lado a sua necessária integração e adequação ao todo, ou seja, ao sistema jurídico em geral. Esta coordenação é um desafio crescente para ao Estado, pois a tendência de setorializar determinada regulação funciona com uma força centrípeta que afasta os setores uns dos outros e do eixo central do sistema jurídico.

A estrita observância aos ditames constitucionais e ao disposto pelas principais leis ordinárias que regem o regime jurídico administrativo é um dos elementos relevantes para que se possa manter o marco regulatório coordenado, sem perder a eficiência setorial que dele se espera.

Nesse sentido, Cassagne afirma que:

A realidade econômica faz com que a Administração tenha que enfrentar, com frequência, fatos de difícil apreensão jurídica, heterogêneos e complexos e que a exigência de celeridade muitas vezes imposta pela conjuntura obriga a uma flexibilidade na sua atuação que supera todo formalismo. Mas, de qualquer forma, a flexibilidade da atuação da Administração e o seu informalismo não devem levar ao desconhecimento das garantias e direitos do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição e dos Princípios Gerais do Direito.⁴³

Inseridos nesse contexto de crescente complexidade, os ordenamentos setoriais tornaram-se instrumentos de grande valia para que o Estado os utilize ao lado dos mecanismos tradicionais de regulação.

Quanto ao tema, Floriano Azevedo Marques afirma que:

Até por força do impacto tecnológico e do desenvolvimento de setores da economia, é importante que os operadores do Direito comecem a entender a necessidade de trabalhar com a existência de subsistemas jurídicos dentro do ordenamento jurídico. Esses subsistemas jurídicos são parcelas do ordenamento jurídico pautadas

⁴³ CASSAGNE, 1995, p. 204.

por princípios, conceitos e estruturas hierárquicas próprias a determinado setor.⁴⁴

Portanto, os ordenamentos setoriais possuem uma raiz econômica localizável e têm por função regular as atividades econômicas que possuem aspectos sensíveis ao interesse coletivo e que não podem prescindir em receber a atenção do Estado regulador. Assim sendo, quando o próprio legislativo entende que determinado setor exige um acompanhamento maior, ou seja, um maior controle estatal, esse o confere a órgãos no âmbito da administração indireta, como aqui no Brasil é o caso das agências reguladoras. Todavia, em diversas hipóteses, os próprios ordenamentos setoriais são confiados aos próprios indivíduos que exercem as atividades a serem reguladas, como é o caso dos Conselhos Profissionais. Tal mandato é conferido nas duas situações por um prévio e necessário ato ou contrato administrativo, como por exemplo, autorização, licença e concessão.

Por isso, Marçal Justen Filho fala em regulação econômica e social. Diz o autor que:

Embora seja costumeira a alusão à regulação econômica, isso não significa que a regulação é concomitantemente econômica e social. Isso significa que a intervenção estatal no âmbito econômico corresponde sempre à promoção de valores sociais. Toda e qualquer atuação regulatória consiste num conjunto de providências econômicas e sociais.⁴⁵

Além disso, e corroborando com o acima descrito, como bem recorda Alexandre de Aragão, as agências reguladoras, compreendidas como ordenamentos jurídicos setoriais, não se limitam a produzir efeitos às suas respectivas entidades, mas também atingem os particulares cuja atividade é o objeto específico da regulação e que, portanto, atuam no seu desenvolvimento.⁴⁶

Nesse contexto, agências reguladoras podem ser definidas como entidades situadas na Administração Indireta como autarquias sob regime especial, que desempenham funções administrativas e normativas, cujos principais objetos são: (i) o exercício do poder de polícia no que tange à regulação da atividade econômica, em consonância com o interesse público e visando favorecer a higidez do mercado; bem como (ii) garantir a eficiente prestação dos serviços públicos que sejam concedidos ou permitidos à iniciativa privada.⁴⁷

É justamente a sua qualificação como pessoa jurídica pertencente à Administração Indireta que garante à agência reguladora não ser subordinada hierarquicamente. Ademais, é a sua qualificação como autarquia sob regime especial que lhe garante a devida autonomia administrativa, financeira, patrimonial, técnica e de gestão de recursos humanos, além do mandato fixo e estabelecido de seus dirigentes.

⁴⁴ MARQUES NETO, 2000, p. 301.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, 2008, p. 532.

⁴⁶ ARAGÃO, 2006, p. 197.

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 132-135.

Todavia, não se pode perder de vista o fato, que por ser óbvio quase não deveria ser citado, de que tais agências são tuteladas pela Administração Pública, ou seja, sua atuação deve ser legitimada por meio de controle administrativo.

INSTRUMENTOS REGULATÓRIOS E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL

Outra questão importante é a capacidade dos instrumentos jurídico-regulatórios influírem no processo de desenvolvimento. Para tanto, há que se discutir, inicialmente, a própria questão do desenvolvimento que, na teoria macroeconômica em geral, é compreendida como consequência necessária do funcionamento dos mercados nos moldes neoclássicos. Nas últimas décadas, desenvolveram-se três linhas críticas principais ao pensamento neoclássico nesse debate.⁴⁸

Os primeiros, em que pese não possam ser considerados real dissidência da escola neoclássica, são os denominados teóricos das imperfeições do mercado. Esses admitem as falhas de mercado e buscam formas de eliminá-las em nível macro e microeconômico.⁴⁹

O segundo grupo é formado pela chamada nova economia institucional,⁵⁰ que tem como objeto de estudo o campo das instituições sociais, por meio das quais seria possível diminuir os chamados custos de transação, permitindo que o mercado funcionasse de forma mais eficiente, favorecendo o desenvolvimento.⁵¹

Um dos principais representantes desse grupo é, sem dúvida, Douglass North. Para ele, o desenvolvimento é um processo de transformação da ordem social de um determinado país que enseje a transição de uma ordem social de acesso limitado para uma ordem social de acesso aberto.⁵² Em outras palavras, o desenvolvimento pode ser definido como movimento ao longo do espectro das ordens sociais, ou seja, das Ordens de Acesso Limitado (OAL) para uma Ordem de Acesso Aberto (OAA).⁵³

Há um ponto fundamental nessa definição: o desenvolvimento é um processo inserido em um espectro e pode, no curso do tempo, evoluir, permanecer estagnado ou mesmo retroceder.

Nesse sentido, e até para compreender a classificação das ordens sociais nas quais se insere determinado Estado na visão de North, esse deve ser definido no contexto do processo de desenvolvimento. Deve-se, primeiramente, abandonar a ideia de que o Estado detém o monopólio da violência, pois tal afirmação é flagrantemente falsa, em especial em Estados mais frágeis. Em segundo, deve-se abandonar a lógica de que o Estado é um ator isolado e possui como único objetivo o bem comum.

⁴⁸ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 30-31.

⁴⁹ AKERLOF, 1970, p. 482-484.

⁵⁰ SALAMA, 2011, p. 13.

⁵¹ NORTH, 2001, *passim*.

⁵² SALAMA, 2011, p. 18.

⁵³ NORTH, WALLIS, WEBB, WEINGAST, 2007, p. 34.

Sem tais premissas, compreender a atuação do Estado exige diagnosticar o quadro social existente e a influência dos mais distintos grupos de pressão em circunstâncias específicas. Com o intuito de se examinar a classificação acima descrita, North observa que o estudo da história demonstra que o primeiro objetivo das organizações políticas é o de prover ordem e evitar a violência física. Na ausência de um estado minimamente organizado, a violência é endêmica. Assim, a função primordial do Estado é manter a ordem, fazendo com que as pessoas disputem por seus espaços e por vantagens de forma pacífica.⁵⁴

Tal condição pode parecer óbvia, mas no curso da história, e mesmo atualmente, houve e há um grande número de Estados que não cumprem tal função de forma minimamente aceitável. Uma sociedade somente abandona o que North chama de ordem social primitiva (OP) para atingir estágios de ordem social de acesso limitado (OAL), quando for interessante aos detentores do uso da violência a “delegação” de tal atribuição para o Estado. Em verdade, devem haver ganhos perceptíveis para determinada elite em que o Estado controle a violência e consiga manter a ordem sob seu controle.

Nessas sociedades constitui-se uma elite comprometida com a manutenção de uma certa ordem política, econômica e social. É justamente essa elite que, a partir do seu interesse e de sua percepção, dá as notas características de determinada atuação estatal.

As ordens de acesso limitado surgiram como uma solução para o controle de uma sociedade cada vez complexa, exigindo a consolidação de um Estado soberano controlado por uma coalizão integrada por indivíduos pertencentes aos quadros da elite.

De acordo com Salama:

Esta coalizão manipula o sistema político para limitar a entrada e acesso (por não elites) para atividades que geram rendas. Além disso, a coalizão atribui rendas entre as elites para induzir o apoio ao sistema político em vigor. O interbloqueamento entre a política e a economia torna o sistema estável.⁵⁵

Nesse contexto, o que caracteriza os chamados Estados desenvolvidos é o fato de que esses romperam com o padrão das OAL, tornando-se assim ordens de acesso aberto (OAA). Em tais países há um controle efetivo, perene e centralizado da violência. Esse controle está garantido e limitado pelo princípio da legalidade, ou seja, o Estado não atua para além dos limites legais.

Ademais, em uma OAA as organizações não estatais são igualmente sólidas e amparadas pelo estado de direito. Essas organizações apoiam-se em instituições formais e informais consolidadas e, em regra, eficientes.

Por fim, em uma OAA, sua estabilidade política e prosperidade econômica resultam da competição sobre o poder político e sobre as inovações econômicas. Há acesso instrumental para que o indivíduo, a partir de sua liberdade de escolha e esforço pessoal, avance socialmente.

⁵⁴ NORTH, 2005, p. 21.

⁵⁵ SALAMA, 2011, p. 30.

Por seu turno, em maior ou menor medida, nas OAL, o controle da violência é significativamente fragmentário; as organizações não estatais são relativamente dependentes do Estado, bem como o sistema político manipula o sistema econômico de modo que as elites possam obter rendas por meio de uma indisfarçável limitação do acesso às esferas política e econômica.⁵⁶

O terceiro grupo destaca a importância, e com isso se aproxima mais do Direito, dos valores dentro da teoria econômica. Pode-se considerar Amartya Sen como um dos principais expoentes desse grupo. Em sua obra *Desenvolvimento como liberdade*, Sen procura identificar, como o nome do livro indica, o conceito de desenvolvimento com a ideia de liberdade, sendo o desenvolvimento um processo de expansão das liberdades reais e o conceito de liberdade, tanto instrumental quanto finalístico: a liberdade é, a um só tempo, um meio de garantias e um fim em si mesma, por meio da fruição dessas outras liberdades.⁵⁷

Amartya Sen trata o tema do desenvolvimento partindo da perspectiva do indivíduo. Tal postura está presente em suas quatro obras principais sobre o assunto: *Desigualdade reexaminada*; *Desenvolvimento como liberdade*; *As pessoas em primeiro lugar*, em coautoria com Bernardo Kliksberg; e *A ideia de justiça*.

Em *Desigualdade reexaminada*, analisando e buscando aprimorar a teoria da justiça de John Rawls, Sen adota um ideal de igualdade liberal como sendo a igualdade das capacidades básicas de cada indivíduo, defendendo a ideia de que as devidas fronteiras para a igualdade fundamental entre cidadãos devem levar em conta as suas capacidades básicas.⁵⁸

O termo capacidades, para o autor, significa alcançar patamares de vida considerados como relevantes individualmente. Em outras palavras, as capacidades são oportunidades ou liberdades para alcançar aquilo que determinado indivíduo considera como sendo valioso. Aqui há uma nítida influência, e mesmo uma releitura, da teoria das capacidades de Martha Nussbaum.⁵⁹

Tal teoria, a “abordagem das capacidades”, defende que cada pessoa deve considerar as liberdades que favoreçam um incremento na capacidade de escolher aquilo que elas valorizam. Ademais, que se leve em consideração as liberdades instrumentais necessárias para que as pessoas se tornem capazes de trabalhar na remoção dos obstáculos ao acesso a essas liberdades substanciais. Já nessa primeira grande obra, Sen deixa claro que considera como sociedade desenvolvida aquela na qual seus cidadãos possuem a liberdade de escolher a vida que desejam concretamente levar.

Tal ampliação das capacidades humanas envolve as liberdades, ou seja, não há como compreender capacidade de realizar escolhas sem compreender o conceito de exercício de liberdade.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ SEN, 2000, passim.

⁵⁸ SEN, 2011, p. 44.

⁵⁹ NUSBAUM, SEN, 1993, p. 22.

Em “Desenvolvimento como Liberdade”, Sen demonstra que o desenvolvimento é um processo de expansão das liberdades reais desfrutadas pelos indivíduos.⁶⁰ Assim, as liberdades substantivas são tidas como fundamentais para o êxito de uma sociedade, ou, no referencial proposto nessa tese, para o êxito de um Estado nacional.

A maximização do acesso às liberdades substantivas é uma importante via de mão dupla para o próprio desenvolvimento: quanto mais pessoas tiverem suas liberdades preservadas, mais influenciarão sua sociedade de maneira coerente e, com isso, possibilitarão maiores impulsos ao próprio processo de desenvolvimento.⁶¹

É evidente que o crescimento do produto interno bruto (PIB) ou a distribuição de renda são meios relevantes para a obtenção das liberdades individuais, coletivas e difusas, mas há outros fatores determinantes que incidem nesse processo, como as disposições sociais e os próprios direitos fundamentais previstos constitucionalmente.⁶²

A interação entre o desenvolvimento e o exercício da liberdade torna premente a remoção das principais formas de expressão da privação de liberdade, ou seja, a pobreza, a falta de democracia política, a carência de oportunidades econômicas e sociais, a negligência com a prestação dos serviços públicos pelo Estado e a falta de democracia econômica. Tais carências estão presentes em maior ou menor quantidade pelo mundo e esse é o real problema a ser enfrentado pelas políticas desenvolvimentistas.⁶³

Assim sendo, a utilidade da riqueza está nas liberdades substantivas que ela permite obter. Em outras palavras, as pessoas passam a ter uma maior gama de opções por adquirirem determinado patamar de riqueza. Entretanto, mesmo que essa riqueza seja relevante, não é suficiente para garantir o pleno exercício da liberdade de escolha pelo cidadão.⁶⁴

Portanto, o êxito de determinado Estado em alcançar o desenvolvimento está diretamente ligado a sua capacidade de favorecer as liberdades materiais a sua população. Assim, ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo. Está-se diante de um caminho de mão dupla.⁶⁵

A liberdade individual assume uma importância central nessa teoria, já que a abordagem normativa utilizada tem como objetivo principal assegurar a fruição e o exercício desses direitos substantivos, sejam individuais, coletivos ou difusos. Tais assertivas são fundamentais para o processo de desenvolvimento, ficando evidente a relevância do papel de agente do indivíduo, enquanto participante de ações econômicas, sociais e políticas.⁶⁶

Como assevera Salomão Filho:

⁶⁰ MUNHOZ, 2006, p. 89.

⁶¹ SEN, 2000, p. 65

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ SEN, 2000, p. 73.

⁶⁵ MUNHOZ, 2006, p. 54.

⁶⁶ SEN, 2000, p. 68.

Tanto as teorias de North quanto de Sen ressaltam pontos importantes, que devem ser levados em conta em qualquer discussão desenvolvimentista. Ambas pecam, no entanto, por buscar uma explicação unitária no espaço e no tempo para os fenômenos de desenvolvimento econômico e, portanto, sob variados matizes, sugerirem soluções também unitárias para o desenvolvimento.⁶⁷

Contudo, diferenciando a posição de Sen e North em relação a essas soluções unitárias, que podem ser denominadas “cartilhas para o desenvolvimento”, Sen busca inserir valores éticos na avaliação do modelo econômico, bem como assevera em diversos pontos de sua principal obra, acima referida, que os valores culturais de cada sociedade influenciam na construção jurídica em prol do processo de desenvolvimento.

Nesse sentido, os estudos jurídicos sobre o tema devem ter como preocupação principal a definição de quais são os valores fundamentais para a promoção do desenvolvimento. Levando em conta que o fundamento da organização social é jurídico, o desenvolvimento, enquanto processo, depende do autoconhecimento da sociedade. Em outras palavras, a própria sociedade precisa conhecer e entender seus próprios valores aplicados ao campo econômico, localizando as preferências econômicas dos agentes. Para tanto, é preciso que todos sejam capazes de exprimir suas preferências econômicas e que existam meios de transmissão dessas preferências.

Como lembra Salomão Filho:

O conceito de desenvolvimento passa a identificar-se a um processo de conhecimento social que leve à maior inclusão possível, caracterizando-se, portanto, como algo que se poderia apontar como democracia econômica.⁶⁸

Nesse sentido, a regulação estatal da atividade econômica deve fomentar a democracia econômica, identificando os problemas na esfera econômica, alterando com isso seus destinos. Em certa medida, há aqui uma vertente da teoria da escolha social, pois o conhecimento da melhor escolha econômica pela sociedade, no todo e em cada setor, pode ser considerado um valor relevante no processo de desenvolvimento. A análise histórica das duas principais correntes latino-americanas sobre o tema, ambas de origem cepalina, a histórico-estrutural⁶⁹ e a teoria da dependência, demonstra que ambas apontam o alto grau de concentração de poder econômico como um importante inibidor da efetividade das medidas regulatórias adotadas.

Salomão Filho aponta três princípios que devem reger o esforço regulatório em prol do desenvolvimento: (i) o redistributivo, tendo em vista que a ideia de redistribuição

⁶⁷ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 31.

⁶⁸ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 33.

⁶⁹ FURTADO, 2000, p. 10.

integra o próprio conceito de desenvolvimento, inserindo nisto a própria redistribuição do conhecimento econômico; (ii) a diluição dos centros de poder econômico e político dentro de uma determinada sociedade política, o que favorece a difusão de informações e conhecimento; e (iii) o estímulo à cooperação, ainda que se leve em conta que a cooperação deve ser incentivada pela administração pública apenas em certas situações, como esta pesquisa pretende demonstrar.⁷⁰

Ainda sobre desenvolvimento e a intervenção do Estado, Barral afirma que “na verdade, a intervenção do Estado, como certa vez afirmou Franco Montoro ‘não deve ser nem mínima nem máxima, deve ser a necessária’”. E o nível de necessidade dependerá de cada momento histórico e de cada sociedade. O grande desafio para a intervenção do Estado na promoção do desenvolvimento é equilibrar-se entre polaridades, relacionadas com o excesso de intervencionismo e as dificuldades desse intervencionismo. Analisando tais polaridades, tem-se que, em um extremo, o Estado restringe o mercado, em outro, o Estado é o único promotor do mercado. A tarefa do Estado é, para o citado autor, encontrar um meio-termo que não seja uma restrição ao funcionamento do mercado sem ser seu único agente econômico.⁷¹

De outro lado, o Estado, na condução da regulação estatal da economia, tem de almejar um alto grau de eficiência, mas, em muitas situações, a contrapartida dessa eficiência é o aumento dos custos fiscais. Em outras palavras, alguns setores obviamente devem estar nas mãos do Estado, ou porque têm a ver com questões de longo prazo, ou porque não trazem retorno econômico imediato, como é o caso, em certa medida, da saúde e da educação.

Entretanto, há o problema do aumento dos tributos sociais. A situação hoje no Brasil é um quadro de estrangulamento da economia em razão dos custos fiscais. É visível como o aumento dos tributos acaba sendo o fator impeditivo da própria atividade econômica em determinado momento, sem contar as externalidades negativas, tais como o incentivo indireto à sonegação e à corrupção, além de outros custos mortos decorrentes de uma estrutura fiscal com custo muito elevado.⁷²

Ademais, outro “meio-termo” a ser alcançado pela intervenção estatal refere-se ao equilíbrio entre planejamento e dirigismo. Na Constituição Brasileira, o planejamento é uma das obrigações do Estado: segundo ao art. 174 da CF/88, o planejamento deve ser indicativo para o setor privado. Do outro lado encontra-se o dirigismo, em que o Estado determina o comportamento dos agentes privados. Para Barral, “é então que o Estado começa a gerar problemas de eficiência no comportamento dos agentes econômicos, porque começa a dirigir, por exemplo, a forma de como os contratos devem ser firmados”.⁷³

⁷⁰ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 38-39.

⁷¹ BARRAL, 2005, p. 36.

⁷² BARRAL, 2005, p. 38.

⁷³ BARRAL, 2005, p. 38-39.

A complexidade das atividades econômicas e dos diversos setores, bem como a necessária complementaridade entre as regras jurídicas gerais para toda a atividade econômica e os ordenamentos setoriais, exige do Estado um grau de eficiência inédito na história. Cabe ao jurista, em essência, ocupar-se da compreensão do processo de evolução do próprio regime jurídico administrativo no tempo, tendo em vista a necessária e contínua compreensão do Direito Econômico e de suas relações com o mercado nestes dias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, buscou-se demonstrar como a intervenção estatal direta na ordem econômica deu lugar à intervenção estatal indireta, por meio da regulação econômica. Ela surgiu nas últimas duas décadas e contribuiu para o crescimento da economia no Brasil.

Inicialmente, discorreu-se sobre o processo histórico de surgimento da regulação estatal e a melhoria dos resultados na economia após sua implementação. Convém notar que a regulação econômica está em constante processo de evolução, buscando sempre corrigir erros advindos de mudanças nas relações econômicas.

Adentrando o tema central deste trabalho, discorreu-se sobre as diferentes Escolas Clássicas que estudam o tema e seus posicionamentos: a Escola Neoclássica da Regulação e a Escola do Interesse Público. A primeira não admite que haja qualquer fundamento de interesse público na regulação e afirma que ela serve para a proteção à indústria, e não para a proteção do interesse público. Já a Escola do Interesse Público defende que existem duas formas de regulação: a concessão de serviço público e o exercício do poder de polícia. Ambas as posições, apesar de divergirem sobre o tema, entendem que o dinamismo do domínio econômico não permite ao direito pretender qualquer perenidade no que tange ao ambiente institucional. Dessa forma, as regras administrativas devem acompanhar a evolução estrutural das relações econômicas, devendo ser constantemente revisadas.

Na sequência, estudou-se sobre a regulação na prática da Administração Pública e os instrumentos regulatórios que possibilitam o desenvolvimento econômico e social. O Estado, para exercer seu poder regulatório, cria entes ou órgãos especializados, dotados de autonomia, que atuam com base nos princípios gerais que regem a Administração Pública. São as agências reguladoras que devem observar em seus atos o princípio da legalidade e a supremacia do interesse público.

Nesse cenário, há uma extrema especialização dos setores e das normas que os regulam, o que faz surgir para os operadores do Direito a difícil tarefa de compatibilizar as diversas normas que surgem a partir da atividade regulatória do Estado, procurando interpretar e integrar eventuais colisões e antinomias entre normas em cada caso.

Apurou-se, assim, que o Estado é fundamental para que haja desenvolvimento econômico. Ele deve fiscalizar os agentes privados, para que haja uma harmonização entre interesses públicos e privados. Além disso, o Estado deve proibir, delimitar ou sancionar atos que afrontem a economia do país. Diante da complexidade do mercado econômico, o Estado deve buscar cada vez mais se especializar e ser mais eficiente, para que seja

possível alcançar os objetivos almejados, principalmente o crescimento econômico e social do país.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. In: *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 113, Jan. 2000.
- AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006.
- AKERLOF, George A. The market of lemons: quantitative uncertainly and the market mechanism. In: *Quarterly Journal of Economics*, n. 84, 1970.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a “regulação” no direito positivo brasileiro. In: *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 69-94, out./dez. 2005.
- ALVAREZ, Jose E. Promoting the “rule of law” in Latin America: problems and prospects. In: *George Washington Journal of International Law and Economics*, n. 25, 1991.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BARRAL, Welber. Desenvolvimento e sistema jurídico: a busca de um modelo teórico. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Teoria jurídica e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.
- BRUNA, Sérgio Varella. Procedimentos normativos da Administração e desenvolvimento econômico. In: *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BURG, Elliot M. Law and development: a review of the literature and a critique of “scholars in self-estrangement”. In: *American Journal of International Law*, n. 25, 1975.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DEMSETZ, Harold. Why regulate utilities. *Journal of Law and Economic*, n. 11, 1968.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

- FURTADO, Celso. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera política: investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução de Flavio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- KEYNES, John Maynard. *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- KLAES, Matthias. The birth of the concept of transaction costs: issues and controversies. In: *Industrial and Corporate Change*, v. 9, n. 4, Dec. 2000.
- LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento e direitos humanos*. 2. ed. São Paulo, Paz e Terra, 2006.
- LAUBADÈRE, André de. *Direito público econômico*. Tradução de Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MCAUSLAND, Patrick. *Law, governance and the development of the market: practical problems and possible solutions in legal and institutional reform in developing countries*. London: MacMillan, 1997.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 1992.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988.
- MUNHOZ, Carolina p. B. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2006.
- NORTH, Douglass C. *Understanding the process of economic change*. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- NORTH, Douglass C.; WALLIS, John; WEBB, Steven; WEINGAST, Berry. Limited access orders in developing countries: a new approach to the problems of development. *World Bank Policy Research Working Paper*, n. WPS 4359, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1015978>.

- NUSBAUM, Martha C.; SEN, Amartya (ed.). *The quality of life*. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- POSNER, Richard. Theories of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, n. 5, 1974.
- RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. Cooperação e desenvolvimento: a regulação da atividade reguladora. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ROSTOW, Walt Whitman. *The stages of economic growth: a non-communist manifest*. Cambridge: Cambridge University Press, 1956.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. *Estado de direito e o desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia*. Porto Alegre: SAFE, 2000.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Anchor Books, 2000.
- STIGLER, George J. The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, n. 2, 1971.
- STIGLER, George J.; FRIEDLAND, Claire. What can regulators regulate? The case of electricity. *Journal of Law and Economics*, n. 5, 1962.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências regulatórias. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo Malheiros, 2000.
- TRUBEK, D. M. Toward a social theory of Law: and essay on the study of law and development. In: *The Yale Law Journal*, v. 82, n. 1, Nov. 1972.
- TRUBEK, D. M.; GALANTER, M. Scholars in self-estrangement: some reflections on the crises in law and development studies in the United States. In: *Wisconsin Law Review*, n. 4, 1974.
- TRUBEK, David. *The "rule of law" in development assistance: past, present, and future*. Madison: University of Wisconsin-Madison, 2003.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Porto Alegre: SAFE, 2007.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ARBITRABILIDADE SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: COMPETÊNCIAS E PECULIARIDADES*

SUBJECTIVE ARBITRABILITY OF ADMINISTRATIVE ENTITIES: COMPETENCES AND PECULIARITIES

JOÃO PEDRO ACCIOLY

Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor Substituto de Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogado. Consultor.
Endereço eletrônico: jacciolyteixeira@gmail.com.

SUMÁRIO: Nota introdutória - 1. Administração e arbitrabilidade subjetiva - 2. Competência para a celebração de convenções de arbitragem - 3. Peculiaridades do regime jurídico arbitral das empresas estatais - Apontamentos conclusivos - Referências.

RESUMO: Este artigo busca examinar um tema aparentemente exaurido: a discussão quanto à arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública brasileira. Nas páginas seguintes, analisa-se, sob o enfoque federalista, a regulamentação da arbitrabilidade subjetiva de entidades administrativas, a competência para a celebração de convenções arbitrais e as peculiaridades do regime jurídico arbitral aplicável às empresas estatais, particularizando-se o caso das estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito em concorrência com a iniciativa privada.

PALAVRAS-CHAVE: arbitragem; administração pública; arbitrabilidade; arbitrabilidade subjetiva; estatais concorrentes.

ABSTRACT: This paper seeks to examine an apparently exhausted topic: the discussion about the subjective arbitrability of the Brazilian Public Administration. In the following pages, it is analyzed, under the federalist approach, the regulation of the subjective arbitrability of administrative entities, the competence for the conclusion of arbitration agreements and the peculiarities of the arbitration legal regime applicable to state-owned enterprises, particularizing the case of state-owned companies that exploit economic activity in competition with private enterprises.

KEYWORDS: arbitration; public administration; arbitrability; subjective arbitrability; state-owned enterprises.

* Data de recebimento do artigo: 05.04.2019.
Datas de pareceres de aprovação: 20.05.2019 e 29.05.2019.
Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 15.07.2019.

NOTA INTRODUTÓRIA

A arbitragem é um instrumento extrajudicial de heterocomposição de conflitos de interesses, informado pela celeridade, *expertise*, consensualidade, confidencialidade e informalidade procedimental.¹ Trata-se de mecanismo privado, mas com caráter jurisdicional, pelo qual as partes de uma disputa delegam a um terceiro imparcial o poder de solucionar o conflito por elas travado.²

O árbitro, assim, substituirá as vontades contendentes pela solução que reputar justa, de acordo com o critério escolhido pelos próprios litigantes (direito positivo, equidade, princípios gerais do direito, usos e costumes, *lex mercatoria* etc.).³

No Brasil, o processo de admissão das arbitragens tem sido longo e acidentado. Houve até quem questionasse a constitucionalidade dos procedimentos arbitrais realizados entre particulares, a respeito de direitos incontroversamente patrimoniais e disponíveis, mesmo após a edição de diploma autorizativo: a Lei nº 9.307, 23 de setembro de 1996.⁴ Alegava-se, nesse caso, violação à cláusula constitucional de acesso à justiça (CRFB/88, art. 5º, XXXV).

¹ NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3.

² ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 14: "A arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas; os árbitros são juízes indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de arbitragem; na arbitragem existe o 'julgamento' de um litígio por uma 'sentença' com força de coisa julgada". SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem, mediação e conciliação*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 2: "A arbitragem pode ser definida, assim, como meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida".

³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 51-52: "A arbitragem - meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial - é colocada à disposição de quem quer que seja, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distância da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de tal sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes)".

⁴ A constitucionalidade da Lei da Arbitragem chegou a ser discutida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do processo de homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence. Naquela oportunidade, 12.12.2001, quatro ministros da Corte se posicionaram pela inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei 9.307/96. Na literatura, remete-se à posição de: LIMA, Alcides de Mendonça. O juízo arbitral em face da Constituição. *In: Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 383-385, 1969.

Nos domínios da Administração, a aceitação do foro arbitral foi ainda mais conturbada e demorada.⁵ Na sistematização de Marco Antonio Rodrigues,⁶ três óbices constitucionais eram geralmente opostos à utilização da arbitragem para dirimir litígios administrativos: (i) o princípio da legalidade (artigo 37, *caput*, da Constituição);⁷ (ii) a indisponibilidade do interesse público (princípio de esteio doutrinário; sem base normativa) e (iii) o princípio da publicidade (também inscrito no artigo 37, *caput*, da Constituição). O disposto no artigo 55, parágrafo 2º, da Lei 8.666⁸ era também, com alguma frequência, invocado pelos que entendiam não ser possível a submissão da Fazenda Pública a juízo arbitral.

Antes da reforma da Lei da Arbitragem, embora já se constatasse forte tendência *favor arbitratis* no direito público brasileiro (liderada, em especial, pelo Superior Tribunal de Justiça),⁹ a possibilidade de participação de entidades administrativas em arbitragens ainda estava longe de ser um consenso - renitentes decisões do Tribunal de Contas da União confirmam o diagnóstico.¹⁰

Com a edição da Lei 13.129/2015, contudo, esvaziaram-se as teses que pugnavam pela total inarbitrabilidade subjetiva da Administração Pública. O § 1º, acrescido ao art. 1º da Lei 9.307/96, é cristalino, ao estabelecer que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Nessa nova fase, a discussão passa a girar em torno de questões mais concretas (e, talvez, mais desafiadoras): a execução de sentenças arbitrais desfavoráveis à Administração, as arbitragens intra-administrativas, o grau de publicidade dos procedimentos, os poderes

⁵ Para que se possa dimensionar o quanto, chegou-se a propor emenda à Constituição (PEC nº 29) para impedir que pessoas de direito público pudessem se submeter à arbitragem. O Tribunal de Contas da União, por seu turno, exarou um sem número de decisões declarando a injuridicidade dos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública (e.g., Decisão 286/93, Decisão 394/95, Acórdão 584/03, Acórdão 1271/05 e Acórdão 1099/06).

⁶ RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 392-293.

⁷ Em linhas gerais, argumentava-se que, na ausência de expressa lei autorizativa, a Administração não poderia se submeter à arbitragem. Os adeptos dessa tese lançavam mão de uma visão oitocentista do princípio da legalidade, advogando que todos os atos da Administração deveriam ter o conteúdo preestabelecido pelo legislador.

⁸ Lei nº 8.666/1993, art. 55, § 2º: “Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei”. Defendendo que tal dispositivo configuraria empecilho à realização de arbitragens que envolvessem a Administração Pública, v. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 95.

⁹ Ilustrativamente, citam-se os seguintes precedentes: STJ, REsp 612.439/RS, rel. Min. João Otávio Noronha, DJ 14.09.2006: “São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF (LGL\1988\3), art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste”; STJ, REsp 612.345/RS, rel. Min. João Otávio Noronha, DJ 14.09.2006; STJ, AgRg no MS 11.308/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.08.2006; STJ, EDcl no AgRg no MS 11.308/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJ 30.10.2006.

¹⁰ Exemplificativamente, vejam-se os seguintes julgados do Plenário do TCU: Acórdão nº 286/1993, Acórdão nº 188/1995, Acórdão nº 584/2003, Acórdão nº 537/2006, Acórdão nº 341/2008, Acórdão nº 2573/2012.

arbitrais associados à análise da juridicidade de atos da Administração e, sobretudo, a definição exata do espectro de arbitrabilidade objetiva incidente quando uma das partes do procedimento seja ente ou entidade administrativa.¹¹

Os desafios colocados, conquanto menos abstratos, são urgentes. Pior do que a inadmissão *in totum* da arbitragem no Direito Administrativo, é a patológica e persistente indefinição quanto ao que se pode ou não arbitrar - por exemplo.¹²

Se, num primeiro momento, garantiu-se a possibilidade abstrata de o Estado dirimir conflitos pelo método arbitral, é chegada a hora de consolidar a via que fora aberta; asfaltá-la, desenhar as faixas, construir acostamentos, fixar as placas. Enfim, prover a segurança (*jurídica*) necessária à sua utilização adequada e efetiva.

Este artigo busca examinar um tema aparentemente exaurido: a discussão quanto à arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública brasileira. Há, todavia, relevantes questões insepultas. Nas páginas seguintes, analisa-se, sob o enfoque federalista, a regulamentação da arbitrabilidade subjetiva de entidades administrativas, a competência para a celebração de convenções arbitrais e as peculiaridades do regime jurídico arbitral aplicável às empresas estatais, particularizando-se o caso das estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito em concorrência com a iniciativa privada.

1. ADMINISTRAÇÃO E ARBITRABILIDADE SUBJETIVA

A arbitrabilidade denota a possibilidade jurídica de se submeter determinado conflito de interesses à composição arbitral. Assim, a um só tempo, ela se traduz como condição de validade da convenção de arbitragem, bem como fixa os raios da competência dos árbitros.¹³

¹¹ Há muitas outras questões práticas pendentes de resolução que escapam dos objetos de pesquisa abrangidos por esta obra. Algumas delas são enumeradas por OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A agenda da arbitragem com a Administração Pública: 'mais do mesmo' ou há espaço para inovação?* In: CONTRAPONTO jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 31: "No que tange à concretização da via arbitral, sobre a escolha da Câmara Arbitral e indicação dos árbitros, quais os procedimentos legais e administrativos devem ser seguidos quando o Estado é parte na arbitragem? A presença do interesse público modifica o procedimento arbitral em si e provoca mudanças no modo de condução do processo pelo Tribunal Arbitral? Se a publicidade desse procedimento impera nos termos da Lei Brasileira de Arbitragem, a quem é dirigido o dever de publicidade: partes, Tribunais e Câmaras Arbitrais? Tratando-se de um litígio administrativo de caráter público, é possível a intervenção de *amicus curiae* no processo arbitral? Uma vez expedido o laudo arbitral e sendo vencida a Fazenda Pública, pode haver cumprimento espontâneo da decisão ou o vencedor haverá de executá-la pela via dos precatórios? Como devem se posicionar os Tribunais Arbitrais diante de alegações de corrupção nos contratos públicos? E ainda: muitos advogados públicos pretendem exercer a advocacia pública concomitantemente à privada e à função privada. Não existiria aí um imaneente conflito de interesses?"

¹² Em alguns casos relevantes, tribunais arbitrais foram suspensos, por decisão liminar, logo após serem instituídos. A contenda judicial quanto à extensão de suas competências se arrasta com alguma frequência até o Superior Tribunal de Justiça (e.g., CC nº 139519 - ainda em julgamento), consumindo anos e, por vezes, mesmo décadas. Nesse cenário, valores fundamentais às arbitragens - como a segurança jurídica e a celeridade - são frustrados antes mesmo de a atividade cognitiva se iniciar.

¹³ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 213.

O instituto subdivide-se em dois componentes: o subjetivo e o objetivo. O escopo de arbitrabilidade objetiva dos conflitos envolvendo a Administração é traçado com base em categorias imprecisas e impróprias ao Direito Público, o que gera desafios teóricos significativos e diversas dificuldades práticas.¹⁴ O ponto, no entanto, não será aqui tratado.¹⁵

Analise-se, neste artigo, sempre na perspectiva dos conflitos com pessoas estatais, a arbitrabilidade subjetiva: quais partes podem se vincular a procedimentos arbitrais e como?

A discussão quanto à arbitrabilidade subjetiva é menos tortuosa do que aquela relativa à dimensão objetiva do instituto. Em linhas gerais, apenas se exige das partes a demonstração de plena capacidade civil.

Na dicção da Lei nº 9.307/1996, “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”.¹⁶ Como lembra Carmen Tiburcio, ao comentar o critério legal, “a opção pelo juízo arbitral não se presume, nem pode ser imposta, devendo decorrer da vontade expressa das partes, formalizada por escrito”.¹⁷

Nada mais lógico: as pessoas, naturais¹⁸ ou jurídicas,¹⁹ que não puderem validamente se vincular por intermédio de negócios jurídicos não poderão se submeter à arbitragem. No que toca às arbitragens entre particulares, portanto, ressalvados casos manualescos, a matéria não apresenta maiores dificuldades.

Na esfera da Administração Pública, contudo, a arbitrabilidade subjetiva sempre suscitou embates, perplexidades e dúvidas. A primeira delas foi resolvida pelo legislador, com a edição da Lei nº 13.129/2015, que esclareceu que tanto as entidades da Administração

¹⁴ O problema tem redundado, com frequência preocupante, em metalitigiosidade: antes de examinar-se o mérito da disputa, passam-se anos discutindo judicialmente a competência do foro arbitral para examiná-lo. As medidas antiarbitrais, na maior parte dos casos em sede liminar, têm sido vulgarmente adotadas em relação a procedimentos envolvendo a Administração Pública e a contenda judicial quanto à extensão da competência da autoridade arbitral, por vezes, se arrasta, anos a fio, até o Superior Tribunal de Justiça (como ocorreu no CC nº 139.519). Nesse cenário, valores informadores do instituto arbitral - como a segurança jurídica e a celeridade - são frustrados antes mesmo de a atividade cognitiva se iniciar.

¹⁵ Busquei analisar, com a profundidade requerida pelo tema, a arbitrabilidade objetiva dos conflitos com a Administração Pública no seguinte livro: ACCIOLY, João Pedro. *Arbitragem em conflitos com a Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 59-124.

¹⁶ Em idêntico sentido, dispõe o Código Civil de 2002, art. 851: “É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

¹⁷ TIBURCIO, Carmen. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: arbitrabilidade subjetiva e objetiva: histórico e situação atual. In: MUNIZ, Joaquim *et al.* (org.). *Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018. p. 113.

¹⁸ De acordo com o Direito brasileiro, a aquisição da capacidade civil plena das pessoas naturais é regida pela Lei do lugar em que tenham domicílio. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 7º: “A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”.

¹⁹ De acordo com o Direito brasileiro, a aferição da capacidade civil de pessoas jurídicas deve ser feita à luz da legislação vigente no local de sua constituição. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 11: “As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem”.

Indireta, pessoas jurídicas de direito privado e de direito público, como a Administração Direta podem utilizar-se da arbitragem.

Antes da reforma legislativa, muitos autores e tribunais consideravam que apenas as estatais exploradas de atividade econômica em regime de concorrência estavam autorizadas a participar de arbitragens.²⁰ Outros defendiam que a submissão de entidades administrativas a procedimentos arbitrais dependia de autorização legislativa expressa. De certo, havia muita resistência quanto à admissão da Administração Direta como parte em arbitragens.

A Lei nº 13.129/2015, com clareza categórica, dissipa questionamentos e objeções. O diploma reconheceu a arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública como um todo - entes políticos, autarquias, fundações, consórcios, empresas públicas e sociedades de economia mista.

São necessárias, contudo, duas observações. Em primeiro lugar, apenas pessoas jurídicas em sentido estrito - de direito privado ou público - podem ser partes de processos judiciais²¹ ou arbitrais. Com isso, órgãos públicos despersonalizados não podem ser (diretamente) partes de arbitragens; seguramente não das regidas pela Lei nº 9.307/1996. Os órgãos da Administração Direta devem ser representados, em juízo (estatal ou arbitral), pelo ente político ao qual pertençam.²²

Em segundo lugar, impõe-se analisar uma questão de competência legislativa - que também virá à tona no tratamento do próximo tópico. A Lei nº 9.307/1996 é aplicável a todos os entes federativos quando trata de questões relativas ao direito processual (arbitragem) ou ao direito civil (contratos) - por força do disposto no art. 22, I, da Constituição Federal.

A participação em arbitragens de pessoas administrativas é, contudo, matéria sujeita à competência legislativa comum, com o filtro da autonomia federativa. Embora os entes locais (Estados, Distrito-Federal e Municípios) não possam ampliar, por exemplo, o escopo de arbitrabilidade objetiva traçado pela Lei Federal (no que estariam legislando sobre matéria de competência privativa da União), é dado a eles dispor restritivamente a respeito da participação de seus componentes nos procedimentos.

²⁰ O professor Luís Roberto Barroso, em um primeiro momento, chegou mesmo a se manifestar pela inviabilidade de sociedade de economia mista prestadora de serviço público participar de arbitragens sem autorização legal específica para tanto. (Cf. BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público, cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal: inviabilidade. In: Temas de direito constitucional. *Doutrinas essenciais de direito administrativo*. São Paulo, 2012. v. 4. p. 1257-1294).

²¹ Na esfera judicial, tem-se admitido excepcionalmente a personalidade judiciária de órgãos públicos de cuspide apenas para a defesa de seus interesses institucionais. Nesse sentido, orienta a Súmula nº 525 do STJ: "A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais".

²² Os órgãos públicos podem ser partes de procedimentos de arbitramento intra-administrativos, como aquele processado perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF). Nesse sentido, ver: ACCIOLY, op. cit., p. 147-168.

A princípio, ressalvado o caso das empresas estatais concorrentes,²³ seria lícito até mesmo que um Estado ou Município proscrevesse, em absoluto, a participação de todas as pessoas a ele vinculadas em arbitragens.

Na inexistência de disciplina local, contudo, não há óbice jurídico para que os entes infranacionais (e as entidades que os constituam) invoquem a Lei Federal nº 9.307/1996 como fundamento para a sua participação em procedimentos arbitrais.²⁴

2. COMPETÊNCIA PARA A CELEBRAÇÃO DE CONVENÇÕES DE ARBITRAGEM

A Lei nº 13.129/2015 buscou definir a autoridade administrativa competente para a celebração da convenção de arbitragem, introduzindo ao art. 1º da Lei nº 9.307/1996, um segundo parágrafo, com o seguinte conteúdo: “A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações”.

O primeiro comentário a ser feito é que essa disposição é aplicável apenas à Administração Pública Federal Direta. A definição das autoridades e órgãos com poderes para celebrar contratos, inclusive convenções arbitrais, é matéria sujeita à competência legislativa de cada ente federativo, até como corolário da autonomia administrativa e organizacional que as unidades da Federação devem gozar.

Portanto, os entes locais são competentes para editarem regras diversas ou, na ausência de norma específica sobre o assunto, recorrerem a recursos hermenêuticos para integrar tal lacuna (e.g., extensão analógica ou teoria dos poderes implícitos).

No âmbito da União, para o qual a norma é aplicável, é o art. 1º da Lei nº 9.469/1997, com a redação dada pela Lei nº 13.140/2015, que define as autoridades responsáveis pela celebração de acordos e transações:

Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais. (Redação dada pela Lei nº 13.140, de 2015).

²³ No caso das empresas estatais sujeitas ao regime de livre concorrência, seria discutível a possibilidade de interdição legislativa de sua capacidade de firmar convenções arbitrais. Isso porque o art. 173, § 1º, II, da Constituição, estabelece um regime de paridade jurídica entre elas e as empresas privadas. A doutrina administrativista tem ressaltado que essa paridade deve ser observada nos ônus e nos bônus; ou seja, não seria possível nem criar benefícios inextensíveis às empresas privadas, nem encargos peculiares (além daqueles previstos pela própria Constituição). Nesse sentido, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 115-117.

²⁴ TIBURCIO, op. cit., p. 119.

A princípio, competiria ao Advogado-Geral da União celebrar convenções de arbitragem que vinculem a Administração Pública Federal Direta. Ao menos diretamente, a segunda parte do critério não seria aplicável, porquanto o art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.307 trata apenas da competência para a celebração do compromisso na Administração Pública Federal Direta.²⁵

A solução adotada, em todo caso, não foi feliz e a sua leitura mais literal sequer se compatibiliza com a Constituição. Como bem captado por Carmen Tiburcio, são diversos os órgãos da Administração Direta que celebram contratos e a regra indigitada acabaria por transferir, ao menos parcialmente, essa competência para os advogados públicos - o que, além de subverter a lógica do processo decisório administrativo, promove uma equivocada compreensão de que a decisão pela arbitragem seria puramente técnica.^{26 27}

Além disso, não se pode olvidar que a Constituição reserva ao Presidente República iniciativa privativa para as leis que disponham sobre organização administrativa (CF/88, art. 61, § 1º, II, b), no que se inserem a distribuição de competências entre os órgãos da Administração.

A Lei nº 13.129/2015 resulta do Projeto de Lei do Senado nº 406/2013, de autoria do Senador Renan Calheiros (PMDB/AL). Não poderia tal diploma, de iniciativa parlamentar, atribuir competências à Advocacia Pública para a celebração de contratos (convenções arbitrais) - muito menos quando isso implica a subtração de poderes de órgãos da Administração Direta, que, por definição, são hierarquicamente subordinados ao Chefe do Poder Executivo.

A interpretação literal do critério previsto pelo art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.307/1996 induziria a sua inconstitucionalidade. Assim, justifica-se a interpretação do dispositivo

²⁵ Lei nº 9.307/1996, art. 1º, § 2º: "A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações". Redação dada pela Lei nº 13.129/2015.

²⁶ TIBURCIO, op. cit., p. 120: "A submissão (ou não) de um litígio, atual ou potencial, à arbitragem não decorre de uma avaliação meramente técnica. Sem dúvidas, há elementos jurídicos a serem considerados (como a arbitrabilidade objetiva), mas é igualmente evidente que eles não esgotam a reflexão a ser feita. Do fato de a opção pela arbitragem ser viável juridicamente não decorre que se deva ou mesmo que seria preferível fazê-lo. Há aqui um inevitável espaço de discricionariedade administrativa, a ser preenchido por um juízo de conveniência e oportunidade que só as mais elevadas autoridades de cada pasta, órgão autônomo ou Poder, ou dirigente da empresa, fundação ou autarquia, por sua posição institucional, poderiam realizar (sem prejuízo da possibilidade de delegação)".

²⁷ Essa também não parece ter sido a intenção do legislador, que rejeitou proposta de emenda que atribuía aos órgãos de representação judicial da Fazenda Pública a competência para celebrar as convenções arbitrais. Embora o critério que prevalecera, aplicado em conjunto com o disposto pela Lei nº 9.469/1997, teoricamente leve ao mesmo resultado da emenda rejeitada; o objetivo do parlamento claramente era afastar o poder de decidir pela arbitragem dos advogados públicos. Nesse sentido, veja-se o Parecer do relator do PLS Nº 406/2013 pela rejeição parcial da Proposta de Emenda nº 07, apresentada pelo Senador Gim Argelo. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4412865&disposition=inline>. Acesso em: 26 jul. 2018.

conforme a Constituição e, em linha com as lições do pragmatismo jurídico,²⁸ atenta ao contexto concreto da Administração Pública brasileira.

A solução mais consentânea aos ditames constitucionais, à prática administrativa e à estrutura jurídica que rege a contratação administrativa está na observância do sistema bifurcado que existe nas contratações públicas em geral, exatamente como previsto pelo art. 7º do Decreto nº 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro.²⁹

Assim, enquanto à Advocacia Pública deve competir o exame e a aprovação, sob a ótica da higidez jurídica, de editais e minutas contratuais;³⁰ toca à autoridade máxima de cada Poder, Órgão Autônomo, Ministério, empresa estatal, fundação, autarquia ou consórcio, ou ainda a eventual agente delegatário, decidir, no exercício de intransferível margem de discricionariedade, pelo firmamento ou não de convenção arbitral.³¹

3. PECULIARIDADES DO REGIME JURÍDICO ARBITRAL DAS EMPRESAS ESTATAIS

Embora diferenciações específicas permeiem o texto, como no caso da execução de sentenças arbitrais,³² o seu intuito primeiro é esclarecer que não existe um só regime jurídico arbitral homogênea e indistintamente aplicável à Administração Pública, como um todo.

Mais especificamente, enfoca-se, nesta seção, o regime arbitral aplicável às empresas estatais, particularizando-se ainda o regime das estatais que, por explorar atividade econômica em sentido estrito, sujeitam-se ao dever de equânime concorrência com as empresas particulares.

A Lei nº 13.303/2016 trouxe mudanças relevantes aos contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista. Em seu art. 68, aponta que tais avenças “regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado”.

²⁸ Nos últimos anos, o Direito brasileiro tem incorporado, de modo mais sistemático e teorizado, algumas das teses centrais do pragmatismo jurídico, em especial a do consequencialismo (que, ao lado do antifundacionalismo e do contextualismo, constituiria a matriz pragmatista - esquema simplificado do eixo conceitual dessa escola de pensamento que fora idealizado por Thamy Pogrebinski). Seja pelo pioneirismo, pela densidade ou pelo didatismo, a obra de referência sobre o assunto é a versão comercial da Tese de Doutorado de José Vicente Santos de Mendonça (*Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018).

²⁹ Decreto nº 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro, art. 7º: “Caberá, exclusivamente, ao Secretário de Estado responsável pela ordenação de despesas a celebração de contratos contendo cláusula compromissória, bem como a assinatura de compromisso arbitral, ouvida, previamente, a Procuradoria Geral do Estado”.

³⁰ Nessa linha, dispõe o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993: “As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”.

³¹ A solução também é defendida por TIBURCIO, op. cit., p. 121.

³² Nesse sentido, ver: ACCIOLY, João Pedro. O cumprimento de sentenças arbitrais desfavoráveis à Administração Pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 989, p. 25-54, 2018.

Em seu art. 72, a Lei repele as chamadas cláusulas exorbitantes; os poderes unilaterais da Administração contratante. Estabelece o dispositivo: “os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes”.

No parágrafo único do art. 12, autoriza-se previsão estatutária de resolução de disputas entre acionistas ou entre acionistas e a respectiva sociedade de economia mista mediante arbitragem.³³

Todas essas disposições apontam para uma aproximação íntima do regime arbitral das empresas estatais, entidades que, embora pertencentes à Administração Pública, possuem natureza jurídica de direito privado, àquele aplicável aos particulares em geral.

Essa aproximação, por diretriz constitucional, precisa ser ainda mais intensa no caso das sociedades de economia mista e empresas públicas que concorrem com a iniciativa privada. Como se sabe, em seu art. 173, § 1º, II, a Constituição impõe às estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

A doutrina costuma se referir à regra transcrita como *princípio da paridade de regimes jurídicos*³⁴ e o seu objetivo fulcral é repelir a concorrência desleal, ao afastar das estatais, ressalvadas as exceções com sede constitucional, benefícios ou ônus inexistentes para as empresas privadas que com elas competem.

Restrições à arbitrabilidade objetiva, à sede, à língua e aos critérios utilizados pelos árbitros podem criar obstáculos severos à exploração da atividade visada pela empresa pública ou sociedade de economia mista, que precisa ser necessária à promoção de “imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo” para autorizar a criação de qualquer estatal.

Cláusulas arbitrais, alinhadas aos padrões internacionais do setor econômico, costumam ser exigidas em contratos comerciais ou de financiamento, especialmente entre partes de nacionalidades distintas.³⁵ Criar embaraços ao uso da arbitragem por estatais concorrentes é impedir a consecução eficiente de seus objetivos constitucionais e legais.

À luz do disposto pelo art. 173, § 1º, II, da Constituição, a solução hermenêutica adequada parece ser a equiparação, mais próxima quanto possível, do regime jurídico arbitral das estatais concorrentes àquele aplicável às empresas privadas.

³³ Lei nº 13.303/2016, art. 12, parágrafo único: “A sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social”.

³⁴ Tratamento detalhado e crítico do princípio pode ser encontrado em: ARAGÃO, op. cit., p. 106-117.

³⁵ ARAGÃO, op. cit., p. 115: “a partir do momento em que o Estado, por razões de relevante interesse coletivo decide, por lei, atuar em determinado setor econômico, também franqueado à iniciativa privada, deve possuir os instrumentos de eficiência necessários para poder atuar eficazmente, não sendo admissível que o ordenamento jurídico lhe dê a missão de atuar no mercado, o que pressupõe a agilidade e a agressividade inerentes às atividades econômicas concorrenciais, e lhe retire os meios, impondo-lhe uma série de estorvos não presentes nas suas concorrentes privadas”.

Naturalmente, contudo, haverá derrogações constitucionais desse regime de paridade.³⁶ Não examinaremos nenhuma delas neste trabalho, mas podemos ilustrar o ponto, com breve menção, sem pretensão de exaustividade, ao confronto entre a típica confidencialidade dos procedimentos arbitrais com o dever de publicidade imposto à Administração Pública.³⁷

À Administração Pública direta e autárquica impõe-se o dever de ampla transparência; donde a regra deve ser a larga publicidade dos autos arbitrais, a ser afastada muito excepcionalmente, em decisão justificada e na menor extensão possível, para proteger a intimidade de particulares ou para a tutela da segurança nacional e da soberania.^{38 39}

O princípio da publicidade não pode ser aplicado, nessa mesma extensão, às estatais concorrentes, cujos interesses comerciais, sensíveis e estratégicos, são ínsitos às atividades que lhes cabem explorar. Por isso, nesse caso, a solução mais adequada, a título de regra, parece ser a publicização dos procedimentos arbitrais apenas para os órgãos de controle competentes.⁴⁰

E assim por diante. Deve-se emprestar às estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito regime jurídico arbitral análogo ao das empresas privadas, com os inevitáveis influxos do regime administrativo decorrentes da Constituição.

Apenas no caso das empresas estatais prestadoras de serviço público, não submetidas ao regime concorrencial, imagina-se, diante da orientação jurisprudencial⁴¹

³⁶ ARAGÃO, op. cit., p. 116: “É óbvio que, por ser uma atuação estatal, nunca estará totalmente livre dos parâmetros de atuação republicanos, mas estes devem lhe ser aplicados na estrita medida necessária e sempre considerando as necessidades de sua atuação eficiente no mercado”.

³⁷ Análise interessante do tema é feita por: ARAÚJO NETO, Pedro Irineu de Moura. A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade. *Revista de Informação Legislativa*, ano 53, n. 212, 2016. p. 139-154.

³⁸ Aqui, pode-se invocar, pela via integrativa da analogia, o disposto no art. 189 do Código de Processo Civil de 2015 e na Lei nº 12.527/2011.

³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Acesso à informação, os princípios da Lei n 12527/2011. *Quaestio Juris*, v. 8, n. 3, 2015, p. 1748: “Nos termos da Constituição, a publicidade será sempre a regra, e o sigilo dos atos do Poder Público apenas é admitido para preservação da intimidade e quando seja necessária à segurança da sociedade e do Estado. Entretanto, não basta a invocação genérica da intimidade ou da segurança da sociedade e do Estado para que o sigilo seja justificado. A opção pelo sigilo não é livre à autoridade, devendo ser apresentadas, publicamente, as razões pelas quais se considera que a informação deve ser mantida em sigilo. A publicidade das razões para o ato do Poder Público que decidiu pelo sigilo é obrigatória, até para viabilizar o controle pelo Poder Judiciário. Uma vez que a publicidade dos atos públicos não é uma faculdade do agente público, mas um dever, a sua não aplicação a determinado caso poderá sofrer escrutínio”.

⁴⁰ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. Arbitragem, Administração Pública e confidencialidade. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 9 nov. 2018.

⁴¹ Cita-se, por exemplo, os precedentes que sujeitaram as estatais prestadoras de serviço público à execução pelo regime de precatórios. (Veja-se: STF, Recurso Extraordinário nº 220.906, relatado pelo Min. Maurício Corrêa, *DJ* 14.11.2002; STF, Primeira Turma, RE 627242 AgR, Rel. p/ Acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, *DJe* 25.05.2017; STF, Tribunal Pleno, ADPF 387, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 25.10.2017). Subscrovo as críticas que os administrativistas têm tecido ao entendimento jurisprudencial consagrado pelo STF. Críticas

e especialmente no que tenha a ver mais diretamente com o serviço público prestado, um maior distanciamento do regime jurídico arbitral privado - no que toca, por exemplo, à própria extensão do dever de publicidade nos procedimentos e, também, à execução das sentenças arbitrais.⁴²

APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

Embora o Congresso Nacional, por ocasião da reforma da Lei de Arbitragem, tenha expressamente admitido que a “administração pública direta e indireta” se valha de tal método de resolução de conflitos, algumas questões, de viés mais prático, parecem carecer de elucidação.

O primeiro aspecto a ser destacado é que apenas pessoas jurídicas em sentido estrito - de direito privado ou público - podem ser partes de processos judiciais ou arbitrais. Órgãos públicos despersonalizados não podem ser diretamente partes de arbitragens regidas pela Lei nº 9.307/1996. Sua representação em juízo, estatal ou arbitral, compete ao ente político ao qual sejam vinculados.

Nessa linha, por exemplo, não pode haver arbitragem propriamente dita entre órgãos vinculados à mesma Administração Pública.

O segundo aspecto enfocado tem que ver com a forma do Estado brasileiro: o federalismo. A participação em arbitragens de pessoas administrativas é matéria sujeita à competência legislativa comum, com o filtro da autonomia federativa. Embora os entes locais (Estados, Distrito-Federal e Municípios) não possam ampliar, por exemplo, o escopo de arbitrabilidade objetiva traçado pela Lei Federal, no que estariam legislando sobre matéria cuja competência foi privativamente reservada à União pelo art. 22, I, da CRFB/88, é dado a eles dispor restritivamente a respeito da participação de seus componentes nos procedimentos arbitrais.

Estados e Municípios podem mesmo proibir o uso da arbitragem por suas respectivas entidades administrativas ou estipular quais entidades e em quais casos, no âmbito daquele ente, autorizam a composição arbitral.

Seguindo a mesma lógica, tem-se que a definição das autoridades e órgãos com poderes para celebrar contratos, inclusive convenções arbitrais, é matéria sujeita à competência legislativa de cada ente federativo, até como corolário da autonomia administrativa e organizacional que as unidades da Federação devem gozar. Portanto, o critério adotado pela Lei nº 9.307/96, art. 1º, § 2º, só se aplicaria à Administração Federal.

No âmbito da União, o critério remeteria à decisão quanto à previsão ou não de cláusula arbitral ao Advogado-Geral da União (Lei nº 9.469/1997, art. 1º). No entanto, são

agudas a essa orientação jurisprudencial são feitas por: ARAGÃO, op. cit., 289-297; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2018. p. 242 e ss.; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 301-302.

⁴² Tratei do ponto em: ACCIOLY, O cumprimento de sentenças arbitrais desfavoráveis à Administração Pública..., op. cit., p. 25-54, 2018.

diversos os órgãos da Administração Direta que celebram contratos e a regra indigitada acabaria por transferir, ao menos parcialmente, essa competência para os advogados públicos - o que, além de subverter a lógica do processo decisório administrativo, promove uma equivocada compreensão de que a decisão pela arbitragem seria puramente técnica. Além disso, a distribuição de competências entre os órgãos da Administração é matéria legislativa sujeita à iniciativa privativa do Presidente (CF/88, art. 61, § 1º, II, b) e a Lei nº 13.129/2015 foi proposta por Senador da República.

Não poderia tal diploma, de iniciativa parlamentar, atribuir competências à Advocacia Pública para a celebração de contratos (convenções arbitrais) - muito menos quando isso implica a subtração de poderes de órgãos da Administração Direta, que, por definição, são hierarquicamente subordinados ao Chefe do Poder Executivo. A solução hermenêutica conforme a Constituição e consentânea à prática administrativa é reservar à Advocacia Pública o exame e a aprovação, sob a ótica da higidez jurídica, de editais e minutas contratuais e preservar a competência decisória da autoridade máxima de cada Poder, Órgão Autônomo, Ministério, empresa estatal, fundação, autarquia ou consórcio, ou ainda a eventual agente delegatário, no exercício de intransferível margem de discricionariedade, quanto ao firmamento ou não de convenção arbitral.

Destacou-se, por fim, que o regime arbitral das empresas estatais, entidades que embora pertencentes à Administração Pública possuem natureza jurídica e se sujeitam a um regime contratual de direito privado (Lei nº 13.303/2016, arts. 68 e 72), deve ser bastante similar àquele aplicável a particulares.

Essa aproximação, por diretriz constitucional (CRFB/88, art. 173, § 1º, II), precisa ser ainda mais intensa no caso das sociedades de economia mista ou empresas públicas que concorram com a iniciativa privada.

Restrições à arbitralidade objetiva, à sede, à língua e aos critérios utilizados pelos árbitros podem criar obstáculos significativos à exploração da atividade visada pela empresa pública ou sociedade de economia mista, necessária à promoção de “imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”. Cláusulas arbitrais, alinhadas aos padrões internacionais do setor econômico, costumam ser exigidas em contratos comerciais ou de financiamento, especialmente entre partes de nacionalidades distintas e criar embaraços ao uso da arbitragem por estatais concorrentes é impedir a consecução eficiente de seus objetivos constitucionais e legais.

Vislumbra-se um maior distanciamento do regime jurídico arbitral privado apenas no caso das empresas estatais prestadoras de serviço público, diante da orientação jurisprudencial prevalente e, sobretudo, no que tenha a ver mais diretamente com o serviço público prestado.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, João Pedro. *Arbitragem em conflitos com a Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

- ACCIOLY, João Pedro. O cumprimento de sentenças arbitrais desfavoráveis à Administração Pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 989, p. 25-54, 2018.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ARAÚJO NETO, Pedro Irineu de Moura. A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade. *Revista de Informação Legislativa*, ano 53, n. 212, 2016.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Acesso à informação, os princípios da Lei n 12527/2011. *Quaestio Juris*, v. 8, n. 3, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público, cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal: inviabilidade. *In: Temas de direito constitucional. Doutrinas essenciais de direito administrativo*. São Paulo, 2012. v. 4.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas 2004.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2013.
- LIMA, Alcides de Mendonça. O juízo arbitral em face da Constituição. *In: Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 27, 1969.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Arbitragem, Administração Pública e confidencialidade. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 9 nov. 2018.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A agenda da arbitragem com a Administração Pública: “mais do mesmo” ou há espaço para inovação? *In: CONTRAPONTO jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2016.
- SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem, mediação e conciliação*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- TIBURCIO, Carmen. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: arbitralidade subjetiva e objetiva: histórico e situação atual. *In: MUNIZ, Joaquim et al. (org.). Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018.

CONSÓRCIOS PÚBLICOS E CONTRATAÇÃO DE PESSOAL

LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA

Pós-Doutor, Doutor, Mestre e Bacharel em Direito. Professor da
Universidade Regional de Blumenau/SC - Furb.

A Constituição Federal prevê os consórcios públicos em seu art. 241, com a seguinte redação, determinada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Os consórcios públicos foram criados como forma de os entes federados se associarem para a realização de serviços públicos. A partir da formação dos consórcios, os entes federados poderiam transferir encargos, serviços, pessoal e bens para a realização do serviço. A ideia inicial da doutrina era de que essa transferência ocorreria a uma pessoa jurídica formada pelos entes federados envolvidos (DI PIETRO, 2014, p. 546-547).

No entanto, não foi assim que se posicionou o Congresso Nacional, ao aprovar a Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005. A partir dessa lei, os Consórcios Públicos são contratos administrativos cujas partes só podem ser entes da federação. E, mesmo sendo contratos administrativos, os consórcios públicos têm personalidade jurídica, o que lhes permite, por exemplo, assumir obrigações e contratar pessoal.

O art. 6º dessa lei prevê, claramente, que o consórcio público pode adquirir personalidade jurídica de direito público ou de direito privado. Se os entes federados que instituírem o consórcio público escolherem conferir-lhe personalidade jurídica de direito público (art. 6º, I), constituir-se-á como associação pública, prevista no Código Civil como pessoa jurídica de direito público interno (art. 41, IV). Nesse caso “o consórcio público [...] integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados” (art. 6º, § 1º, Lei 11.107/2005).

Não havia previsão expressa a respeito do regime jurídico que regeria o pessoal contratado pelo consórcio público se esse tivesse personalidade jurídica de direito público. Mas, como esses consórcios públicos são considerados associações públicas, e essas, no Código Civil, estão no mesmo inciso das autarquias, entendia-se que seu pessoal seria

estatutário. A doutrina chegava a considerar as associações públicas como enquadrada no gênero autarquia (DI PIETRO, 2014, p. 551).

O problema seria: como cada ente federativo elabora seu estatuto dos servidores, e tendo em vista que vários entes federados estariam associados, qual estatuto regeria o pessoal dessas associações públicas? Essa definição deveria estar no próprio instrumento de formação do consórcio público. A Lei nº 11.107/2005 apenas referia que, “No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado” o pessoal admitido seria “regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT” (art. 6º, § 2º).

Essa preocupação pode ser confirmada no trecho abaixo:

Porém, se os entes federativos optarem por criar pessoa jurídica de direito público, questiona-se, serão contratados empregados públicos ou servidores estatutários? A dúvida vai além quando se verifica a possibilidade fática de se misturarem os vínculos jurídicos, uma vez que há autores que defendem que com a nova redação do art. 39 da CR/88 (Emenda Constitucional 19/98) afasta-se a obrigatoriedade do regime jurídico único. Ou será que a Lei nada disse por entender que o regime estatutário estaria implícito?

Certo é que, ainda não há solução na doutrina para tal celeuma. Cristiana Fortini traduz bem referida desarmonia na seguinte passagem: “A ausência de disciplina pode gerar uma variedade de interpretações. Alguns poderão sustentar que, diante do silêncio da lei, os consórcios regidos pelo direito público poderão contratar empregados públicos ou servidores estatutários. Não podemos ignorar que há os que defendem (do que discordamos, com todo respeito, em face do Princípio da Isonomia) a possibilidade inclusive de se misturarem os vínculos jurídicos, depois que supostamente se afastou a obrigatoriedade do regime jurídico único. É certo, que, diante da recente manifestação do Supremo Tribunal Federal, tal raciocínio torna-se mais difícil.

Também seria admissível argumentar que o silêncio da Lei se justifica, na medida em que a utilização do regime estatutário estaria implícita, sob pena de não existir ponto de tal divergência entre o consórcio público regido pelo direito privado e o consórcio público regido pelo direito público, uma vez que a obrigatoriedade de licitar, realizar concurso público e prestar contas recairia sobre as duas figuras.

Não se pode descartar uma terceira linha de raciocínio: os consórcios de direito público poderão, no vazio da lei, contratar para a totalidade dos postos de trabalho, empregados públicos. Importa lembrar que no art. 4º, IX da lei em comento, menciona-se como cláusula do protocolo de intenções a relativa ao número e remuneração dos

empregados públicos. Não há nenhuma referência a servidores estatutários. Tal previsão normativa poderia socorrer os adeptos desta corrente (FORTINI, 2007, p. 31-44).”

A Lei nº 13.822, de 3 de maio de 2019, veio preencher essa lacuna, alterando o § 2º do art. 6º, que passou a prever a CLT para reger o pessoal admitido pelos dois tipos de consórcios públicos, com personalidade jurídica de direito público ou privado.

Essa Lei se originou no Projeto de Lei do Senado nº 302/2015.¹ Na Câmara dos Deputados, o Relator emitiu o seguinte parecer em Plenário, em 10.04.2019:

PARECER DO RELATOR, PELA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA, AO PROJETO DE LEI Nº 2.543, DE 2015.

O SR. HILDO ROCHA (Bloco/MDB - MA. Para proferir parecer. Sem revisão do orador.) - Srs. Deputados, Sras. Deputadas, começo agradecendo ao Deputado Marcos Pereira, que preside esta sessão, e esteve hoje na 22ª Marcha dos Prefeitos, e fez o compromisso com os milhares de Prefeitos que ali estavam presentes, Secretários Municipais, Vereadores, no sentido de pautar no dia de hoje essa matéria que é importante para o municipalismo brasileiro.

Esse projeto de lei que veio do Senado Federal, de autoria do Senador Fernando Bezerra, permite que os consórcios públicos possam contratar, admitir para trabalhar no consórcio, pessoas através da CLT.

Hoje há uma controvérsia de que seria estatutário, porque muitos consórcios públicos são compostos por um sem-número de municípios, o que dificulta muito o seu funcionamento. A lei dos consórcios públicos é muito boa, é relevante, mas precisa ser aprimorada, mesmo porque, toda a nossa legislação está sempre em construção. E essa proposta do Senador Fernando Bezerra já foi aprovada no Senado e coube a mim, por determinação do Presidente, Deputado Marcos Pereira, relatá-la agora em plenário.

Em função disso, pela CCJC, manifesto o parecer pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do Projeto de Lei nº 2.543, de 2015.

Esse é o nosso voto, Sr. Presidente.²

Esse parecer menciona a controvérsia doutrinária antes referida e a importância dos Consórcios Públicos para os Municípios. Dessa forma, veio a Lei nº 13.822, de 3 de maio de 2019, resolver essa controvérsia, facilitando a contratação de pessoal aos Municípios

¹ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1598536>.

² Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1731489&filename=PPP+1+CCJC+%3D%3E+PL+2543/2015.

que se associam para a realização de serviços públicos. A nova Lei, com essa previsão, também facilita a extinção do vínculo de trabalho dos empregados dos Consórcios Públicos, que, por serem celetistas, não gozam da estabilidade prevista para os estatutários.

REFERÊNCIAS

BORSALI, Ana Flávia. Os consórcios públicos na Lei 11.107/2005: aspectos jurídicos. *Publicações da Escola da AGU - Pós-Graduação em Direito Público - PUC/MG*, n. 02, 2010. p. 35-52.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.

FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Normas para envio de artigos doutrinários

A Editora Plenum propõe-se a divulgar a produção intelectual de autores da área jurídica.

Os trabalhos enviados são analisados pelos membros do Conselho Avaliador. As identidades do autor do trabalho e do Conselheiro avaliador não serão informadas, de forma a preservar a imparcialidade e a independência na análise dos textos encaminhados.

Os trabalhos poderão ser devolvidos ao autor com sugestões de caráter científico. Caso as aceite, poderá adaptá-las ao texto e encaminhar para nova análise.

O envio de trabalhos à Editora Plenum visando publicação implica aceitação dos termos e condições da Cessão de Direitos Autorais, que são:

- O recebimento de trabalhos não implica obrigatoriedade de publicação. A Editora Plenum reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações de seu Conselho Editorial. A priorização da publicação dos artigos aceitos decorrerá de juízo de oportunidade.
- A Editora Plenum poderá utilizar o trabalho cedido pelo autor e aceite para publicação durante todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais previstos na lei brasileira de Direitos Autorais.
- A utilização pela Editora Plenum pode ser em qualquer meio, impresso ou eletrônico, já existente ou que venha a ser criado futuramente, isoladamente ou em conjunto com outras obras, podendo distribuir e comercializar em todos os meios existentes ou que venham a ser criados.
- Cabe à Editora Plenum determinar todas as características editoriais e gráficas, acesso, forma de visualização, download, preço, venda, revenda, modo de distribuição, publicidade e divulgação.
- Como contrapartida, o autor receberá exemplar da edição da Revista Juris Plenum Direito Administrativo em que o texto for veiculado, dando quitação à Editora Plenum referente aos direitos autorais.
- O autor autoriza a Editora Plenum a efetuar correções ou modificações para adequar o texto às normas de publicação e também às normas da ABNT.
- Os textos encaminhados à Editora Plenum para publicação não necessitam ser inéditos, nem exclusivos e devem tratar de tema não superado pela legislação vigente e pelo entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores.
- Os textos encaminhados à Editora Plenum para publicação devem conter a seguinte formatação: digitação em arquivo do Word (caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF), fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento simples, margens laterais de 3 cm, superior e inferior com 2 cm e papel tamanho A4. Não deve ser utilizado o tabulador (TAB) para determinar recuos.
- A quantidade de páginas deve ser adequada ao assunto tratado, porém o Conselho Editorial só analisará os textos que possuírem no mínimo 10 laudas e no máximo 30, na formatação acima especificada.
- Os artigos deverão começar pelo título do trabalho. Logo abaixo deve constar o nome do autor ou autores, acompanhado(s) da qualificação/titulação e profissão exercida.
- Os artigos deverão conter resumo e palavras-chave nos idiomas Português e Inglês. O texto deve apresentar os seguintes elementos: Introdução, tópicos referentes à exposição da matéria, Conclusão e Referências Bibliográficas.
- Qualquer destaque que se queira dar ao texto deve ser feito utilizando-se o itálico. Não deve ser usado negrito ou sublinhado. Citações de outros autores, legislação ou jurisprudência devem ficar em parágrafo recuado.
- As opiniões emitidas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

